

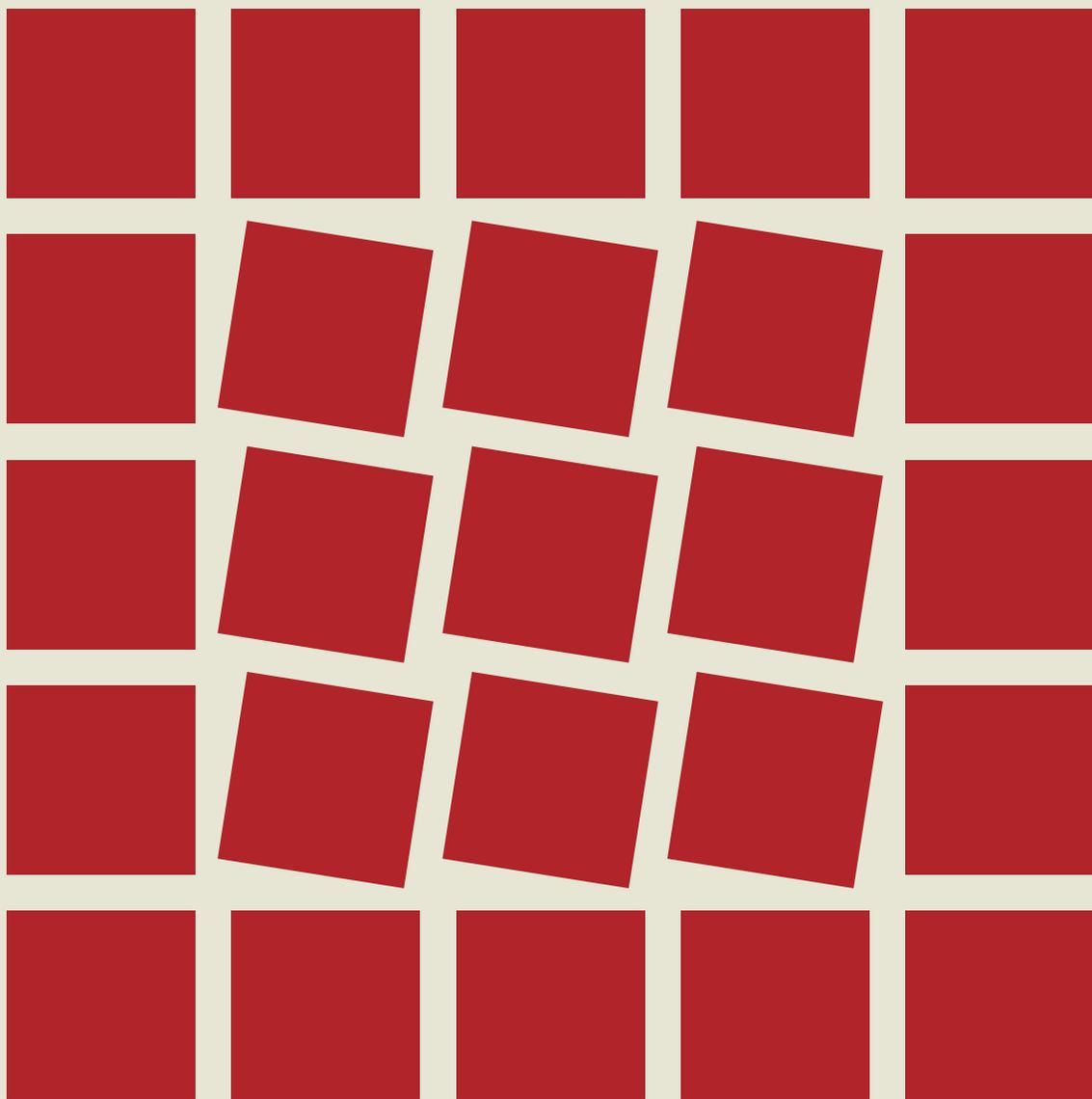
Ricerche giuridiche

ISSN 2281-6100

Vol. 1 – Num. 2
Dicembre 2012



Edizioni
Ca' Foscari





© 2012 Edizioni Ca' Foscari - Digital Publishing

Università Ca' Foscari Venezia
Dorsoduro 1686
30123 Venezia

edizionicafoscari.unive.it

ISSN 2281-6100

RICERCHE GIURIDICHE

QUADERNI DEL PROGETTO DOTTORALE DI ALTA FORMAZIONE IN SCIENZE GIURIDICHE
E DEL CENTRO STUDI GIURIDICI DEL DIPARTIMENTO DI ECONOMIA
DELL'UNIVERSITA' CA' FOSCARI VENEZIA

La rivista, con periodicità semestrale fatta salva la pubblicazione di eventuali supplementi, è espressione del Progetto Dottorale di Alta Formazione in Scienze Giuridiche e del Centro Studi Giuridici del Dipartimento di Economia dell'Università Ca' Foscari Venezia e si propone prioritariamente di divulgare nella comunità scientifica i risultati delle ricerche condotte da giovani studiosi (specie dottorandi e dottori di ricerca, a maggior ragione se partecipanti ad uno dei dottorati di ricerca aderenti al Progetto), ma anche di ospitare lavori di docenti e studiosi affermati, soprattutto se interni o in rapporto con le iniziative culturali del Progetto o del Centro.

Direzione scientifica

Luigi Benvenuti
Carmelita Camardi
Lorenzo De Angelis
Fabrizio Marrella
Salvatore Panagia
Adalberto Perulli
Alberto Urbani

Direttore responsabile

Alberto Urbani

Comitato scientifico

Vania Brino
Giuliana Martina
Roberto Senigaglia
Gianluca Sicchiero
Gaetano Zilio Grandi

Comitato di redazione

Cristina De Benetti
Mariella Lamicela
Bianca Longo
Marco Mancini
Andrea Minto
Marco Olivi
Giuseppe Paone
Francesca C. Salvadori
Marco Ticozzi
Alessandra Zanardo
Giuliano Zanchi
Andrea Zorzi

Revisori

Fabio Addis, Università degli Studi di Brescia, Italia
Mads Andenas, Università di Oslo, Norvegia
Antonella Antonucci, Università degli Studi di Bari, Italia
Bruno Barel, Università degli Studi di Padova, Italia
Florence Benoit Rohmer, The European Inter-University Centre for Human Rights and Democratisation (EIUC)
Elena Bindi, Università degli Studi di Siena, Italia

Antonio Blandini, Università degli Studi di Napoli "Federico II", Italia
Enrico Camilleri, Università degli Studi di Palermo, Italia
Marcello Clarich, Libera Università Internazionale degli Studi Sociali "Guido Carli" (LUISS), Italia
Paoloofisio Corrias, Università degli Studi di Cagliari, Italia
Ciro Gennaro Corvese, Università degli Studi di Siena, Italia
Riccardo Del Punta, Università degli Studi di Firenze, Italia
Raffaale De Luca Tamajo, Università degli Studi di Napoli "Federico II", Italia
Giovanni Di Rosa, Università di Catania, Italia
Delia La Rocca, Università di Catania, Italia
Michele Lo Buono, Università di Bari, Italia
Raffaale Lener, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata", Italia
Antoine Lyon-Caen, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, Francia
Arturo Maresca, Università di Roma "La Sapienza", Italia
Roger McCormick, London School of Economics, Regno Unito
Cinzia Motti, Università degli Studi di Foggia, Italia
Carlo Paterniti, Università degli Studi di Catania, Italia
Ugo Patroni Griffi, Università degli Studi di Bari, Italia
Paolo Patrono, Università degli Studi di Verona, Italia
Mirella Pellegrini, Libera Università Internazionale degli Studi Sociali "Guido Carli" (LUISS), Italia
Andrea Pisaneschi, Università degli Studi di Siena, Italia
Masaki Sakuramoto, Toyo University, Tokyo, Giappone
Riccardo Salomone, Università degli Studi di Trento, Italia
Martin Schauer, Universität Wien, Austria
Francesco Seatzu, Università degli Studi di Cagliari, Italia
Marco Sepe, Unitelma Sapienza, Roma, Italia
Vincenzo Troiano, Università degli Studi di Perugia, Italia
Francesco Vella, Università di Bologna, Italia
Stefano Zunarelli, Università di Bologna, Italia

Ove non specificato i nominativi indicati si intendono facenti riferimento, a vario titolo, all'Università Ca' Foscari Venezia

Valutazione dei contributi

I contributi inviati alla Rivista sono oggetto di esame da parte del Comitato scientifico per la valutazione secondo le seguenti regole.

1. La valutazione è prevista per tutti i contributi (articoli, saggi, lavori di workshop dottorali, commenti a sentenza ecc.).
2. Non sono sottoposti a valutazione esclusivamente i contributi dei componenti della Direzione scientifica della Rivista e i supplementi che raccolgano gli atti di convegni.
3. Il contributo ricevuto è trasmesso in forma anonima, a cura della Direzione scientifica, ad uno o più componenti del Comitato scientifico per la valutazione, perché il medesimo - entro un congruo termine - formuli il proprio giudizio.
4. La valutazione è calibrata sul genere letterario del contributo, e quindi sulla diversa funzione del saggio, della rassegna di giurisprudenza, del commento a sentenza.
5. In presenza di pareri dissenzienti, la Direzione può assumersi la responsabilità scientifica di procedere comunque alla pubblicazione, ma con indicazione del parere contrario dei membri del Comitato per la valutazione. Ove invece dalle valutazioni emerga un giudizio positivo condizionato (a revisione, integrazione o modifica), la Direzione scientifica promuove la pubblicazione del contributo solo a seguito del suo adeguamento alle indicazioni del Comitato per la valutazione, assumendosi la responsabilità della verifica.

I contributi del presente fascicolo sono stati valutati da:

Enrico Camilleri
Ciro G. Corvese
Giovanni Di Rosa
Delia La Rocca
Michele Lo Buono
Antoine Lyon-Caen
Francesco Seatzu
Vincenzo Troiano
Francesco Vella

Direzione e redazione
Università Ca' Foscari Venezia
Dipartimento di Economia - Sede di Ca' Bottacin
Dorsoduro, 3911, 30123 Venezia
tel. 041-2347611 - fax 041-5242482
e-mail ricerchegiuridiche@unive.it

SOMMARIO

PARTE I SAGGI

- 221 *Le nuove forme di integrazione tra imprese:
dai contratti di rete ai gruppi paritetici (e ritorno)*
Maurizio Onza, Luigi Salamone
- 263 *Ancora sui quorum deliberativi delle assemblee
di seconda convocazione (con particolare riguardo alle s.r.l.)*
Lorenzo De Angelis
- 277 *I prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione
e i prodotti previdenziali di terzo pilastro*
Giuliana Martina
- 299 *Pubblico e privato nella moderna concezione di servizio pubblico*
Marta Mattiuzzi
- 317 *Vecchi e nuovi problemi in materia di accessione:
il caso delle “darsene a secco”, tra espansione demaniale
e remunerazione degli investimenti privati*
Paolo Brambilla

PARTE II PAPERS

- 337 *Joint Venture tra concentrazione e cooperazione*
Alessandro Massolo, Giovanni Spedicato
-

347 *Tendenze regolative e convergenze nei sistemi europei di contrattazione collettiva: l'esperienza italiana e francese a confronto*
Giuseppe Paone

PARTE III
OSSERVATORIO

369 *Noterelle sulla vicenda Pomigliano in "appello": dove non arrivano gli impegni pubblici del datore di lavoro arriva la discriminazione*
Gaetano Zilio Grandi
Nota a App. Roma, Sez. lav., 19 ottobre 2012

406 *Quale sorte per i punitive damages in Italia: tra impossibilità e/o realtà*
Ina Dhimgjini
Nota a Cass. Civ., Sez. I, 8 febbraio 2012, n. 1781

428 *Il lodo irrituale nell'arbitrato societario secondo la disciplina dettata negli artt. 34 ss. del d.lgs. n. 5/2003*
Sabrina Pelillo
Nota a Trib. Venezia, 25 agosto 2011 (decr.)

PARTE I

SAGGI

Le nuove forme di integrazione tra imprese: dai contratti di rete ai gruppi paritetici (e ritorno)^(*)

Maurizio Onza

Dottore di ricerca in Diritto dell'economia nell'Università Sapienza Roma

Luigi Salamone

Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università di Cassino

SOMMARIO: Introduzione. - *Sezione I. Il contratto di rete.* 1. I dati normativi. - 2. Il contenuto del contratto di rete. - 3. Il regime dichiarativo. - 3.1. (Segue) Contratto di rete e "interlocuzione unica" nelle procedure speciali. - 3.2. (Segue) Contratto di rete e "assimilazione" ai distretti produttivi. 4. Il regime patrimoniale. - 4.1. (Segue) Fondo patrimoniale comune e applicazione compatibile degli artt. 2614 e 2615 c.c. - 4.2. (Segue) Fondo patrimoniale comune ed apporto di patrimoni destinati ad uno specifico affare. - 5. Le agevolazioni fiscali. - *Sezione II. La disciplina del contratto di rete di imprese e i gruppi paritetici.* 1. Premessa. - 2. La fattispecie del gruppo paritetico. - 3. La disciplina del gruppo paritetico. - 3.1. (Segue) Gruppo paritetico e vantaggi compensativi. La "mancata defunzionalizzazione" dell'organo amministrativo della società eterodiretta. - 4. Le forme dell'integrazione paritetica. - 5. Gruppo paritetico e contratto di rete. - 6. (Segue) Quale disciplina. - 6.1. (Segue) *a*) Quando il contratto di rete non è asseverato. - 6.2. (Segue) *b*) Quando il contratto di rete è stato asseverato. - Conclusioni. - Postilla di aggiornamento alla Sezione I. - Seconda postilla di aggiornamento alla Sezione I.

Introduzione

È noto come l'evoluzione della normativa dei servizi portuali - almeno dalla l. 28 gennaio 1995, n. 84 in avanti - vada nella direzione della privatizzazione: dalla matrice giuspubblicistica essi mutano in attività

(*) Sebbene l'intero lavoro sia condiviso dagli autori, frutto di un costante confronto e dialogo, la Sezione I («Il contratto di rete») e le Postille di aggiornamento alla Sezione I sono da attribuirsi a Maurizio Onza, mentre l'Introduzione, la Sezione II («La disciplina del contratto di rete di imprese e i gruppi paritetici») e le Conclusioni sono da attribuirsi a Luigi Salamone. Il lavoro è già pubblicato in AA.VV. *Impresa e lavoro nei servizi portuali*, a cura di Xerri A., Milano, Giuffrè, 2013.

economiche di natura privata⁽¹⁾. La c.d. privatizzazione apre ad un nuovo mercato, le cui caratteristiche possono riassumersi attraverso le formule della competizione tra gli operatori; della proiezione internazionale; della «regolazione». Queste prospettive dischiudono un orizzonte nel quale, prima o poi, gli operatori di settore avvertono l'esigenza dell'«integrazione», in senso «orizzontale» come anche «verticale», tollerabile e, altresì, incentivabile nei limiti in cui non risulti oppressa la libertà di concorrenza, vale a dire nei limiti in cui risulti accertata la compatibilità con il diritto *antitrust* interno e comunitario.

Nelle pagine a seguire ci si soffermerà soltanto su di una tecnica di integrazione tra imprese di recente regolamentazione e, a quanto ci consta, tuttora priva di applicazione nel settore dei servizi portuali, ma che (pure) in questo terreno potrebbe trovare espansione, anche grazie alle misure di incentivazione fiscale che la nuova disciplina prevede. Si tratta del «contratto di rete»; che a nostro avviso potrebbe intrecciare il proprio percorso con altra tecnica di integrazione – il «gruppo paritetico» di società – indubbiamente più risalente, ma destinataria solo da meno di un decennio di una frammentaria regolamentazione legale (si vedano l'art. 2545-*septies* c.c. [introdotto dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 di riforma delle società di capitali e cooperative] e, secondo taluni, altresì l'art. 2497-*septies* c.c. [introdotto dal d.lgs. 6 febbraio 2004 n. 37 – primo decreto correttivo della riforma delle società di capitali e cooperative]).

Va da subito tenuto presente che, mentre la disciplina del contratto di rete si applica a tutte le «imprese», individuali od entificate, all'inverso, la frammentaria disciplina che il codice civile dedica al gruppo paritetico si applica soltanto a società: anzi, l'art. 2545-*septies* c.c. soltanto a società cooperative (salvo quanto nel co. 1, n. 3); l'art. 2497-*septies* c.c. anche a società aventi funzione e struttura organizzativa diversa.

Al contratto di rete è dedicata la Sezione I del presente lavoro; mentre alle relazioni tra contratto di rete e gruppo paritetico è dedicata la sezione II.

(1) Cfr. XERRI A., *L'ordinamento giuridico dei porti italiani*, Milano, 1998, p. 69 ss.; G. RIGHETTI, *Trattato di diritto marittimo*, V, Milano, 2001, p. 5 ss.; Tar Lazio 24 dicembre 2003, in *Dir. mar.*, 2004, p. 543 ss., con nota di commento BRIGNARDELLO, *Operazioni portuali e «servizi portuali»: alcune riflessioni sull'attuale disciplina*; CARBONE S. M., *La c.d. privatizzazione dei porti e delle attività portuali in Italia tra disciplina nazionale e diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 1/2000, p. 1 ss.

Sezione I

Il contratto di rete (**)

1. I dati normativi

Il debutto nell'ordinamento italiano del «contratto di rete» è stato incerto, a più riprese, con una sorta di “messa a fuoco” progressiva. Ad oggi, le disposizioni di rango primario pertinenti sono le seguenti:

(i) il d.l. 10 febbraio 2009, n. 5 (convertito, con modificazioni, in l. 9 aprile 2009, n. 33), che ne delinea lo «statuto» (art. 3, co. 4-ter ss.), statuto modificato dalla l. 23 luglio 2009, n. 99 e, successivamente «ridisciplinato»⁽²⁾, dai co. 2-bis e 2-ter dell'art. 42 d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (convertito, con modificazioni, in l. 30 luglio 2010, n. 122)⁽³⁾;

(ii) l'art. 1, co. 368, lett. b), c) e d), l. 23 dicembre 2005, n. 266, e successive modificazioni, mix di eterogenee agevolazioni (rispettivamente: «amministrative», «finanziarie» e «per la ricerca e lo sviluppo») di cui sono beneficiati, in «partenza», i «distretti produttivi»⁽⁴⁾, estese ai con-

(**) Molte delle presenti riflessioni traggono spunto dalla rielaborazione di un intervento dal titolo «*Il contratto di rete: alcuni profili di qualificazione e di disciplina (brevi riflessioni sui commi 4 ter - 4 quinquies, l. 9 aprile 2009, n. 33)*», svolto nel convegno di studi *Il diritto commerciale europeo di fronte alla crisi*, organizzato dall'associazione «Orizzonti del diritto commerciale» e tenuto, presso la facoltà di economia «Federico Caffè» dell'Università degli studi di «Roma Tre», il 29 e 30 gennaio 2010. Per un approfondimento, se si vuole, v. ONZA, *Riflessioni sul contratto di rete: alcuni profili di qualificazione e di disciplina*, in AA.Vv., *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, a cura di Cafaggi, Iamiceli e Mosco, Milano, 2012, p. 181 ss.

⁽²⁾ Così il *Dossier* del Servizio Studi del Senato (luglio 2010, n. 234, edizione provvisoria), sul disegno di legge A.S. n. 2228 (poi divenuto, appunto, l. 30 luglio 2010, n. 122).

⁽³⁾ Nel prosieguo, in entrambe le Sezioni, per semplicità, quando si richiamano commi di una disposizione senza alcuna ulteriore indicazione ci si riferisce ellitticamente ai commi dell'art. 3 d.l. n. 5/2009, nel testo conseguente all'entrata in vigore della l. n. 122/2010. Analogamente, quando ci si riferisce ai commi dell'art. 42 ci si riferisce, ellitticamente, all'art. 42 d.l. n. 78/2010. Per qualche considerazione successiva al d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni in l. 7 agosto 2012, n. 134, v. *infra*, Postilla di aggiornamento alla Sezione I.

⁽⁴⁾ Definiti come «libere aggregazioni di imprese articolate sul piano territoriale e sul piano funzionale, con l'obiettivo di accrescere lo sviluppo delle aree e dei settori di riferimento, di migliorare l'efficienza nell'organizzazione e nella produzione, secondo principi di sussidiarietà verticale ed orizzontale, anche individuando modalità di collaborazione con le associazioni imprenditoriali» [art. 1, co. 366, l. n. 266/2005. Cfr., pure, l'art. 5, co. 1, lett. b), c), d), e), l. 11 novembre 2011, n. 180]. Distretti destinatari di una disciplina agevolata: anche *fiscalmente* agevolata [v. art. 1, co. 368, lett. a), l. n. 266/2005, lettera non richiamata dal co. 4-quinquies; i benefici fiscali per le imprese «in rete» essendo previsti dai co. 2-quater 2-quinquies dell'art. 42, v. *infra*, par. 5].

tratti di rete «assimilati» previa (richiesta ed) autorizzazione rilasciata dai Ministeri competenti⁽⁵⁾ (co. 4-*quinquies*); e

(iii) l'art. 42 e, specificamente, il co. 2, in cui si titola (si badi: non il contratto di rete, bensì) l'appartenenza di un'impresa ad una «rete di imprese riconosciute ai sensi dei commi successivi» tanto ad ottenere «vantaggi fiscali, amministrativi e finanziari», quanto a stipulare «convenzioni [si presume: di favore] con l'A.B.I.»; ed i co. 2-*quater* - 2-*quinquies*⁽⁶⁾, nei quali si dettano i (soli) vantaggi fiscali.

Si tratta, all'evidenza, di una regolamentazione complessa, “sparsa” e non ancora del tutto compiuta, difettando parte della normativa secondaria; non stupisce, allora, che ad essa si affianchi una copiosa e crescente riflessione dottrinale lungi, verrebbe da dire “inevitabilmente”, dall'averne trovato una “sistemazione” condivisa⁽⁷⁾. E del resto, la locuzione «rete» evoca assai generiche tecniche di aggregazione e coordinamento di operatori economici⁽⁸⁾: il «contratto di rete» positivo si è innestato in un ambiente, culturale e giuridico, che appunto già (ri)conosce diverse tecniche «aggregative di operatori economici»⁽⁹⁾. D'onde la difficoltà ad

⁽⁵⁾ Singolare appare una disposizione in materia di distretti turistici (art. 3, co. 6, d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, in l. 12 luglio 2011, n. 106) che dichiara applicabili, previa autorizzazione, «(...) alle imprese dei Distretti, costituite in rete (...)», le agevolazioni previste dall'art. 1, co. 368, lett. b), c) e d), l. n. 266/2005; in difetto di costituzione «in rete» le imprese beneficiano «comunque» delle agevolazioni «in materia fiscale» previste dalla art. 1, co. 368, lett. a), l. n. 266/2005.

⁽⁶⁾ Per completezza occorre aggiungere la l. n. 180/2011, nella quale si rinvenivano tracce di incentivi, di vario segno, per le reti d'impresa nel quadro della promozione delle piccole e medie imprese [v. in particolare, l'art. 16, co. 1, lett. a) e c)].

⁽⁷⁾ La bibliografia, in effetti, è molto vasta. Sia consentito il rinvio, oltre ai lavori indicati in ONZA, *op. cit.*, *passim*, a AA.VV., *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali*, a cura di Cafaggi, Bologna, 2004, prima del “debutto” del contratto di rete nell'ordinamento italiano; e, dopo, a AA.VV., *Il contratto di rete. Commentario*, a cura di Cafaggi, Bologna, 2009; CUFFARO, MARASÀ, SALVINI, D'AURIA e CIRIANNI, *I contratti di rete*, in *Corr. mer.*, 2010; MOSCO, *Frammenti ricostruttivi sul contratti di rete*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 839 ss.; nonché i contributi in AA.VV., *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, *cit.*, *passim*. Nella prospettiva “notarile”, v. MALTONI, SPADA, *Il «contratto di rete»*, Studio del Consiglio nazionale del Notariato n. 1-2011/I, approvato il 20 aprile 2011 dalla Commissione Studi d'Impresa, leggibile al seguente indirizzo elettronico: www.notariato.it. Per un'interessante analisi sulle prime esperienze applicative, cfr. CAFAGGI, *Il contratto di rete nella prassi. Prime riflessioni*, in *Contratti*, 2011, p. 504 ss.

⁽⁸⁾ Sovente avvertite come urgenti in contesti (reali, putativi o percepiti che siano) economicamente recessivi.

⁽⁹⁾ Testimonianza dello slogan “l'unione fa la forza” può ritrovarsi fin dai primi anni del Novecento, specialmente in tema di pubblici appalti: il riferimento va alla legislazione sui consorzi di cooperative di produzione e lavoro (l. 25 giugno 1909, n. 422 e r.d. 12 febbraio 1911, n. 278).

apprezzare il «contratto di rete» *come qualcosa di nuovo*. Senza poter qui prendere posizione sul problema, sembra utile provare a svolgere qualche riflessione sul *quel* «contratto di rete» consegnato all'interprete dal dato positivo, rinunciando, almeno in parte, all'esigenza, in sé naturalmente legittima e per certi versi imprescindibile, di differenziarlo rispetto, o (il che è lo stesso) ricondurlo, ad altri istituti.

2. Il contenuto del contratto di rete

Quanto al contenuto del contratto di rete, appare opportuno fissare due considerazioni preliminari.

La prima. Il contenuto⁽¹⁰⁾ del contratto ed il vincolo di forma (pubblica o scrittura privata autenticata)⁽¹¹⁾ che lo riveste *sono espressamente funzionali all'adempimento di un onere pubblicitario* costituito dall'iscrizione del contratto nel Registro delle imprese (co. 4-*quater*), iscrizione "plurale", "diffusa" [= il contratto di rete è iscritto presso i (diversi) uffici del Registro delle imprese nel quale sono iscritti i partecipanti] e "disomogenea", essendo "attratta" dalla sezione di iscrizione imposta all'impresa partecipante. "Attrazione" che non dovrebbe in sé incidere sugli effetti dell'atto iscritto, differenziando gli effetti dell'iscrizione del contratto di rete "attratto" in ragione degli effetti connessi alla sezione "attraente": quelli, in realtà, sono pre-individuati dal co. 4-*quater*, l'ultima delle pubblicità eseguita dai sottoscrittori segnando il momento di efficacia "collettiva" del contratto di rete (e forse l'iscrizione condizionando, per simmetria, l'efficacia "individuale" dell'adesione successiva), il momento dal quale gli effetti «legali»⁽¹²⁾ del contratto di rete si producono.

La seconda. La «rete», e così il contratto di rete, è, in un certo senso *per definizione*, "flessibile", "elastica": le imprese possono "mettersi in rete" pre-scegliendo e programmando *le modalità di perseguimento dello scopo* e *il funzionamento della rete*. In ordine alle prime, *le modalità di perseguimento dello scopo* - quello di accrescere «*individualmente e*

⁽¹⁰⁾ Contenuto definito «essenziale» dalla scheda di lettura del Senato (aprile 2009, n. 113), 60, pur relativa al testo proponente.

⁽¹¹⁾ Co. 4-*ter*.

⁽¹²⁾ Visuale lumeggiata, in altra materia, da SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 337 ss., e, dallo stesso A., applicata alla (forma e) pubblicità del contratto di rete, in relazione, specificamente, alla produzione dell'effetto *legale* - «interdetto all'autonomia privata» - di separazione patrimoniale del fondo, Id., *Imputazione e responsabilità nel contratto di rete (ovvero dell'incapienza del patrimonio separato)*, in AA.VV., *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, cit., p. 98 ss.

*collettivamente [...] la [...] capacità innovativa e la [...] competitività sul mercato» delle imprese partecipanti⁽¹³⁾, accrescimento da ricercare indicando, nel contratto, gli «obiettivi strategici» e da misurare attraverso «modalità concordate»⁽¹⁴⁾ – il regolamento contrattuale può atteggiarsi siccome (i) leggera «collaborazione», (ii) più intenso, «scambio di informazioni o prestazioni», nonché (iii) ancora più intenso, esercizio «in comune» di «una o più attività rientranti nell'oggetto»⁽¹⁵⁾ dell'impresa partecipanti⁽¹⁶⁾. Rispetto al *funzionamento della rete*, questa può essere pattiziamente dotata di un'organizzazione (in senso ampio) costituita (i) da un accentramento dell'attività sostitutiva degli aderenti in un unico, stabile, soggetto, l'«organo comune», incaricato di «gestire in nome e per conto» di quelli «l'esecuzione del contratto o di singole parti o fasi dello stesso»⁽¹⁷⁾; e (ii) da un «fondo patrimoniale comune»⁽¹⁸⁾, regolato dagli artt. 2614 e 2615 c.c., applicabili in quanto compatibili.*

Il contratto di rete si atteggia quindi quale strumento di miglioramento della posizione competitiva e innovativa a beneficio (non già direttamente del mercato in sé bensì) dei partecipanti, singolarmente e, soprattutto, in quanto “nucleo”, “gruppo”: d'onde sia l'apprezzamento quali aiuti di stato delle agevolazioni fiscali conseguenti, coerentemente subordinate ad autorizzazione comunitaria⁽¹⁹⁾ (art. 108, par. 3, Trattato sul funziona-

⁽¹³⁾ Co. 4-ter, primo periodo.

⁽¹⁴⁾ Co. 4-ter, lett. b).

⁽¹⁵⁾ Co. 4-ter, primo periodo.

⁽¹⁶⁾ Oggetto non più «sociale» (v. il previgente co. 4-ter, primo periodo): nessun dubbio perciò sull'accessibilità al contratto di rete da parte di imprese individuali.

⁽¹⁷⁾ Co. 4-ter, secondo periodo, e lett. e), primo periodo.

⁽¹⁸⁾ Co. 4-ter, secondo periodo, e lett. c).

⁽¹⁹⁾ Concessa con decisione della Commissione del 26 gennaio 2011, in *G.U.C.E.* 25 febbraio 2011 (C/60/2011). Non parrebbe accreditabile all'indicazione contrattuale degli «obiettivi strategici» assieme alla «definizione di un programma di rete» il ruolo di *legittimare nel merito* (di selezione degli obiettivi), in sede di asseverazione, l'accesso ai benefici fiscali, l'agevolazione fiscale compatibile con il diritto comunitario non potendo essere selettiva e, segnatamente, commessa ad una valutazione discrezionale dello Stato. In altri termini, il diritto comunitario vieta una misura di sostegno ad imprese «selettiva nel senso che favorisce “talune imprese o talune produzioni”»; e se «le misure fiscali a favore di tutti gli agenti economici che operano sul territorio di uno Stato membro sono, in linea di principio, misure di carattere generale», esse devono «essere effettivamente destinate a tutte le imprese su una base di parità di accesso e il loro ambito non deve essere di fatto ridotto, ad esempio, dal potere discrezionale dello Stato nella loro concessione o attraverso altri elementi che ne limitino gli effetti pratici», Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese, *G.U.C.E.* n. 384 del 10 dicembre 1998, richiamata dalla decisione della Commissione del 26 gennaio 2011, p. 3 s., ove anche il testo in esponente. Invero, l'asseverazione prevista dal

mento dell'Unione Europea, richiamato dall'art. 42, co. 2-*septies*); sia l'inevitabile soggezione ad uno scrutinio, da parte dell'Autorità *antitrust*, comunitaria e nazionale, sugli effetti della collaborazione delle imprese «in rete» sulla concorrenza⁽²⁰⁾.

Passando, allora, propriamente al contenuto del contratto di rete – oltre al requisito formale e (i) all'indicazione degli obiettivi strategici, che, se si vuole, *concreta*, in uno con la “definizione” del programma di rete, “documentalmente” la funzione declamata dal co. 4-*ter*, prima parte, e nonché (ii) alla pre-costituzione delle tecniche per (auto)valutarne, nello svolgimento del rapporto, il raggiungimento – devono documentarsi (a) i diritti e gli obblighi delle parti – nominate⁽²¹⁾ – aderenti; (b) il “come” si programma la realizzazione dello scopo, il «programma di rete», a contenuto variabile e modificabile, anche a maggioranza, secondo regole predeterminate; (c) le modalità di successiva adesione al, e (eventualmente) di recesso dal, contratto, nel rispetto delle «regole generali» sullo scioglimento dei «contratti plurilaterali con comunione di scopo»; (d) la misura dei poteri di gestione e di rappresentanza, quando istituito, dell'«organo comune»; (e) la durata del contratto⁽²²⁾; (f) le regole sull'attività decisionale dei partecipanti, l'ambito di competenza della quale è definito, per un verso, in negativo («su ogni materia o aspetto [...] che non rientri, quando è stato istituito un organo comune, nei poteri di gestione conferiti a tale organo»⁽²³⁾); per l'altro, in positivo, dalla «comunanza di interesse».

Un cenno, infine, merita l'interrogativo sulla tollerabilità, nel contratto di rete, di rapporti di dipendenza tra gli aderenti. Perimentrando l'analisi al «campo problematico» dei gruppi di società⁽²⁴⁾, potrebbe così

co. 4-*quater*, art. 42 concerne sì il «programma comune di rete», ma è diretta a riscontrare la «sussistenza nel caso specifico degli elementi propri del contratto di rete e dei relativi requisiti di partecipazione in capo alle imprese che lo hanno sottoscritto» (v. *infra*, par. 5). Più dettagliatamente, mi permetto di rinviare a ONZA, *La procedura di «asseverazione» del contratto di rete*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, p. 435 ss.

(20) Collaborazione suscettibile di qualificarsi quale intesa (cfr. decisione della Commissione 26 gennaio 2011, p. 5; e, per il diritto domestico, provvedimento n. 22362, pubblicato nel Bollettino dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, 16 maggio 2011, n. 17, 195 ss.).

(21) Co. 4-*ter*, lett. a).

(22) Ed il profilo temporale è uno tra gli elementi presi in considerazione dalla Commissione europea per il rilascio dell'autorizzazione ai sensi dell'art. 108, par. 3, Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (v. decisione della Commissione 26 gennaio 2011, p. 4).

(23) Co. 4-*ter*, lett. f), e, per i precedenti virgolettati, lett. b), c), d), e).

(24) Lessico efficacemente proposto da SPADA, *Gruppi di società*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, II, p. 221 s.

opinarsi: (i) probabilmente, un rapporto di controllo “statico” (art. 2359 c.c.) non è in sé ostativo, la conseguente disciplina avendo di mira profili essenzialmente patrimoniali; (ii) se, tuttavia, il controllo “statico” si esplica in “dinamica” attività di direzione e coordinamento (artt. 2497 ss. c.c.)⁽²⁵⁾, questa, quando “verticalmente” organizzata (cioè gerarchica), pare, al contrario, di difficile e piena compatibilità nella misura nella quale elemento caratterizzante ed essenziale il contratto di rete, nella versione “ordinamentale”, è il programmatico accrescimento «individuale» e «collettivo» della capacità innovativa e della competitività degli aderenti, *programmatico accrescimento di tutti e di ciascuno* che, per i cc.dd. gruppi verticali, benché naturale non è, appunto, essenziale⁽²⁶⁾, dandosi piuttosto un limite (di disciplina), per così dire, “al ribasso” all’attività di direzione e coordinamento, limite costituito da un esercizio del relativo potere comunque non pregiudizievole (in sé o a mezzo compensazione)⁽²⁷⁾. In una battuta: il contratto di rete, diversamente dal c.d. gruppo verticale, si apprezza per la previsione di un *programmatico vantaggio* (l’accrescimento della capacità innovativa e della competitività), da distribuire *su ciascun partecipante*⁽²⁸⁾.

(25) E, perciò, la presunzione prevista dall’art. 2497-*sexies* c.c. non è superata.

(26) Sul rapporto tra «potere discrezionale» riconosciuto all’ente o alla società titolare della «direzione unitaria di gruppo» e «distribuzione dei vantaggi e delle opportunità di guadagno» conseguenti, v. SCOGNAMIGLIO G., “*Clausole generali*”, *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, in AA.Vv., *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, p. 596 ss., ove le espressioni in esponente, e, sulla differenziazione, in tema, tra gruppo c.d. gerarchico e gruppo paritetico, *ivi*, p. 600, nt. 30. V. anche MAUGERI M., *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, in *Giur. comm.*, 2012, I, p. 66 ss., spec. p. 77 ss.

(27) Nella disciplina legale, il “vantaggio” - l’obbligo (per l’ente dominante) di distribuzione (alla società dominata) di un vantaggio - in definitiva, rileva solo nella prospettiva, e allora quando, vi sia uno “svantaggio” (della società dominata) o, ma è lo stesso, la sottrazione di un vantaggio proprio della società dominata (= al quale la società dominata ha titolo). Salvo, ma forse è una percorso argomentativo impegnativo, ritenere che la distribuzione del vantaggio sia imposta dai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale.

(28) V. la posizione di CAFAGGI, *Il contratto di rete e il diritto dei contratti*, in *Contratti*, 2009, p. 915 s.; e, prima dell’introduzione positiva del contratto di rete, *Id.*, *Il governo della rete: modelli organizzativi del coordinamento interimprenditoriale*, in AA.Vv., *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali*, cit., p. 63 ss. e p. 78 ss. nonché ZORZI, *Reti di imprese e modelli societari di coordinamento*, in AA.Vv., *Reti di impresa: tra regolazione e norme sociali*, cit., p. 189 ss. Cfr., pure, PALMIERI G., *Profili generali del contratto di rete*, in AA.Vv., *Reti di imprese, profili giuridici, finanziamento e rating*, a cura dell’Associazione Italiana Politiche Industriali, Milano, 2011, p. 5, nt. 7; CREA, *Il contratto di rete: un itinerario teorico-applicativo di riflessione*, in *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2010, p. 146 s.; ZANELLI P., *Reti d’impresa: dall’economia al diritto, dall’istituzione al contratto*, in *Contr. e impr.*, 2010, p. 954 s., e *Id.*, *La rete è, dunque, della stessa natura del gruppo di società?*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 535 ss. Forse non troppo lontana dalla prospettiva indicata nel testo, è l’affermazione per cui «laddove (...) una o più imprese partecipanti siano sotto il controllo di altre parteci-

3. Il regime dichiarativo

Soffermandosi sul regime dichiarativo, uno tra gli aspetti più attraenti e, al contempo, più complessi della nuova disciplina del contratto di rete, conviene distinguere partitamente le diverse opzioni pattiziamente adottabili.

3.1. (Segue) Contratto di rete e “interlocuzione unica” nelle procedure speciali

Il regime dichiarativo è affidato ad una regolamentazione convenzionale: le imprese in «rete» possono, si è accennato, pattiziamente dotarsi di un «ufficio» dalla legge espressamente (i) nominato «organo comune»⁽²⁹⁾ (ii) qualificato siccome «mandatario comune»⁽³⁰⁾ e (iii) «incaricato di gestire (...)» l'esecuzione (integrale o limitata ad una o più «parti o fasi») del contratto «in nome e per conto dei partecipanti»⁽³¹⁾. Su «ogni materia o aspetto di interesse comune che non rientri» nei «poteri di gestione conferiti all'organo comune», l'assunzione delle decisioni rimane naturalmente allocata sui partecipanti⁽³²⁾.

Una regola legale suppletiva, soggetta perciò a disattivazione pattizia, attribuisce all'organo comune la (concorrente) legittimazione a rappresentare gli «imprenditori, anche individuali, partecipanti al contratto» rispetto a talune procedure (anche ma non solo) a rilevanza pubblica⁽³³⁾. Si potrebbe pertanto azzardare, valorizzando il precetto, una ricostruzione che “fratturi” la comunanza dell'azione sostitutiva e, *solo in quelle procedure*, la *individualizzi*⁽³⁴⁾: nel silenzio del contratto, l'organo comu-

panti, ciò non giustificherebbe il sacrificio del loro interesse all'incremento di competitività», GENTILI, *Il contratto di rete dopo la l. n. 122 del 2010*, in *Contr.*, 2011, p. 620, nt. 32. In tema, cfr. altresì FESTI, *La nuova legge sul contratto di rete*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 548 s. Più ampiamente sul rapporto tra contratto di rete, gruppo gerarchico e gruppo paritetico, v. *infra*, Sezione II.

⁽²⁹⁾ Co. 4-ter, secondo periodo, e lett. e).

⁽³⁰⁾ Co. 4-ter, lett. e).

⁽³¹⁾ Co. 4-ter, secondo periodo.

⁽³²⁾ Co. 4-ter, lett f).

⁽³³⁾ Co. 4-ter, lett. e), e co. 4-ter.1 e 4-ter.2.

⁽³⁴⁾ Diversamente non se ne capirebbe il senso: infatti, l'organo comune, in quanto «mandatario comune» delle imprese «in rete», sembrerebbe già titolato alla relativa rappresentanza collettiva (anche) in quelle procedure tanto genericamente indicate dalla disposizione primaria.

ne, cioè, dovrebbe stimarsi abilitato ad impegnare non già, *necessariamente*, tutti gli aderenti, secondo la disciplina del mandato collettivo con rappresentanza, bensì, *eventualmente, solo* alcuni⁽³⁵⁾.

Sicché la sostituzione dell'organo comune si dovrebbe apprezzare: (1) in principio⁽³⁶⁾ *generale e collettiva*, circoscritta alla sostituzione di tutte e di ciascuna impresa (in quanto) aderente al contratto medesimo e funzionale all'esecuzione del contratto di rete (o di una sua parte o fase); e *rispetto a specifiche procedure*, in assenza di patto contrario, (2) *individuale*⁽³⁷⁾.

3.2. (Segue) Contratto di rete e "assimilazione" ai distretti produttivi

Complica il regime dichiarativo l'assimilazione della «rete delle imprese» ai distretti produttivi. Dall'assimilazione infatti discendono talune regole⁽³⁸⁾ di "agevolazione" amministrativa (in senso ampio) e finanziaria tra le quali, per quanto qui interessa, rileva⁽³⁹⁾ la possibilità di (i) "dirottare" gli effetti - sia di rapporti con pubbliche amministrazioni ed enti pubblici sia di avvio di procedimenti amministrativi - sulle imprese aderenti, quando «*formati (...) [dai contratti di rete "assimilati"] nell'interesse*» di quest'ultime; e (ii) stipulare, *per conto* (e, sembrerebbe: *collettivamente*) *delle imprese*, «*negozi di diritto privato secondo le norme in materia di mandato di cui agli articoli 1703 e seguenti del codice civile*»⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁵⁾ In maggiore aderenza alla lettera del co. 4-ter.2, che, prescrivendo la modalità di «ricognizione degli interventi agevolativi» applicabili «alle imprese aderenti al contratto di rete, interessate dalle procedure» agevolate, si riferisce appunto alle imprese aderenti «*interessate dalle procedure*» (corsivo aggiunto), marcando, allora, un apprezzamento non già di tutte e di ciascuna, collettivo, bensì individuale e singolare.

⁽³⁶⁾ Le parti potendo conformarne l'ambito attraverso la previsione di limitazioni.

⁽³⁷⁾ Dunque: secondo una modalità diversa dall'azione del rappresentante del consorzio con attività esterna di cui all'art. 2615, co. 2, c.c., il quale agisce *in nome del consorzio e per conto dei singoli consorziati* (accogliendo l'interpretazione dominante: informazioni in SARALE, *Consorzi e società consortili*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da Cottino, 3, Padova, 2004, p. 534 s.).

⁽³⁸⁾ Regole, in realtà, con le quali appare inevitabile "fare i conti" e, di conseguenza, differenziare la disciplina del contratto di rete in ragione della relativa applicazione/disapplicazione: diversamente, TRIPPUTI, *Il contratto di rete. Commento al d.l. 10 febbraio 2009*, n. 5, in *Nuova. giur. civ. comm.*, 2011, p. 74.

⁽³⁹⁾ Art. 1, co. 368, lett. b), rispettivamente, n. 1 e n. 3, l. n. 266/2005.

⁽⁴⁰⁾ Tecnica, quella del mandato senza rappresentanza, di nuovo (v. *supra*, nt. 37) irriducibile all'azione per conto dei consorziati nel nome del consorzio di cui all'art. 2615, co. 2, c.c.,

Se, come sembra sostenibile, all'“assimilazione” deve attribuirsi un qualche effetto “premiante” che possa, in coerenza con il quadro normativo dei distretti, restituire una sorta di “unità” nel traffico giuridico degli aderenti, si potrebbe, tentando di evitare “sovrapposizioni”, ordinare il regime dichiarativo del contratto di rete come segue:

(a) se il contratto di rete *non è dotato di organo comune* e

(a') *la rete d'impresa non è «assimilata»*: l'attività sostitutiva è commessa a legittimazioni *ad hoc* (singoli mandati con o senza rappresentanza);

(a'') *la rete d'impresa è «assimilata»*: l'attività sostitutiva è retta dalle regole sui distretti le quali, in talune, nominate, ipotesi, “ribaltano” *ex lege* gli effetti negoziali sulle imprese aderenti e, in via generalizzata, il “ribaltamento” è titolato da un mandato collettivo senza rappresentanza. All'attività sostitutiva «per conto», mancando l'organo comune quale *sostituto* [contrattualmente pre-determinato e pre-individuato⁽⁴¹⁾] *permanente*⁽⁴²⁾, essendo, si direbbe, abilitata ciascuna impresa aderente;

(b) se contratto di rete è dotato di organo comune e

(b') *la rete d'impresa non è «assimilata»*: l'attività sostitutiva si radica su un mandato collettivo con rappresentanza;

(b'') *la rete d'impresa è «assimilata»*: accanto all'azione sostitutiva, con rappresentanza collettiva, dell'organo comune, si dovrebbe ammettere un'azione di ciascuna impresa (in nome proprio ma) per conto, collettivamente, delle altre. L'«assimilazione» *aggiungerebbe*, al mandato collettivo con rappresentanza tra aderenti ed organo comune, il titolo per ciascun partecipante ad un'azione sostitutiva collettiva per conto degli altri⁽⁴³⁾.

Nelle ipotesi sub (b') e (b''), poi, l'organo comune, purché non vi sia un patto contrario e rispetto a procedure dettagliate, è legittimato ad

condividendo l'autorevole intuizione secondo la quale l'art. 2615, co. 2, c.c. deroga all'art. 1705 c.c.: v. ANGELICI, *Diritto commerciale I.*, Roma-Bari, 2002, p. 92 s. Cfr. anche FERRI G., *Consorzio (teoria gen.)* (voce), in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961.

⁽⁴¹⁾ Il co. 4-ter, lett. c), prevede che il contratto stabilisca il «nome, la ditta, la ragione o denominazione sociale del soggetto prescelto per svolgere l'ufficio di organo comune».

⁽⁴²⁾ Le parti devono «prevedere le regole relative alla [...] eventuale sostituzione durante la vigenza del contratto» del preposto all'«ufficio di organo comune» [co. 4-ter, lett. e)].

⁽⁴³⁾ L'alternativa - meno attendibile - essendo un'azione sostitutiva dell'organo comune *in nome proprio* (e non della rete, priva di nome inteso come soggettività) *ma per conto di tutti i mandanti*, con attivazione del diritto comune del mandato senza rappresentanza, attivazione resa ammissibile *attraverso titolo legale* (il beneficio concesso ai distretti e richiamato per le reti «assimilate»).

agire *in nome e per conto* di singole imprese aderenti⁽⁴⁴⁾. Legittimazione, peraltro, di ardua integrazione con talune delle semplificazioni procedurali scaturenti dall'«assimilazione»⁽⁴⁵⁾.

4. Il regime patrimoniale

Sul regime patrimoniale del contratto di rete, e specificamente, del contratto di rete “organizzato” (i) perché dotato sia di *fondo patrimoniale comune*, destinando stabilmente utilità allo scopo, sia di *organo comune*, precostituendo una tecnica di azione sostitutiva collettiva permanente⁽⁴⁶⁾; e (ii) il cui programma di rete impone di perseguire lo scopo *esercitando «in comune una o più attività»* - i dati normativi insieme alle precedenti riflessioni sull'attività negoziale consentono di ricostruire una forma di separazione patrimoniale alla quale non corrisponde, in senso proprio, *un ente di riferimento*: la separazione patrimoniale è, così, orientata ad uno scopo, senza che sia necessario e, forse, opportuno predicare *l'entificazione della rete in sé*, al più rendendo, piuttosto, *comune uno scopo*. Prospettiva, questa, altresì in linea con: (i) l'obbligo di iscrizione «diffusa» del contratto di rete nel Registro delle imprese; e (ii) la mancata soggezione testuale a specifici obblighi di redazione e pubblicazione della situazione patrimoniale⁽⁴⁷⁾.

Premesso (a) che la separazione patrimoniale *nel* e *del* contratto di rete si raggiunge attraverso l'istituzione di un «*fondo patrimoniale comune*», accompagnata da clausole contrattuali sulla «*misura*» ed i «*criteri di valutazione dei conferimenti iniziali*» e degli «*eventuali contributi successivi*», obbligo di ciascun contraente, nonché sulle «*relative regole di gestione*»; e (b) che l'esecuzione del «*conferimento*» può attuarsi at-

(44) L'istituzione dell'organo comune sembra rilevare quale pre-condizione per l'accesso alla semplificazione.

(45) Decisiva, probabilmente, sarà l'attuazione regolamentare.

(46) Per semplicità, si ragiona assumendo la *contemporanea* istituzione di fondo patrimoniale comune e organo comune. In difetto del primo, si dovrebbe applicare la disciplina del mandato senza “anticipazione della provvista” (v. *infra*, par. 4.1). Sistemáticamente inaccettabile e di arduo inquadramento [almeno per il caso in cui il programma di rete preveda il compimento di un'attività esterna, v. SCIUTO, *op. ult. cit.*, p. 85, nt. 40 e p. 89 ss.] è un assetto contrattuale che doti le imprese «in rete» di fondo patrimoniale comune (regolato dagli artt. 2614 e 2615 c.c. «*in quanto compatibili*») ma non di organo comune: non potendosi in ogni caso invocare le regole sulla comunione, pensate per contitolarità “statiche”, di godimento.

(47) Cfr., per i consorzi con attività esterna, rispettivamente, l'art. 2612, co. 1, c.c. e l'art. 2615-bis c.c.

traverso l'apporto di patrimoni destinati ad uno specifico affare ai sensi dell'art. 2447-bis, co. 1, lett. a), c.c., purché consentito nel programma di rete. Ciò premesso, l'indagine deve rivolgersi alla disciplina del fondo patrimoniale comune e, successivamente, al rapporto tra questo ed i patrimoni destinati apportati «*in esecuzione*» del «*conferimento*».

4.1. (Segue) Fondo patrimoniale comune e applicazione compatibile degli artt. 2614 e 2615 c.c.

Il fondo patrimoniale comune solleva l'interrogativo circa l'applicazione compatibile degli artt. 2614 e 2615 c.c.⁽⁴⁸⁾, con esclusione appunto di un'entificazione: da questo punto di vista, verrebbe da dire che *il contratto di rete è un po' "più" della società civile* del c.c. del 1865 (per la quale non vi era neppure la possibilità per i creditori particolari del socio di soddisfarsi sugli utili e di sequestrare [e, nelle società anonime e in accomandita per azioni, vendere] la di lui quota o azioni, regola, applicabile alle sole società commerciali⁽⁴⁹⁾) *ed un po' "meno" del consorzio con attività esterna*, non essendoci un ente. Si potrebbe osservare che l'organo comune incaricato dell'esecuzione, totale o parziale, del contratto (i) gestisce il fondo, secondo le modalità contrattualmente pre-determinate, e (ii) impegna nel nome e per conto dei mandanti il fondo patrimoniale comune.

Sulla misura della compatibilità, mentre poco problematica appare l'applicazione integrale dell'art. 2614 c.c.⁽⁵⁰⁾, l'interprete è chiamato ad uno sforzo ricostruttivo di grande impegno (e, forse, lo si vedrà, con scarsi risultati) rispetto alla compatibilità dell'art. 2615 c.c. Disposizione che suppone l'entificazione, mancante nel contratto di rete e, viceversa, propria dei consorzi con attività esterna.

Scomponendo i precetti, ci si deve interrogare sulla compatibilità (i)

⁽⁴⁸⁾ Co. 4-ter, lett. c).

⁽⁴⁹⁾ Art. 85 c.comm. del 1882.

⁽⁵⁰⁾ La cui disciplina è riassumibile in: (i) "alimentazione" del fondo attraverso i contributi degli aderenti ed i beni ricavati con tali contributi; (ii) "interdizione" alla divisione del fondo; (iii) "insensibilità" del fondo alle azioni dei creditori particolari degli aderenti. In effetti, i primi due precetti sono nella disponibilità dell'autonomia privata (sebbene, forse, rispetto all'"interdizione" alla divisione, con un vincolo temporale): di conseguenza, qualora non si ammettesse l'applicazione del terzo, l'"insensibilità", il rinvio sarebbe inutile. Sia pur in tema di società, sull'inidoneità del «contratto», cioè dell'autonomia privata, alla produzione dell'effetto di « sottrazione (...) dei beni apportati al patrimonio sociale alle azioni dei creditori particolari del socio », v., recentemente, ANGELICI, *Variazioni su responsabilità e irresponsabilità del socio*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, p. 53, nt. 7, in cui il testo in esponente.

della localizzazione sul fondo della garanzia patrimoniale per le obbligazioni assunte dai rappresentanti delle imprese in rete (art. 2615, co. 1, c.c.) e (ii) della localizzazione sul fondo e, in solido, sugli aderenti interessati della garanzia patrimoniale per le obbligazioni assunte dagli «organi» della rete per conto degli aderenti con ripartizione pro-quota in caso di insolvenza (art. 2615, co. 2, c.c.).

Invertendo l'ordine della trattazione, sul secondo precetto c'è da chiedersi, in realtà, se l'assetto normativo del contratto di rete ammetta o meno l'azione dell'organo comune solo per conto degli aderenti, con la conseguenza specifica – *e derogatoria del diritto comune del mandato senza rappresentanza* – della garanzia patrimoniale dell'interessato non rappresentato. Ebbene, dall'esame del regime dichiarativo sopra proposto, si può concludere che (i) l'azione sostitutiva dell'organo comune è azione collettiva o, in certi casi, individuale, *in nome e per conto degli aderenti* e (ii) nelle reti «assimilate», *ciascuna impresa può anche agire in nome proprio e solo per conto degli aderenti secondo la disciplina del mandato senza rappresentanza*. Sicché l'eventuale spazio operativo dell'art. 2615, co. 2, c.c. sarebbe (a) *per un verso*, esclusivamente predicabile per le reti non «assimilate»⁽⁵¹⁾; e (b) *per l'altro*, subordinato alla spendita da parte dell'organo comune, alternativamente, del proprio nome o del nome di tutti (gli altri) mandanti⁽⁵²⁾. Si dovrebbe quindi ammettere che nelle imprese «in rete» all'azione dell'organo comune per conto di taluni mandanti⁽⁵³⁾, ma in nome proprio o di tutti gli altri, corrisponda la garanzia patrimoniale esclusiva di quelli, affiancata dalla garanzia del fondo “messo in rete”. Il che appare eccessivo, in definitiva essendo difficilmente accettabile che una disposizione applicabile *solo in quanto compatibile* produca la dissociazione tra nome speso ed imputazione degli effetti dell'attività giuridica

⁽⁵¹⁾ Argomentando *a contrario*: nelle reti «assimilate» la concessione del “beneficio” dell'applicazione generalizzata della disciplina del mandato senza rappresentanza [art. 1, co. 368, lett. b), n. 3, l. n. 266/2005] dovrebbe imporre che l'unica «azione per conto» debba su quel beneficio legittimarsi [e del resto l'applicazione dell'art. 2615 c.c. è applicazione «compatibile»: perciò l'art. 1, co. 368, lett. b), n. 3, l. n. 266/2005 dovrebbe prevalere]. Ragionare diversamente significherebbe, se non si vede male, sottoscrivere la paradossale conseguenza per cui mentre nelle reti non «assimilate» sarebbe ammissibile un'azione derogatoria al diritto comune dell'azione sostitutiva «per conto» (artt. 1705, 1706, 1707 c.c.), tale deroga dovrebbe considerarsi inammissibile per le reti «assimilate».

⁽⁵²⁾ La rete, si ricordi, essendo priva di soggettività.

⁽⁵³⁾ Con un'azione solo «occasionalmente» delle imprese «in rete»: così, per i consorzi con attività esterna, FRANCESCHELLI R., in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1947, p. 439 s., *sub* art. 2615; v. pure JAEGER, *Responsabilità verso i terzi delle persone che hanno la rappresentanza del consorzio e dei singoli consorziati*, in *Riv. dir. ind.*, 1960, II, p. 183 ss. e spec. p. 186 s.

compiuta spendendo quel nome, *rendendo immune* (se l'organo comune agisse in nome proprio⁽⁵⁴⁾) o *parzialmente immune* (se l'organo comune agisse in nome degli altri mandanti) il patrimonio di soggetti nel nome dei quali l'attività negoziale è stata svolta⁽⁵⁵⁾.

Rispetto al primo precetto, qualche, benché problematico, spazio applicativo potrebbe concedersi, il punto essendo il riconoscimento della localizzazione della garanzia patrimoniale senza ente di “riferimento”, relazionata ad una collettività in senso “debolissimo”. E si potrebbe muovere dalla qualificazione dell'organo comune quale mandatario collettivo e pertanto apprezzare il fondo patrimoniale comune come una sorta di *anticipazione e destinazione della provvista* dei mandanti al mandatario (art. 1719 c.c.). Con due precisazioni: (1) poiché l'organo comune è incaricato di eseguire il contratto o una sua fase o parte, in principio, oggetto, fase o parte del contratto parametrano la rappresentanza gestoria, l'esecuzione del contratto essendo per tutti gli aderenti «comune»; (2) l'anticipazione (e la destinazione) è *per legge* “rafforzata” dalla localizzazione della garanzia patrimoniale. Con il fondo patrimoniale comune le parti del contratto di rete *anticipano* (mettendo «in rete» utilità) e *vincolano all'attuazione del programma negoziale la provvista nella disponibilità* (lato sensu) *dell'organo comune*, provvista che, perciò, individua – almeno in prima battuta⁽⁵⁶⁾ – la *garanzia patrimoniale* di ciascuno per l'attività negoziale delle imprese «in rete».

4.2. (Segue) Fondo patrimoniale comune ed apporto di patrimoni destinati ad uno specifico affare

Alimentando il fondo patrimoniale comune con l'apporto, quale modalità di «esecuzione del conferimento», di patrimoni destinati ad uno specifico affare⁽⁵⁷⁾, sembrerebbe inevitabile una concorrenza disciplinare: artt. 2614 e 2615 c.c. vs. regole sui patrimoni destinati

⁽⁵⁴⁾ Ovvero, ma è lo stesso, coinvolgendo (parte dei) patrimoni dei soggetti (gli altri mandanti) il cui nome non è stato speso nell'attività negoziale.

⁽⁵⁵⁾ A ben vedere, il “nome” dell'aderente “interessato” non viene neppure, per così dire, “indirettamente” speso attraverso la spendita del “nome dell'ente” (come nel consorzio con attività esterna), proprio perché, nel contratto di rete, quando si “rappresenta”, si rappresentano *direttamente* (collettivamente o individualmente) *gli aderenti*.

⁽⁵⁶⁾ Lasciando cioè impregiudicato il problema sulla *misura* della garanzia patrimoniale. V. GUERRERA, *Brevi considerazioni sulla governance nei contratti di rete*, in *Contr. e impr.*, 2012, p. 348 ss. spec. p. 352 s.

⁽⁵⁷⁾ Su cui v., per tutti, SCANO ALESSIO D., *Gli atti estranei allo specifico affare*, Torino, 2010.

(artt. 2447-*bis* ss. c.c.) «*apportati*» nel (e alimentazione del) primo.

Al riguardo, potrebbe dirsi questo: (i) nel conflitto, la prevalenza non può che accordarsi al diritto comune dei patrimoni destinati, il quale, evidentemente, non può non “reggere” la separazione/specializzazione patrimoniale (localizzazione della garanzia patrimoniale, insensibilità dei patrimoni degli aderenti e condizioni di relativa persistenza); (ii) poco o nulla sembra aggiungere, quindi, l’art. 2614 c.c., potendo al più fungere da impedimento alla revoca (se ammissibile in via generale) della destinazione patrimoniale; (iii) difficilmente potrebbe l’art. 2615, co. 1, c.c. orientare per il «perfezionamento» della localizzazione della garanzia patrimoniale fino alla soglia delle obbligazioni da atto illecito (v. art. 2447-*quinquies*, co. 3, c.c.); (iv) l’“unità” del fondo patrimoniale, allora, sembra, da un punto di vista precettivo, svanire, tanto da lasciar pensare il contratto di rete come una sorta di “contratto di coordinamento” di una pluralità, distinta, di patrimoni, tutti destinati ad un medesimo affare, costituito dal contratto per l’esecuzione del quale i patrimoni sono appunto destinati⁽⁵⁸⁾ (almeno nell’ipotesi in cui il fondo patrimoniale comune sia da questi esclusivamente alimentato⁽⁵⁹⁾); (v) legittimato (almeno) all’attività dichiarativa potrebbe ritenersi l’organo comune quasi fosse, nel caso in cui i patrimoni destinati rilevassero quali rami d’azienda, un “istitutore di più imprenditori”⁽⁶⁰⁾; (vi) di talché, *nonostante la lettera della legge consideri i patrimoni destinati una modalità alternativa di formazione del fondo patrimoniale comune*, forse, non vi sarebbe tecnicamente un fondo «messo in comune», regolato dagli artt. 2614 e 2615 c.c., l’applicazione dei quali, del resto, assai poco aggiungerebbe; bensì, *un compendio di patrimoni “messi in rete”, perché (pre)destinati al perseguimento del (medesimo) scopo declinato nel contratto.*

5. Le agevolazioni fiscali

Sebbene la dotazione patrimoniale del contratto di rete sia divenuta facoltativa, gli è che le agevolazioni fiscali previste dai co. 2-*quater*-2-*quinquies* dell’art. 42 (delle quali sono le *imprese «in rete»* e non la

⁽⁵⁸⁾ Il contratto di rete sottoscritto e non un generico «contratto di rete».

⁽⁵⁹⁾ Il problema, invero, è costituito dalla considerazione della plausibilità di un fondo patrimoniale comune costituito solo in parte da patrimoni destinati, l’applicazione del diritto comune (art. 2447-*bis* ss. c.c.) di questi non potendosi eludere.

⁽⁶⁰⁾ Fermo il c.d. divieto di “abdicazione”.

«rete» i destinatari, le prime rimanendo soggetti tributari e la seconda non acquistando in quanto tale – né soggettività giuridica⁽⁶¹⁾ né – soggettività tributaria⁽⁶²⁾ in tanto possono operare in quanto il contratto di rete sia dotato di un fondo patrimoniale comune⁽⁶³⁾.

Tali agevolazioni, oltre ad essere condizionate, soggettivamente, alla persistenza dell'adesione (in via originaria o successiva) al contratto, si appuntano, oggettivamente, sull'esonero, limitato nel tempo e nel *quantum*⁽⁶⁴⁾, dal computo del reddito d'impresa della «*quota degli utili dell'esercizio*» destinati «*al fondo patrimoniale comune o al patrimonio destinato all'affare per realizzare entro l'esercizio successivo gli investimenti previsti dal programma comune di rete*». Tutto ciò: purché (i) il programma di rete sia qualificato da una «asseverazione» della conformità del contratto osservato (e dei requisiti dei relativi partecipanti) al modello legale, rilasciata da organizzazioni di categoria o, in via sussidiaria⁽⁶⁵⁾, da organismi pubblici⁽⁶⁶⁾; (ii) gli utili in questione siano «*accantonati ad apposita riserva*»; (iii) la riserva sia (eventualmente) utilizzata in via esclusiva per la copertura di perdite di esercizio. Per fruire dell'esonero dal concorso al reddito d'impresa è necessario destinare utili alla formazione del fondo patrimoniale comune (ovvero del patrimonio destinato apportato), appostando in bilancio una riserva «*targata*»: ché «*vincolata*» alla «*realizzazione degli investimenti previsti dal programma comune di rete*», descritta in nota integrativa e rappresentante i valori investiti nel programma comune. All'Agenzia delle entrate spetta poi il dovere, permanente, di vigilanza sui «*contratti di rete e sulla realizzazione degli investimenti*» in relazione ai quali l'agevolazione è stata concessa; dovere per la cui attuazione è assegnato il potere di revocare eventuali benefici conseguenti, se indebitamente «*fruiti*»⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶¹⁾ Qualora si accolga la ricostruzione proposta in queste pagine.

⁽⁶²⁾ V. circ. Agenzia delle entrate n. 4/E del 15 febbraio 2011, p. 55. Rimane possibile, comunque, l'attribuzione alla rete di un codice fiscale (v. risoluzione dell'Agenzia delle entrate n. 70/E del 30 giugno 2011).

⁽⁶³⁾ Circ. Agenzia delle entrate n. 15/E del 14 aprile 2011, p. 4 e p. 8.

⁽⁶⁴⁾ V. art. 42, co. 2-*quater* e 2-*quinquies*.

⁽⁶⁵⁾ V. art. 5 d.m. Ministero dell'economia e delle finanze del 25 febbraio 2011.

⁽⁶⁶⁾ Il decreto ministeriale attuativo (d.m. 15 febbraio 2011) ha individuato i primi, rinviando ad una successiva regolamentazione l'individuazioni dei secondi.

⁽⁶⁷⁾ Art. 42, co. 2-*quater*, ove anche i precedenti virgolettati.

Sezione II

La disciplina del contratto di rete di imprese e i gruppi paritetici

1. Premessa

Il fenomeno del gruppo paritetico è una conoscenza relativamente risalente per la nostra letteratura giuridica e, comparativamente, anche meno giovane per il legislatore, se confrontato con il contratto di rete.

Nelle pagine a seguire, pertanto, questa maggiore anzianità del tema e della disciplina ci esonera dagli oneri di completezza informativa, per concentrare l'attenzione sulle possibili relazioni tra l'uno e l'altro (se ve ne siano): in punto di fattispecie come anche di disciplina.

2. La fattispecie del gruppo paritetico

Il legislatore della riforma societaria del 2003 ci ha tratteggiato nell'art. 2545-*septies* c.c. una fattispecie ed una disciplina quanto mai a maglie larghe e poco definita⁽⁶⁸⁾.

In punto di fattispecie, il gruppo paritetico – sembra desumersi dalla disposizione – potrebbe includere soltanto società cooperative o, al più, cooperative ed «altri enti pubblici e privati» (art. 2545-*septies*, co. 1, n. 3, c.c.)⁽⁶⁹⁾. Il gruppo deve essere regolato attraverso un contratto, il quale potrebbe assumere natura «anche» – ma non soltanto, perciò – di consorzio (art. 2545-*septies*, co. 1, inizio, c.c.). Sembra allora tuttora valida la proposta ricostruttiva avanzata nella letteratura specialistica prima del 2003, sulla funzione (*lato sensu*) mutualistica del gruppo paritetico⁽⁷⁰⁾; semmai dubbi sorgono ora se il regolamento del gruppo debba di necessità essere affidato al contratto di consorzio⁽⁷¹⁾.

⁽⁶⁸⁾ Il precedente storico della disciplina dell'art. 2545-*septies* c.c., come è noto, è costituito dall'art. 27-*ter* d.lgs. C.p.S. 14 dicembre 1947, n. 1577 – detta «Legge Basevi», tuttora vigente, che prevede la facoltà di costituzione dei consorzi di società cooperative.

⁽⁶⁹⁾ Ma si tratta di prospettiva soggettivamente ristretta, superabile pensando l'art. 2545-*septies* c.c. quale «norma di tutela della società cooperativa dipendente e, in particolare, un presidio normativo minimo alla specificità mutualistica della medesima»: ZOPPINI, *I gruppi cooperativi (modelli di integrazione tra imprese mutualistiche e non nella riforma del diritto societario)*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 774 ss.

⁽⁷⁰⁾ Poi ribadita all'indomani della riforma da BUONOCORE, *La riforma delle società*, in *Giur. comm.*, suppl. al fascicolo n. 4/2003, p. 50.

⁽⁷¹⁾ Prima della riforma societaria, assimilava il gruppo paritetico al consorzio con at-

Al pari dei gruppi “non paritetici”, o “gerarchici”, anch’esso si articola su due momenti distinti: (a) quello della decisione delle politiche di gestione del gruppo, detta come per i primi «attività di direzione e coordinamento» - a tale attività può essere preposto l’ente consortile o di diversa natura che regola su base contrattuale il gruppo; (b) quello della esecuzione di tali decisioni, rimesso a ciascun membro del gruppo, per quanto di competenza.

Inoltre, impregiudicato restando ogni legame sotto il profilo economico, per il codice civile il gruppo - sia gerarchico sia paritetico - non considera la eventualità del coinvolgimento di imprese individuali nell’aggregazione, diversamente dal diritto concorsuale (v. artt. 80 ss. d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270).

Diversamente dai gruppi gerarchici, si conferma valida a tutt’oggi la lettura secondo cui i paritetici hanno necessariamente natura contrattuale: nel senso che i due momenti, della decisione e della esecuzione, debbano trovare fondamento nel contratto, anziché nel legame partecipativo tra enti. La ragione è nel fatto stesso della non gerarchizzazione del rapporto; ma più vaga resta la relazione, tutta da spiegare, tra gli enti coinvolti, perché tutti soggetti - oggi anche per diritto scritto - all’attività di direzione e coordinamento, se non “unitaria”, quantomeno “concertata”.

La legge, sotto questo profilo, non detta regole stringenti: direzione e coordinamento potrebbero formalmente imputarsi ad un ente il quale potrebbe assumere mero ufficio di composizione delle volontà dei singoli partecipanti - dunque potrebbe svolgere una funzione rilevante anzitutto nella prospettiva della strutturazione del processo decisionale - oppure potrebbe addirittura essere un delegato dei partecipanti, verso il quale essi abbiano “abdicato” ad una porzione di “sovranità” decisionale sulla base di una valutazione di convenienza.

Proprio quest’ambiguità ha indotto alcuni autori a indagare quanta parte della disciplina degli artt. 2497 ss. c.c. trovi applicazione anche nei riguardi del gruppo paritetico, considerato che in particolare il testo dell’art. 2497-*septies* c.c. sembra non senza fondamento incoraggiare una tale riflessione⁽⁷²⁾.

tività interna SANTAGATA R., *Il gruppo paritetico*, Torino, 2001, p. 102 ss. Vigente l’art. 2545-*septies* c.c., l’A. rivendica ora continuità della prospettiva «ontologicamente» consortile, criticando come «inopportuna e fuorviante» la formula legislativa, che testualmente adombra invece forme organizzative diverse dal consorzio: SANTAGATA R., in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti e altri, *Società cooperative*, sub art. 2545-*septies*, Milano, 2006, p. 463.

(72) Anzi, secondo SANTAGATA R., *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società*

Tuttavia, se proprio così fosse, si perderebbe di vista una distinzione, in punto di normativa, tra le fattispecie del gerarchico e del paritetico⁽⁷³⁾. Non è infatti scontato che anche nel primo un'abdicazione ai pieni poteri decisionali degli organi sociali non sia sorretta dalle ragioni economiche più varie, ma prescelta – almeno inizialmente – del tutto liberamente. I gruppi non si formano soltanto per articolare la sopportazione dei rischi imprenditoriali, quando l'iniziativa è complessa; altri disegni, di ordine sia industriale sia finanziario, possono inizialmente sorreggere un'aggregazione “senza ritorno”, gli stessi che economicamente possono indurre ad es. ad una fusione di società – non vi sarebbe infatti ragione per garantire un diritto di recesso spettante al socio più ampio rispetto a quanto consentirebbero le ordinarie regole del tipo societario al momento dell'ingresso o della fuoriuscita dal gruppo [art. 2497-*quater*, co. 1, lett. c), c.c.].

L'idea che il gruppo gerarchico possa nascere anche da un disegno di aggregazione del tutto negoziale, ma che l'adesione sia “senza ritorno”, quanto meno nella prospettiva dell'ente etero-diretto, sembra un itinerario da percorrere per distinguere (normativamente) quello dal paritetico⁽⁷⁴⁾.

Infatti, nel pur frammentario art. 2545-*septies*, co. 2, c.c. è garantito *ex lege*⁽⁷⁵⁾ un diritto di recesso certamente più intenso che quello previsto in materia di consorzio (art. 2609 c.c.; che richiama la necessità della indicazione delle cause nel contratto – v. anche art. 2603, co. 2, n. 6, c.c.) e che pare incompatibile con il legame gerarchico tra gli enti: quale che sia la ragione dell'aggregazione nel gruppo gerarchico, questo è “senza

di capitali, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, 2007, p. 808 ss. la disposizione da ultimo richiamata nel testo sarebbe dedicata solo ai gruppi paritetici, con esclusione pertanto di qualsiasi previsione ancora oggi nel nostro ordinamento dei *Beherrschungsverträge* (ed a p. 806 ss. polemica con la dottrina di segno contrario: VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, 2007, p. 831 ss.); v. ancora SANTAGATA R., *Il « contratto di rete » fra (comunione di) impresa e società (consortile)*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 337 s., ove si oppone un netto rifiuto a qualsiasi prospettiva di assimilazione tra gruppo paritetico e contratto di rete.

⁽⁷³⁾ Insegue viceversa una distinzione tutta economica ed ontologica CAFAGGI, *op. loc. ult. cit.* Negli stessi luoghi lo scritto pare equiparare gruppi paritetici e reti di imprese: il percorso seguito non sembra tuttavia qui possibile valorizzare, sia perché il lavoro storicamente precede la disciplina del contratto di rete, sia perché chi scrive non è sicuro di avere avuto comprensione degli argomenti utilizzati.

⁽⁷⁴⁾ Da una felice intuizione di Maurizio Onza.

⁽⁷⁵⁾ Non bisognoso, pertanto, di espressa previsione nel contratto: SANTAGATA R., *sub art. 2545 septies*, cit., p. 480.

ritorno". Ciò, si ripete, con specifico riguardo all'ente che si assoggetta all'altrui attività di direzione e coordinamento. Non così, per diritto scritto, il paritetico: ogni ente partecipante può chiamarsi fuori «dal contratto senza che ad ess(o) possano essere imposti oneri di alcun tipo qualora, per effetto dell'adesione al gruppo, le condizioni dello scambio risultino pregiudizievoli per i propri soci». Una tutela tanto "preminente", da rendere *residuali* quelle accordate a soci di minoranza e creditori sociali dagli artt. 2497 ss. c.c. (*infra*, parr. 3 e 3.1).

Da parte l'espresso riferimento allo «scambio», che soltanto nella mutualità cooperativa assume un contenuto operativo, la disposizione - ove la si pensi meritevole di interpretazione estensiva ai gruppi paritetici composti da società diverse dalle cooperative - presenta, se si vuole, un elemento di antitesi rispetto al gruppo gerarchico, il quale può attuare politiche di gestione idonee a pregiudicare gli interessi dei soci di minoranza e dei creditori delle società eterodirette e senza che questo comporti alcun diritto da parte di costoro, salvo che ciò manifesti una scorrettezza e che il danno non risulti in qualche modo eliso in ragione della soggezione al vincolo gerarchico medesimo (art. 2497, co. 1, c.c.). In altri termini, l'acquisizione di vantaggi patrimoniali e/o di benefici di vario ordine è conseguenza *naturale* della soggezione di un ente ad attività di direzione e coordinamento gerarchica: non si tratta tuttavia di condizione *sine qua non*, non sanzionando l'art. 2497 c.c. né la mancata acquisizione né la perdita dei medesimi, purché entro la cornice della "correttezza" (= il rispetto dei «principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale»).

Mentre tali lesioni nel gerarchico giustificano, al più, una tutela risarcitoria, a beneficio (non dell'ente, bensì) del socio c.d. esterno o del creditore sociale, nel paritetico ciò è ragione sufficiente per mettere in discussione il vincolo nei confronti dell'ente: perché il paritetico esige un vantaggio per ciascuno dei partecipanti - si veda infatti l'art. 2545-*septies*, co. 1, n. 5, c.c. che impone la determinazione dei «criteri di compensazione e l'*equilibrio nella distribuzione dei vantaggi* derivanti dall'attività comune» (corsivo aggiunto). Insomma, nel paritetico non risulta ammissibile il sacrificio non compensato del singolo ente, purché "corretto", tipico del vincolo gerarchico. Una tale esigenza potrebbe persino assumersi nella variante della intollerabilità della mera "antieconomicità": ove aritmeticamente dimostrata, la maggior convenienza ad autoprodurre il servizio "di gruppo" costituisce ragione sufficiente per sciogliersi dalla collettività.

È in questo - ad avviso di chi scrive - che si specifica il *proprium* della «funzione mutualistica» (che si usa predicare) del gruppo paritetico: una equilibrata distribuzione di vantaggi da cui nessun ente partecipante

può legittimamente esser escluso ed accessibili soltanto attraverso la soggezione all'attività di direzione e coordinamento⁽⁷⁶⁾. Ma sul punto pare indispensabile tornare più avanti (*infra*, par. 3.1.).

Per adesso può dirsi raggiunta una prima conclusione in punto di fattispecie. La disposizione sul recesso, pur se ubicata in materia di gruppi di società cooperative, non può non avere portata sistematica e costituisce lo spartiacque tra la fattispecie del gruppo gerarchico e del gruppo paritetico: il primo (dal punto di vista dell'ente) è "senza ritorno"; il secondo no, perché al *iussum* che manifesta un'attività di direzione e coordinamento, quand'anche indistinguibile dal *iussum* gerarchico, è dato opporre un recesso. Un diritto di recesso che si rinviene similmente anche nella disciplina del contratto di rete e che, almeno nella funzione, si avvicina all'istituto che caratterizza con intensità variabile i contratti associativi - di qui la ricerca della sede della regolamentazione del rapporto e poi dell'ufficio decisionale nel contratto di consorzio, strada già percorsa in passato - pur se il contratto associativo è, oggi, tutto da identificare e classificare [ma che ci si trovi dinanzi ad un contratto associativo, un indizio - niente più che un indizio - si rinviene nel diritto scritto: «(...) ferma restando in ogni caso l'applicazione delle regole generali di legge in materia di scioglimento totale o parziale dei *contratti plurilaterali con comunione di scopo*» - v. co. 4-ter, lett. d); corsivo aggiunto]. Non sarebbe infatti il nuovo istituto sovrapponibile alla risoluzione per eccessiva onerosità, con la quale mostra pure notevoli affinità funzionali, per essere questa disciplina propria del contratto a prestazioni corrispettive (art. 1467 c.c.)⁽⁷⁷⁾.

Tuttavia, anche fuori dalla nozione di «scambio mutualistico», il vago riferimento alla nozione di «scambio» è suscettibile di una più lata interpretazione⁽⁷⁸⁾, diretta nella sostanza a indicare all'interprete fin quando il sacrificio imposto alla singola società di gruppo risulti sostenibile e a partire da quando, invece, questo sacrificio non lo sia più e quindi sia legittimo l'esercizio del diritto di recesso. Un criterio più preciso, però, il codice civile non ce lo dà⁽⁷⁹⁾: sicché converrà tornarvi sul punto alla

⁽⁷⁶⁾ In altri termini: (a) il gerarchico tollera lo svantaggio non compensato, purché corretto; (b) il paritetico invece esige il vantaggio, pur se equilibrato (attraverso criteri di compensazione - *infra*, par. 3.1). Ciò spiega perché il secondo consenta *ex lege* il recesso (all'ente sottoposto all'attività di direzione e coordinamento), mentre il primo non.

⁽⁷⁷⁾ *Contra*, se ben intendiamo, SANTAGATA R., sub art. 2545-septies, cit., p. 479.

⁽⁷⁸⁾ E forse a questo pare alludere anche SANTAGATA R., sub art. 2545-septies, cit., p. 478 ss., ponendosi nella prospettiva della dialettica maggioranza/minoranze.

⁽⁷⁹⁾ Vaghezza temuta da LAMANDINI, *Il gruppo bancario paritetico: profili di diritto societario e antitrust*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, I, p. 401; contrastata allora da SANTAGATA

conclusione del nostro ragionamento, anche perché – per converso – non deve neppure essere sottovalutata la eventualità di un esercizio abusivo del recesso (*infra*, par. 6.2).

3. La disciplina del gruppo paritetico

Ciò detto – cioè che in punto di fattispecie la differenza tra gruppo (contrattuale) gerarchico e gruppo paritetico sarebbe impercettibile, se non fosse che nel secondo caso è sempre garantito *ex lege* il diritto di recesso – occorre valutare in punto di disciplina quali lacune potrebbero essere colmate svolgendo un rapido giro d'orizzonte sistematico.

Il gruppo paritetico si giova di una disciplina, tutt'altro che esauriente, solo allorché coinvolga anzitutto cooperative e poi, eventualmente, enti diversi. Nessuna regola testuale si rinviene, invece, a parte quelle degli artt. 2497 ss. c.c., per i gruppi paritetici costituiti da enti diversi da società cooperative. Infine, il gruppo paritetico *non è*, in tutto od in parte, se risultino coinvolte imprese individuali: le regole degli artt. 2497 ss. c.c. si applicano soltanto a realtà in cui in posizione eterodiretta siano società ed in posizione direttiva più genericamente enti (ma, forse, secondo taluni, anche persone fisiche: arg. *ex art.* 2497, co. 2, c.c.).

Il discorso non può correttamente compartimentarsi e allora immaginiamo la seguente progressione:

- a) nell'art. 2545-*septies*, co. 1 e 3, c.c. si rinviene anzitutto una disciplina di trasparenza di un'aggregazione di sole società cooperative od anche mista e dei relativi processi decisionali. A questa normativa potrebbe concedersi un elevato tasso di specialità e pensare che essa non trovi applicazione fuori dai gruppi di cooperative;
- b) l'art. 2545-*septies*, co. 2, c.c. enuncia invece una norma a rilevanza tipologica, caratterizzante il gruppo paritetico, coinvolga esso o meno cooperative;
- c) dentro e fuori dalla realtà delle cooperative, è da preferire l'interpretazione che applica gli artt. 2497 ss. c.c. anche ai gruppi paritetici, seppure con sensibilità verso la diversa fattispecie. Almeno, tutte le volte in cui una più immediata tutela non sia realizzata attraverso il diritto di recesso garantito ad ogni ente che si assoggetta all'attività di direzione e coordinamento in regime pariteti-

R., sub *art.* 2545-*septies*, cit., p. 480 attraverso la proposta di trasposizione dei risultati scientifici e pratici acquisiti nell'applicazione del principio di buona fede (art. 1375 c.c.) al processo decisionale.

co. La non subalternità dell'ente - nel gruppo paritetico - induce a ridisegnare la "gerarchia" delle tutele degli artt. 2497 ss. c.c.: in particolare, il diritto di recesso di cui gode l'ente rende *residuali* la tutela risarcitoria della quale beneficiano soci di minoranza e creditori (ex art. 2497 c.c.) nonché il diritto di recesso attribuito ai soci (ex art. 2497-*quater* c.c.) di società eterodirette; tutele che viceversa assumono un valore forte là, dove recesso dell'ente non sia immaginabile, come nel gruppo gerarchico. Dunque, ad es., qualora la società eterodiretta avesse modo di esercitare il recesso *ex lege* e non lo abbia fatto, i soci di minoranza e i creditori sociali potranno esercitare l'azione risarcitoria ex art. 2497 c.c. (da vedere poi se siano autonomamente responsabili gli amministratori di questa per non avere esercitato quel diritto). Qualora invece il diritto sia stato esercitato sembra in radice da escludere il pregiudizio e quindi l'azione non può essere esercitata⁽⁸⁰⁾.

Ulteriore integrazione è possibile sulla base della disciplina del contratto che regola l'aggregazione e i relativi processi decisionali: oggi non più soltanto il contratto di consorzio, anche se a tutt'oggi questa costituisca la strada maestra.

3.1. (Segue) Gruppo paritetico e vantaggi compensativi. La "mancata defunzionalizzazione" dell'organo amministrativo della società eterodiretta

La teoria dei vantaggi compensativi nell'ordinamento italiano si consolida nell'assenza di una disciplina del gruppo e sembra recepita dopo la riforma del 2003 essenzialmente in relazione all'applicazione di due regole fondamentali: 1) la non risarcibilità del danno, cagionato da attività di direzione e coordinamento scorretta⁽⁸¹⁾, quando esso venga (i) meno in conseguenza del risultato complessivo dell'attività medesima oppure (ii) integralmente eliminato (anche) attraverso operazioni a ciò dirette. Insomma, una teoria che giova nell'applicazione dell'art. 2497 c.c. (pur se, forse, nella sua variante non strettamente aritmetica, nei termini di «ragionevole probabilità di una compensazione»⁽⁸²⁾); 2) strettamente

⁽⁸⁰⁾ In questo senso, se non si vede male, MAUGERI M., *Formazione del gruppo e diritti dei soci*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, p. 360 ss.

⁽⁸¹⁾ Limitandosi a citare le decisioni che applicano il vigente diritto societario, esemplare in tal senso è Trib. Roma, 5 febbraio 2008, n. 2688, in *Soc.*, 2009, p. 419 ss.

⁽⁸²⁾ V. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 672 ss. (dove il virgolettato, a p. 673); ma

collegata alla prima, la disciplina dell'art. 2497-ter c.c. (motivazione delle decisioni). Infatti, la c.d. «*ragionevole probabilità di una compensazione*» dovrebbe proprio emergere dalle motivazioni delle decisioni assunte dagli organi amministrativi delle società eterodirette (per legge infatti debbono indicarsi «*ragioni ed interessi*» la cui valutazione abbia indotto la decisione). Archivate sono, infine, le letture ante-riforma che correlavano i vantaggi compensativi al conflitto di interessi dell'amministratore di società di gruppo (perché sostituite dalla misura di tutela dell'art. 2497 c.c.)⁽⁸³⁾.

Fin qui, lo stato dell'arte nei gruppi gerarchici. E nei paritetici?

Si è detto che la disciplina del risarcimento del danno ex art. 2497 c.c. assume importanza del tutto *subvalente* rispetto al diritto di recesso dell'ente dal gruppo (art. 2545-septies, co. 2, c.c.). Questo recesso presuppone che «le condizioni dello scambio risultino pregiudizievoli per i propri soci»: nel senso che questi - e dunque la società per questi - non sono tenuti a sopportare alcuna diminuzione patrimoniale derivante dall'attività di direzione e coordinamento. Anzi, tutt'altro: il paritetico presuppone una clausola di distribuzione dei vantaggi realizzati (condizione *naturale* nei gruppi gerarchici ed invece *necessaria* nei gruppi paritetici), clausola che rende persino intollerabile l'antieconomicità del vincolo (*supra*, in questa Sezione, par. 2)⁽⁸⁴⁾.

Dunque in linea di principio non sembra esservi spazio per i vantaggi compensativi nei paritetici, perché dagli svantaggi normativamente ci difende non attraverso misure risarcitorie, bensì attraverso misure di natura (*lato sensu*) *reale* (= attraverso lo scioglimento del vincolo).

Detto questo, occorre considerare che: 1) gli amministratori delle società eterodirette sono tenuti, anche nei paritetici, a motivare le deci-

v. già, prima della riforma, Id., *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, Conclusioni, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 634 ss.

⁽⁸³⁾ Mentre il nuovo art. 2391 c.c. (interessi degli amministratori) vive una nuova stagione di dibattiti all'interno della disciplina dei gruppi nella prospettiva dell'applicazione - cumulativa od esclusiva - dell'art. 2497-ter c.c.: *ex multis* in vario senso v. SCOGNAMIGLIO G., *Motivazione delle decisioni e governo del gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 773 ss.; SANTIAGATA R., *Interlocking directorates ed interessi degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 324 ss.; PENNISI, *La disciplina delle società soggette a direzione unitaria ed il recesso nei gruppi*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, 2006, p. 907 ss.

⁽⁸⁴⁾ A questi fini è importante accertare modalità e periodicità che il contratto di gruppo individua nella ripartizione dei vantaggi (e di qui, quando sia ragionevole attendersi la reazione degli amministratori della eterodiretta). Ma si tratta di *questione di fatto*, da valutarsi *caso per caso*.

sioni ai sensi dell'art. 2497-ter c.c., con riguardo a «ragioni ed interessi» che le abbiano indotte. E da questa motivazione è sempre possibile che scaturisca un sindacato sull'operato degli amministratori medesimi: anche nei termini delle ragioni del mancato esercizio del recesso ex art. 2545-septies, co. 2, c.c. Se lo hanno fatto illecitamente, ne risponderanno secondo le ordinarie regole del diritto delle società (per la s.p.a.: artt. da 2393 a 2395 c.c.; per la s.r.l.: art. 2476 c.c.); 2) ove gli amministratori non abbiano adeguatamente salvaguardato gli interessi della società da loro amministrata esercitando il diritto di recesso, e le ordinarie azioni di responsabilità contro gli amministratori non tutelino adeguatamente il socio di minoranza o il creditore sociale, questi potranno far valere le proprie ragioni attraverso l'azione risarcitoria dell'art. 2497 c.c.; 3) quest'azione però non condurrà alla condanna degli amministratori della capogruppo se si proverà non soltanto (a) la elisione del danno (condizione sufficiente della non risarcibilità nel gruppo gerarchico), ma altresì (b) la successiva distribuzione del vantaggio tra gli «enti aggregati» nel gruppo, non bastando nel paritetico la mera compensazione del sacrificio (una sorta di «saldo attivo» del rapporto di gruppo).

Tutto sembra spiegarsi considerando che, mentre nel gerarchico gli amministratori delle eterodirette sono poco più che la «cinghia di trasmissione» delle decisioni assunte dagli amministratori della capogruppo, nel paritetico la «defunzionalizzazione» decisionale⁽⁸⁵⁾ non c'è o, concesso che vi sia, risulta del tutto circoscritta quantitativamente e qualitativamente in conseguenza dell'autonomia di cui i primi godono nella difesa dell'interesse della società amministrata attraverso l'esercizio del diritto di recesso dal gruppo.

In primo luogo, si deve perciò valutare la liceità del mancato recesso dal gruppo alla stregua della ordinaria disciplina della responsabilità degli amministratori (della eterodiretta); solo in via residuale c'è la tutela dell'art. 2497 c.c., con tutto quel che di particolare l'organizzazione paritetica introduce.

In conclusione, viene da opinare che nel paritetico i vantaggi compensativi siano un *false problema*: da un lato, mentre nel gerarchico il vantaggio compensativo elide una diminuzione patrimoniale, rendendola sopportabile e temporanea, nel paritetico la diminuzione patrimoniale non solo non si deve subire, ma si può (e, nella prospettiva della re-

⁽⁸⁵⁾ V. SPADA, *L'alienazione del governo della società per azioni (contributo alla costruzione di un modello conoscitivo)*, in AA.Vv., *I gruppi di società* (atti convegno Venezia 16-17-18 novembre 1995), a cura di Balzarini, Carcano e Mucciarelli, 3, Milano, 1996, p. 2179 ss., il quale parla di «defunzionalizzazione delle decisioni rispetto all'interesse sociale tanto degli amministratori della governata quanto del governante».

sponsabilità degli uffici amministrativi: si deve) anche prevenire, sì da legittimare lo scioglimento del vincolo⁽⁸⁶⁾; dall'altro, il recesso dal gruppo induce la mancata defunzionalizzazione dell'organo amministrativo e ciò fa ricadere su questa responsabilità (appunto: per mancato recesso e quant'altro) altrimenti di altri, con conseguente azzeramento dell'utilità di questa teoria in sede applicativa.

4. Le forme dell'integrazione paritetica

L'integrazione paritetica ha tradizionalmente identificato il proprio equilibrio nel consorzio per una ragione essenzialmente causale, mentre l'aspetto organizzativo è sempre stato relegato in second'ordine, affidato all'autonomia privata e al mero vaglio di compatibilità con la disciplina legale del primo.

L'assimilazione al consorzio – si diceva – ha un'origine del tutto causale, poiché è incontrovertibile che attraverso questo schema di contratto associativo si dia assetto ad un bisogno di realizzazione di economie individuali attraverso la integrazione – sia disciplinare sia esecutiva – dei cicli produttivi degli imprenditori partecipanti (c.d. mutualità consortile): da questo punto di vista – dal punto vista funzionale – il gruppo paritetico non è che un «grande consorzio» di enti, quand'anche l'ufficio direttivo sia estraniato dal medesimo e individuato in un ente distinto dagli eterodiretti e dal consorzio medesimo.

Concessa la funzione mutualistica del gruppo paritetico, sul versante delle modalità organizzative oggi c'è un dato nel diritto scritto dal quale non è dato prescindere: l'organizzazione non è solo più costretta nel consorzio e nelle sue varianti organizzative (= società consortili: art. 2615-ter c.c.).

Ferma restando la impossibilità del ricondurre la funzione appena detta allo schema causale lucrativo (art. 2247 c.c.), ci si potrebbe interrogare sulla idoneità dell'organizzazione in forma di cooperativa – posto che avvenga un momento di scambio tra società e socio – nonché su di una più nuova formula di integrazione, il contratto di rete. Ed è su quest'ultima che ci si intende qui soffermare.

⁽⁸⁶⁾ Si è detto infatti che la mancata distribuzione di un vantaggio quando non addirittura la mera antieconomicità già costituiscono anomalia del rapporto di gruppo.

5. Gruppo paritetico e contratto di rete

Diviene allora preliminare sciogliere un interrogativo, al quale un'accreditata dottrina specialistica ha di recente risposto in senso negativo: esiste una differenza, anzitutto sul piano economico, tra rete di imprese e gruppo paritetico? È consentito valorizzare quella che sul piano testuale pare una non trascurabile differenza?

In effetti, attraverso il contratto di rete «*più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato e a tal fine si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa*»; mentre il gruppo paritetico si caratterizza, in primo luogo, per l'assoggettamento alla comune «*attività di direzione e coordinamento*», poi affidata ad un ente (salvo poi a garantire il recesso ai partecipanti, come si è detto; altrimenti non sarebbe dato distinguere tra questo e il gruppo gerarchico).

In realtà, pare estremamente difficoltoso distinguere il primo dal secondo. È probabile, raccogliendo quanto fin qui sostenuto, che la differenza sia apprezzabile nelle seguenti direzioni:

- 1) quando la rete include (in tutto o in parte) imprese individuali, queste ultime non sono "gruppo" nel senso inteso dal codice civile (né dagli artt. 2497 ss. c.c. né dall'art. 2545-*septies* c.c.);
- 2) quando la rete delle imprese è regolata da un contratto che prevede una variante della collaborazione tanto "lasca" da lasciare agli aderenti la più ampia facoltà di disattendere "obblighi" (ma meglio diremmo "facoltà", come vedremo *infra*, Sezione II, par. 6.1.) connessi alla collaborazione stessa (quando ad es. alla richiesta delle informazioni ovvero alla esecuzione delle prestazioni dedotte nel contratto ai partecipanti sia consentito non dare seguito).

In tutte le altre ipotesi, però, la differenza "scolorisce": l'idea che vi possa essere un più intenso coordinamento - un coordinamento che non ammette cioè dissidenze - invariabilmente riconduce alla esigenza di tutelare il singolo partecipante da decisioni alle quali non abbia concorso o nelle quali non sia riuscito ad affermare un proprio interesse divergente da quello della collettività; con la conseguenza che la sola tutela passa per l'esercizio del diritto di recesso, a pena di riconoscere una definitiva cessione dell'autonomia decisionale, che caratterizza il vincolo gerarchico.

In conclusione, fermo restando che le parti sono libere di richiamarsi ad altre figure di contratto di collaborazione, anche “entificata”, si potrebbe immaginare che la forma elementare della collaborazione paritetica tra società sia il contratto di rete⁽⁸⁷⁾.

A *contrario*, compatibilità non vi è tra gruppo gerarchico e rete di imprese: se, come si è detto, un legame a rete non contrasta con un rapporto statico di controllo (art. 2359 c.c.), non è immaginabile il connubio tra rete e vincolo gerarchico dell’attività di direzione e coordinamento, perché la prima esige la partecipazione ad un diretto vantaggio per ciascun ente partecipante, salvo diritto di recesso; mentre per la seconda tale distribuzione può assumersi, al più, quale condizione *naturale*, senza facoltà di reagire, in difetto⁽⁸⁸⁾. Dunque, nel caso in cui una società eserciti su di un’altra attività di direzione e coordinamento, la costituzione tra le due di una rete tra imprese implicherà la riqualificazione ad attività di direzione e coordinamento paritetica, considerato che alla fattispecie del contratto di rete è coesenziale la testuale programmazione di un vantaggio da distribuirsi in capo a tutti e ciascuno dei partecipanti [comma 4-ter, lett. b)]⁽⁸⁹⁾.

6. (Segue) Quale disciplina

La difficoltà di ordine sistematico allora è che, nello specifico, sia il gruppo paritetico sia il contratto di rete si corredano di discipline di natura dispositiva, con una duplice eccezione:

quanto al primo, è indefettibile la disciplina del recesso *ex art. 2545-septies*, co. 2, c.c. (indefettibile perché tutte le regole che interferiscono sulla caratterizzazione della fattispecie sfuggono al binomio imperatività/disponibilità);

quanto al secondo, tutto (o quasi) è giusprivatisticamente disponibile, ma molto diviene necessario ove si intendano acquisire le agevolazioni fiscali, per le quali è indispensabile ottenere la previa asseverazione del contratto ai sensi dell’art. 42, co. 2-*quater*.

Su quest’ultimo punto, decisivi risultano ruolo e poteri di sindacato, anche civilistico, dell’asseveratore: il quale, senza rendere imperativo ciò che non lo è per diritto privato, potrebbe rendere sindacabili notevoli scelte – ovvero le mancate scelte – operate dalle parti.

⁽⁸⁷⁾ L’idea che la disciplina del contratto di rete sia disciplina di una classe di contratti si legge nella migliore formulazione in MALTONI, SPADA, *op. cit.*, *passim*.

⁽⁸⁸⁾ *Supra*, Sez. I, par. 2; Sez. II, par. 2.

⁽⁸⁹⁾ *Supra*, Sez. I, par. 2.

Insomma, lo statuto tributario agevolativo interferisce con il quadro di riferimento civilistico e allora tra gruppo paritetico e contratto di rete ben potrebbe stabilirsi una relazione biunivoca.

6.1. (Segue) a) Quando il contratto di rete non è asseverato

In questa eventualità, nulla, neppure il diritto tributario ai suoi circoscritti fini, impone l'adozione dei contenuti opzionali del contratto che pure compaiono nella legge [sarebbe lungo, ed in fondo inutile, enumerarli: basterà rinviare alle lettere da c) a f) del co. 4-ter].

La disciplina minimale imposta al contratto di rete è ridotta agli elementi necessari al riconoscimento ordinamentale dello stesso:

- «il nome, la ditta, la ragione o la denominazione sociale di ogni partecipante per originaria sottoscrizione del contratto o per adesione successiva» - lett. a), co. 4-ter;
- «l'indicazione degli obiettivi strategici di innovazione e di innalzamento della capacità competitiva dei partecipanti e le modalità concordate tra gli stessi per misurare l'avanzamento verso tali obiettivi» - lett. b), co. 4-ter;
- «la definizione di un programma di rete che contenga l'enunciazione dei diritti e degli obblighi assunti da ciascun partecipante, le modalità di realizzazione dello scopo comune» - lett. c), co. 4-ter;
- «la durata del contratto, le modalità di adesione di altri imprenditori» - lett. d), co. 4-ter.

Tali elementi potrebbero invero sintetizzarsi in questi termini: soggetti, modalità e scopo della collaborazione «a rete», durata, apertura all'adesione.

Tutti gli altri contenuti sono opzionali e dunque qui potrebbe intervenire utilmente la disciplina del gruppo paritetico - ricorrendone i presupposti, vale a dire se, anzitutto, gli "attori" siano società.

Ciascun partecipante invero assume "obblighi", oltretutto diritti, per effetto dell'adesione (sia originaria sia successiva) alla rete.

Ci riallacciamo al discorso più sopra prospettato (*supra*, Sez. II, par. 2): qualora, al di là del linguaggio del legislatore, che pare disallineato dalla tradizione giusprivatistica, tali "obblighi" manifestino tutt'altro che obblighi in senso tecnico, nel senso di situazioni soggettive passive di un rapporto obbligatorio e, così, designino semplici "facoltà", allora il contratto di rete può soltanto giovare al partecipante e un problema di tutela dei suoi interessi non si pone. Non si pone, cioè, il problema di sciogliere il conflitto tra l'interesse del partecipante e quello della

collettività, poiché al primo è sempre permesso di non dare seguito alle direttive (variamente) assunte nell'ambito delle politiche di rete.

Ciò concesso - concessa, cioè, qualcosa allo stato del dibattito tutt'altro che certa, vale a dire che alla fattispecie del contratto di rete non osti che ai partecipanti non sia fatto carico di "obblighi", bensì di mere "facoltà" di esecuzione di ordini (variamente impartiti) - ciò concesso, si diceva, in tutti gli altri casi, il discorso muta radicalmente: non essendo pensabile il vincolo gerarchico, al partecipante deve essere riconosciuto il diritto di sottrarsi ad una direttiva forte quando lo stesso la ritenga contraria ad un proprio interesse o, peggio, lesiva di un suo diritto. Il recesso dal contratto assume funzione di riequilibrio del mancato vantaggio, a suo tempo programmato, derivante dalla partecipazione alla rete.

Sul punto, la disciplina del contratto di rete è lacunosa, perché il diritto di recesso risulta per lo più opzionale, fatto salvo il riferimento alle cause di scioglimento totale o parziale dei contratti plurilaterali con comunione di scopo [co. 4-ter, lett. d)]: sicché, pensare la rete siccome un gruppo paritetico potrebbe risultare utile, per garantire al partecipante una tutela assai più incisiva, vale a dire il diritto di recesso *in ogni caso e a prescindere dalla regolamentazione negoziale*; precisamente, quel diritto di recesso garantito e più diffusamente regolato dall'art. 2545-septies, co. 2, c.c., applicabile, se condivide quanto più sopra opinato, anche fuori dai casi dei gruppi (paritetici) di cooperative.

Vi è un'altra norma del gruppo paritetico, solo all'apparenza eventuale, in realtà indispensabile per il riconoscimento della fattispecie. Tale norma non ha apparentemente corrispondenze nella disciplina del contratto di rete, ma neanche qui le cose stanno come sembrano. Ci si riferisce alla esigenza di prestabilire «i criteri di compensazione e l'equilibrio nella distribuzione dei vantaggi derivanti dall'attività comune» (art. 2545-septies, co. 1, n. 5, c.c.).

Per inciso, cosa si intenda per «attività comune», in questa disposizione, in prima approssimazione si può dire che la formula dovrebbe essere intesa nel senso più ampio, non soltanto in quello tecnico fatto proprio (tradizionalmente) dall'art. 2247 c.c. Insomma: di «attività comune» si parla tradizionalmente soltanto con riferimento ad uno speciale regime di sostituzione (della decisione e della dichiarazione) in forma entificata. Questo assunto, in presenza di più enti, deve ripensarsi in forma diversa: «comune» nel gruppo di società saranno (a) l'attività "funzionale" (= nell'interesse della collettività e coerente con il programma prestabilito) che prende consistenza nelle direttive emanate dell'ufficio preposto a direzione e coordinamento e (b) l'attività esecutiva - anche negoziale - rimessa agli enti soggetti alla prima.

Tanto premesso, l'aspetto più problematico - si accennava - è in ciò,

che l'art. 2545-*septies*, co. 1, n. 5, c.c. pare richiamare una regola del tutto eventuale. In realtà, anche a non voler esagerare nella interpretazione strettamente letterale (la disposizione effettivamente si esprime attraverso il *registro della necessità*) – come si diceva – la regola di distribuzione del vantaggio condiziona il riconoscimento della fattispecie del gruppo paritetico. Per questo abbiamo parlato di «funzione mutualistica» del paritetico: (1) la distribuzione *lato sensu* “mutualistica” del vantaggio ricorre oppure (2) il paritetico è riqualficato come gruppo gerarchico. Sicché, la mancata determinazione ex art. 2545-*septies*, co. 1, n. 5, c.c. o (i) è recuperabile da un patto che accede alla disciplina del contratto di rete – e allora il gruppo paritetico è “salvo” – oppure (ii) il gruppo non è paritetico.

Sul versante della disciplina del contratto di rete, non si rinviene alcuna disposizione di tenore analogo a quella dell' art. 2545-*septies*, co. 1, n. 5, c.c.; tuttavia, una qualche affinità sembra di avvertire in almeno un paio di previsioni, che varrà la pena di rievocare:

- nel co. 4-*ter*, *incipit*, allorché si afferma che «con il contratto di rete più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato (...)» (corsivo aggiunto);
- nel co. 4-*ter*, lett. c), secondo il quale debbono determinarsi nel contratto, fra le altre cose, «la definizione di un programma di rete che contenga l'enunciazione dei diritti e degli obblighi assunti da ciascun partecipante (...)» (corsivo aggiunto).

In entrambe le disposizioni appena riportate sembra desumersi che non sia consentito alcun sacrificio non immediatamente compensato dell'interesse del singolo partecipante⁽⁹⁰⁾; sacrificio invece compatibile ad es. con il gruppo gerarchico.

Ecco che allora, come si diceva, una regola di distribuzione dei vantaggi deve saltar fuori, altrimenti l'aggregazione, per il nostro ordinamento, non è né gruppo paritetico né contratto di rete.

È chiaro che nel contratto di rete non asseverato alcune determinazioni – inclusa quella della quale qui si parla – potrebbero fare documentalmente difetto; sicché una clausola di distribuzione del vantaggio “recuperata” dal contratto costitutivo del gruppo paritetico astrattamente potrebbe anche integrare una lacuna testuale del regolamento di rete, seppure indicente su di un elemento essenziale per il riconoscimento di questa. Nel concreto, però, questa risulta una valutazione di fatto, da affrontarsi caso per caso.

⁽⁹⁰⁾ Perché, o al singolo partecipante è garantito il diritto a non dar seguito alle politiche di rete contrarie al di lui interesse, o il partecipante si tutela attraverso l'*exit*.

Più complesso risulta invece capire se ed in che misura l'integrazione possa realizzarsi in senso inverso. Ma qui occorre dapprima affrontare le ricadute dell'asseverazione del contratto di rete sul gruppo paritetico.

6.2. (Segue) b) Quando il contratto di rete è stato asseverato

La prima, banale, osservazione è che attraverso l'asseverazione del contratto di rete, il gruppo paritetico a quello assimilato guadagna uno statuto tributario di agevolazione. Non è poco, ma non è di questo che ci si intende occupare.

Una recente analisi è giunta alla conclusione che, attraverso la procedura di asseverazione, lungi dallo svolgere alcun controllo di merito sul programma, si effettua un sindacato di congruità tra i mezzi destinati alla rete e lo scopo prestabilito nel contratto. Una verifica di "fattibilità", dunque in senso concreto, relativo e non astratto⁽⁹¹⁾.

Da punto di vista giusprivatistico, si rovescia il ragionamento appena svolto per l'ipotesi di mancata asseverazione: in quella, è il gruppo paritetico a dare regole utili alla rete di imprese; in questa, è dalla disciplina della rete che possono derivare integrazioni della disciplina del gruppo paritetico.

Il contratto asseverato fornisce regole di più equilibrata destinazione di risorse alla iniziativa del gruppo e ciò sembra dare maggiore concretezza alla disposizione, più sopra ricordata (*supra*, Sez. II, par. 6.1), circa «i criteri di compensazione e l'equilibrio nella distribuzione dei vantaggi derivanti dall'attività comune» (art. 2545-*septies*, co. 1, n. 5, c.c.) da dedursi nel contratto costitutivo del gruppo paritetico.

Il controllo attraverso la procedura di asseverazione del contratto di rete dovrebbe allora garantire anche l'equilibrio interno tra risorse destinate e vantaggi conseguiti, includendo, come la disposizione del codice civile palesa di intendere, la possibilità *riequilibrata* di temporanei sacrifici della posizione del singolo; equilibrio senza il quale – come si è detto – il gruppo paritetico *non è*. Ciò conferma allora quanto più sopra opinato, cioè che la presenza di un contratto di rete – se adeguatamente articolato in tutta la sua regolamentazione (tale è, o dovrebbe essere, in presenza di asseverazione) – è compatibile con un rapporto statico di controllo tra società, ma non con l'attività di direzione e coordinamento gerarchica, questa dovendosi allora riqualificare in paritetica.

⁽⁹¹⁾ Per la quale assume allora rilevanza centrale la contabilità: ONZA, *La procedura di «asseverazione» del contratto di rete*, cit., spec. par. 2.

In questa prospettiva, dunque, l'asseverazione del contratto di rete potrebbe restituire al gruppo paritetico una chiarezza che ordinariamente a questa manca: attraverso l'incentivo dell'asseverazione le parti sono indotte a *determinare con precisione fino a che punto sia sostenibile un sacrificio degli interessi della singola impresa partecipante* – perché compensato da altri vantaggi, anch'essi da enumerare analiticamente – *e, invece, da quale momento in avanti, venuta meno ogni sostenibilità, questa sia legittimata ad esercitare il diritto di recesso.*

In altri termini, l'asseverazione potrebbe avere una importante ricaduta sul piano civilistico, nel senso di stabilire senza vaghezza alcuna la misura della “giusta” distribuzione degli oneri a carico di ciascun partecipante derivante dall'appartenenza al gruppo paritetico e connessa alla qualità e alla quantità dei rischi di rete da sopportare. Tale misura denunzierà quando l'esercizio del diritto di recesso risulti legittimo e quando, invece, abusivo.

In conclusione, la disciplina tributaria determina una induzione giuridicamente virtuosa: dapprima, a supplire a deficit di regolamentazione negoziali condizionanti il riconoscimento della fattispecie e, così, a restituire funzionalità al diritto di recesso (regola caratterizzante).

Conclusioni

A chiusura della nostra esposizione, torniamo là, da dove eravamo partiti.

“Privatizzati” i servizi portuali, la cui prestazione in via professionale assume ora carattere di «impresa» ai sensi dell'art. 2082 c.c., è facile che possa sorgere l'esigenza della integrazione. Questa, come si accennava, può avvenire in senso “verticale”, cioè tra imprese eterogenee – cioè diversamente specializzate (es. carico/scarico merci; rimorchio; servizi vari connessi al trasporto multimodale, etc.) –, insistenti nello stesso porto e in vista del miglioramento della qualità dei servizi ivi resi complessivamente considerati; oppure in senso “orizzontale”, vale a dire tra imprese omogenee insistenti su porti diversi (*supra*, Introduzione).

Impregiudicata restando ogni valutazione di legittimità sotto il profilo del diritto *antitrust* interno e comunitario, ci si augura di avere qui messo a fuoco due nuove modalità di integrazione disponibili a tutte le imprese, incluse quelle di prestazione dei servizi portuali; due nuove modalità che presentano notevoli affinità, fino a confondersi l'una nell'altra, almeno in una gamma importante di ipotesi (*supra*, Sez. II, par. 5).

Occorre così osservare che, benché il «gruppo paritetico» includa una varietà assai più ampia di quella palesata dal codice civile nell'art. 2545-*septies*, questa tecnica di integrazione ben si adatta alle imprese portuali (anche eterogenee), che nella maggior parte dei casi risultano

organizzate in forma di cooperativa: e l'art. 2545-*septies* c.c. espressamente prevede proprio la classe dei «gruppi paritetici» costituiti da «cooperative appartenenti anche a categorie diverse»!

Si potrebbe tentare allora di riassumere i risultati di questa indagine nelle seguenti battute.

L'integrazione - sia "verticale" sia "orizzontale" - tra imprese portuali, oltre alle tradizionali forme consortili previste dal codice civile (artt. 2602 ss.), si può avvalere:

- 1) del gruppo paritetico, secondo la disciplina dell'art. 2545-*septies* c.c., allorché le imprese coinvolte (a) rivestano forma di società cooperativa - tutte od alcune soltanto, potendo unirsi alle cooperative «*altri enti pubblici e privati*» (societari e non, dunque) ai sensi dell'art. 2545-*septies* co. 1, n. 3, c.c. - e (b) ricerchino una modalità "stringente" di integrazione, nel senso che dalle direttive impartite alla collettività dall'ente di coordinamento è concesso sottrarsi soltanto uscendo (= recedendo) dall'aggregazione stessa;
- 2) ancora del gruppo paritetico, da disciplinarsi plausibilmente secondo l'art. 2545-*septies* c.c. almeno con la clausola «*in quanto compatibile*», quando nessuna tra le imprese coinvolte rivesta forma di cooperativa, (i) pur adottando comunque forma di ente (societario e non), (ii) ferma restando la ricerca di una modalità «*stringente*» di collaborazione (*supra*);
- 3) infine, del contratto di rete, che può tornare utile allorché gli imprenditori coinvolti non siano tutti strutturati in forma di ente, oppure ricerchino una integrazione "non stringente", nel senso che a ciascuna entità destinata ad integrarsi è data facoltà di disattendere le direttive senza dover uscire dall'aggregazione.

Si è detto, infine, che contratto di rete e gruppo paritetico non rappresentino un'alternativa secca (v. nuovamente *supra*, Sez. II, par. 5), bensì discipline destinate alla coesistenza, ciascuna potendo restituire all'altra norme dirette a colmare regolamentazioni legali lacunose e dispositive (*supra*, Sez. II, par. 6 ss.). Un ricavo conoscitivo crescente quando si sposa all'incentivo fiscale, dipendente da contratto di rete asseverato, accessibile anch'esso alle imprese di servizi portuali come a quelle operanti in qualsiasi altro settore produttivo.

Salvo approfondimenti specifici, che non è possibile svolgere in questa sede, si può allora avanzare una conclusione, del tutto provvisoria e prospettica: il contratto di rete ed il gruppo paritetico meritano di essere analizzati quali modalità di rafforzamento della competitività delle imprese (anche) portuali, in vista (fra le altre cose) dell'apertura del c.d. mercato rilevante.

Postilla di aggiornamento alla Sezione I

Benché coeva alla licenza delle bozze delle superiori riflessioni, di una sopravvenuta disciplina legislativa non si può non dare, sia pur brevemente, conto. Si tratta della l. 7 agosto 2012, n. 134 con la quale il d.l. 22 giugno 2012, n. 83 è stato convertito: poco si sarebbe dovuto scrivere qualora nessuna modificazione fosse stata apportata all'art. 45 d.l. n. 83/2012, nelle intenzioni del Governo Legislatore finalizzato a “semplificare”⁽⁹²⁾, siccome misura di «*sostegno alle imprese*»⁽⁹³⁾, il contratto di rete. Al di là della sottrazione del contratto di rete (di *quel* contratto di rete previsto dal legislatore, arricchendone un po' la relativa “funzione normativa”, ridotta, secondo i più e nella disciplina previgente, all'accesso a vantaggi fiscali⁽⁹⁴⁾) alle disposizioni sui contratti agrari (l. 3 maggio 1982, n. 203)⁽⁹⁵⁾, a due profili si limitavano le innovazioni: confezione del contratto ed iscrizione nell'ufficio del registro delle imprese delle relative modificazioni. Innovazioni cui si aggiungono, con le modificazioni apportate dal Parlamento, integrazioni – *che semplificazioni non sono* – volte a rendere la rete “altro” dai partecipanti: ad “entificarla”. Qualche battuta, dunque, su queste e quelle.

(A) Sulle semplificazioni e, segnatamente:

(A') sulla confezione del contratto di rete, può osservarsi che la testuale⁽⁹⁶⁾ facoltà di firmare «*digitalmente a norma*» degli artt. 24 e 25 d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 dovrebbe significare (i) consentire la confezione del contratto di rete quale documento informatico⁽⁹⁷⁾; (ii) rendere eventuale l'intervento del notaio, non richiesto qualora la firma sia «*digitale*»⁽⁹⁸⁾ non «*autentica*»⁽⁹⁹⁾;

⁽⁹²⁾ Di «*semplificazione degli adempimenti*» parla la relazione al d.l. n. 83/2012.

⁽⁹³⁾ Capo V d.l. n. 83/2012.

⁽⁹⁴⁾ Per talune implicazioni sistematiche, v. BENAZZO, *I diritti di voice e di exit nei contratti di rete «riconosciuti»*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 677 ss.

⁽⁹⁵⁾ Perché il contratto di rete, «pur presentando una sua tipicità economica e sociale, potrebbe essere esposto, in sede applicativa, soprattutto in relazione ai casi di esercizio in comune dell'attività agricola per realizzare determinati obiettivi, al regime vincolistico che caratterizza i rapporti agrari», appunto, la l. n. 203/1982, «che non favorisce la costituzione e la diffusione delle aggregazioni tra aziende agricole»: così la relazione cit.

⁽⁹⁶⁾ Art. 3, co. 4-ter, 4° periodo, prima parte, d.l. n. 5/2009.

⁽⁹⁷⁾ Art. 1, lett. s), d.lgs. n. 82/2005.

⁽⁹⁸⁾ Art. 24 d.lgs. n. 82/2005.

⁽⁹⁹⁾ Art. 25 d.lgs. n. 82/2005. Un'eventualità che è portato della conversione: nel d.l.,

- (A'') sull'iscrizione negli uffici del registro delle imprese competenti,
1. non limpido sembra il riferimento al «*modello standard*»⁽¹⁰⁰⁾ di provenienza ministeriale da “trasmettere” agli uffici. Poco chiaro perché appare piuttosto riguardare la “trasmissione” del contratto che il suo contenuto. Oscurità comunque meno problematica di quanto possa apparire a prima vista, se, ipotizzando una qualche congruenza e costanza del legislatore, ci si avveda della disciplina secondaria sul “modello standard di provenienza ministeriale” alla conformità del quale deve attenersi l’atto pubblico di costituzione di una società a responsabilità limitata semplificata (art. 2463-bis, co. 2, c.c.): ebbene nessun ostacolo alla legittimità dell’integrazione del modello si scorge, così precisando il decreto ministeriale attuativo: «*si applicano, per quanto non regolato dal modello standard (...), le disposizioni contenute nel libro V, titolo V, capo VII del codice civile, ove non derogate dalla volontà delle parti*» (art. 1, co. 2, d.m. 23 giugno 2012, n. 138). E, vale la pena sottolinearlo, una difformità testuale tra le due disposizioni («atto pubblico *in conformità al modello*», per la s.r.l. semplificata; trasmissione «attraverso il *modello*», per il contratto di rete; corsivi aggiunti) testimonia per una valenza eminentemente “procedurale” (: per perfezionare l’iscrizione nel registro delle imprese) del modello standard del contratto di rete;
 2. la riconduzione ad “unità” (in ciò apprezzandosi lo specifico della semplificazione in osservazione) della “pluralità” delle iscrizioni è raggiunta (i) legittimando le parti ad incaricare – pattizamente e non stabilmente: per ciascuna modificazione – una tra esse di provvedere all’iscrizione dell’atto modificativo del contratto di rete nell’ufficio del registro dell’imprese ove l’incaricata è iscritta, tale ufficio “comunicando” l’avvenuta iscrizione agli altri uffici competenti affinché la modificazione sia “d’ufficio annotata”; (ii) stabilendo un’unica iscrizione del contratto (e allora, deve ritenersi, della di esso modificazione) quando la rete sia dotata di compendio patrimoniale e

infatti, per la confezione informatica del contratto di rete non v’era alternativa, essendo richiamato solo l’art. 25 d.lgs. n. 82/2005. Un riferimento, quello all’art. 24, successivo e puntuale, che rende poco sostenibile una interpretazione “correttiva”, altrove autorevolmente e convincentemente sostenuta (si allude al dibattito sul trasferimento di quote di s.r.l. a mezzo firma digitale: per le diverse posizioni ed un’ampia bibliografia, rinvieri a DONATIVI, *Il trasferimento delle quote di s.r.l. con firma digitale, alla luce delle recenti novità legislative*, in *Società*, 2009, p. 410 ss.).

⁽¹⁰⁰⁾ Art. 3, co. 4-ter, quarto periodo, prima parte, d.l. n. 5/2009.

organo comune, quando la rete sia “ente”⁽¹⁰¹⁾. Dei problemi, per così dire, più “sostanziali” gravitanti in quest’ultima ipotesi si accennerà poco più avanti [*infra, sub* (B)]. Le incertezze sulla prima si concentrano sull’individuazione del momento nel quale la modificazione diviene efficace: per simmetria, la regola prevista per l’iscrizione del contratto dovrebbe governare l’iscrizione della sua modificazione, questa acquistando efficacia (quanto agli effetti legali) eseguita l’ultima annotazione della modificazione – che, perciò, deve essere pure “comunicata”: non bastando evidentemente la comunicazione della mera “avvenuta iscrizione”, come il testo della disposizione potrebbe suggerire, probabilmente perché pensato per le modificazioni soggettive. *Si semplifica solo la procedura, l’aspetto “esecutivo” dell’iscrizione, traslando oneri e costi dai privati agli uffici.*

(B) Rispetto al contratto di rete “ente”, le integrazioni sono all’evidenza preordinate a superare le perplessità che il dibattito teorico ha sollevato sulla (B’) garanzia patrimoniale e (B’’) soggettività della rete.

(B’) Il regime della garanzia patrimoniale “nuova versione” (i) continua ad attingere all’art. 2614 c.c. applicabile in quanto compatibile; (ii) specializza al solo secondo comma il rinvio, sempre in quanto compatibile, all’art. 2615 c.c.; (iii) consacra in una disposizione *ad hoc* la localizzazione “perfetta” («*in via esclusiva*») sul fondo patrimoniale comune della garanzia patrimoniale «*per le obbligazioni contratte dall’organo comune in relazione al programma di rete*»⁽¹⁰²⁾. Regime applicabile quando il contratto preveda «*l’istituzione di un fondo patrimoniale comune e di un organo comune destinato a svolgere un’attività, anche commerciale, con i terzi*»⁽¹⁰³⁾;

(B’’) Elementi dell’affermazione della “soggettività” della rete sono le conseguenze della dotazione del fondo patrimoniale comune: vale a dire (i) attribuzione obbligatoria alla rete di denominazione e sede⁽¹⁰⁴⁾; (ii) possibilità di un’unica iscrizione nel registro delle imprese⁽¹⁰⁵⁾; e, se alla dotazione patrimoniale si affianca l’or-

⁽¹⁰¹⁾ Art. 3, co. 4-ter, n. 1, e co. 4-quater, d.l. n. 5/2009.

⁽¹⁰²⁾ Art. 3, co. 4-ter, n. 2, d.l. n. 5/2009.

⁽¹⁰³⁾ Art. 3, co. 4-ter, nn. 1 e 3, d.l. n. 5/2009.

⁽¹⁰⁴⁾ Art. 3, co. 4-ter, lett. a), d.l. n. 5/2009.

⁽¹⁰⁵⁾ Art. 3, co. 4-quater, quarto periodo, ult. parte, d.l. n. 5/2009.

gano comune, (iii) obbligo di tenuta di contabilità periodica⁽¹⁰⁶⁾; (iv) applicazione dell'art. 2615 *bis*, terzo comma, c.c. (in quanto compatibile: ma non si intravedono precetti incompatibili)⁽¹⁰⁷⁾. Non equivoca è (o vorrebbe essere) comunque la legge: di "soggettività giuridica" è espressamente destinataria la rete iscritta⁽¹⁰⁸⁾.

Scontato, allora, che al fondo patrimoniale comune sono applicabili tutti i precetti ricavabili dall'art. 2614 c.c. (alimentazione del fondo, interdizione temporanea alla divisione, sottrazione all'azione esecutiva dei creditori personali degli aderenti), un primo tentativo di lettura razionale e sistematicamente sostenibile del nuovo materiale normativo si potrebbe così abbozzare:

1. predicare l'"acquisto" della «soggettività giuridica» sembra superfluo; infatti, attribuita ad una rete dotata di fondo patrimoniale comune e (di sede, denominazione nonché, soprattutto) di organo comune (v. *infra*, n. 2), all'imputazione alla "rete", e non alle parti, di effetti giuridici provvede direttamente l'azione sostitutiva di quest'ultimo (che agisce, deve agire, innanzitutto «in rappresentanza della rete»⁽¹⁰⁹⁾). A ben vedere, in realtà, garanzia patrimoniale con localizzazione perfetta e regime di sostituzione nelle dichiarazioni dell'ente (e non delle parti) possono pensarsi come "effetti legali" dell'iscrizione ("unica") nel registro delle imprese. Tanto dovrebbe bastare ad esaurire la «soggettività giuridica». Ne dovrebbe ancora conseguire che il contratto di rete rimane, per così dire, "contratto" e non "rete" (cioè ente) qualora non si provveda all'iscrizione nel registro delle imprese (v. *infra*, n. 3), coordinando due precetti che sembrano sovrapporsi: da un lato, si dà per adempiuto l'onere pubblicitario «mediante l'iscrizione del contratto nel registro delle imprese del luogo dove ha sede la rete»⁽¹¹⁰⁾; dall'altro, tale iscrizione (nella sezione ordinaria) "unica" è predicata siccome facoltativa⁽¹¹¹⁾. Corollario ulteriore è l'interdizione all'iscrizione "unica" nonostante l'indicazione contrattuale di denominazione e sede (ma) in assenza di fondo patrimoniale comune (e di organo comune);

⁽¹⁰⁶⁾ Art. 3, co. 4-*quater*, quarto periodo, ult. parte, d.l. n. 5/2009.

⁽¹⁰⁷⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁰⁸⁾ Art. 3, co. 4-*quater*, terzo periodo, ult. parte, d.l. n. 5/2009.

⁽¹⁰⁹⁾ Art. 3, co. 4-*ter*, lett. e), secondo periodo, prima parte, d.l. n. 5/2009.

⁽¹¹⁰⁾ Art. 3, co. 4-*ter*, n.1, d.l. n. 5/2009.

⁽¹¹¹⁾ Art. 3, co. 4-*quater*, terzo periodo, penult. proposizione, d.l. n. 5/2009.

-
2. il contratto di rete non sembra potersi dotare disgiuntamente di fondo patrimoniale comune ed organo comune. L'organo comune, si è visto, rappresenta la "rete" e la "rete" è "denominata" in quanto sia previsto il fondo patrimoniale comune; e, da altro punto di vista, la costituzione di un organo comune è condizione per la soggezione del fondo patrimoniale comune al regime di garanzia patrimoniale "perfettamente" localizzata. D'onde, dotazione patrimoniale e ufficio sostitutivo rendono implicita (senza alcun bisogno di clausole contrattuali) la destinazione «*a svolgere un'attività, anche commerciale, con i terzi*»;
 3. alla costituzione, pattizia, (i) di un rappresentante degli aderenti in mancanza di fondo patrimoniale comune, segue l'applicazione della disciplina di diritto comune della rappresentanza di una pluralità di rappresentati (e non di un ente), sia pur avvalendosi, eventualmente, di un unico nome riassuntivo di tutti i rappresentati; (ii) di un fondo patrimoniale comune, in mancanza di un organo comune, segue l'applicazione del regime comune di contitolarità e della garanzia patrimoniale. L'una e l'altra, inoltre, essendo soluzioni da applicare in assenza di iscrizione ("unica") nel registro delle imprese;
 4. l'azione sostitutiva dell'organo comune (di rete-ente: dunque adempiuta l'iscrizione nel registro delle imprese, sezione ordinaria) si caratterizza per la legittimazione all'esercizio del potere di: (i) spendita della denominazione della rete⁽¹¹²⁾; (ii) spendita, in mancanza di patto contrario, del nome dei singoli aderenti nelle speciali procedure con la pubblica amministrazione⁽¹¹³⁾; (iii) agire per conto dei singoli aderenti, secondo la disciplina del mandato senza rappresentanza, in caso di assimilazione (resistente ad ogni novella) ai distretti produttivi⁽¹¹⁴⁾;
 5. il regime della relativa garanzia patrimoniale sembra potersi differenziare *in funzione sia dell'azione sostitutiva sia dell'inerenza o meno di essa con l'esecuzione del programma di rete*⁽¹¹⁵⁾.
- Si può muovere da due "combinazioni" elementari: (i) la spendita della denominazione della rete per titoli in esecuzione del programma

⁽¹¹²⁾ Art. 3, co. 4-ter, lett. e), secondo periodo, prima proposizione, d.l. n. 5/2009.

⁽¹¹³⁾ Art. 3, co. 4-ter, lett. e), secondo periodo, seconda proposizione, d.l. n. 5/2009.

⁽¹¹⁴⁾ Art. 3, co. 4-quinquies, d.l. n. 5/2009 che rinvia all'art. 1, co. 368, lett. b), c) e d), l. 23 dicembre 2005, n. 266: specificamente, v. la lett. b), n. 3.

⁽¹¹⁵⁾ V., per una soluzione normativa per certi versi speculare, l'art. 170 c.c.: la conoscenza da parte del creditore della "estraneità" «*ai bisogni della famiglia*» dello scopo del titolo esclude l'azione esecutiva sui beni destinati al fondo patrimoniale.

di rete assicura⁽¹¹⁶⁾ un regime di localizzazione della garanzia patrimoniale “perfetto”; (ii) l’azione, nelle reti assimilate, per conto dei singoli aderenti provoca l’applicazione delle regole di diritto comune sul mandato senza rappresentanza (artt. 1705, 1706, 1707 c.c.), indipendentemente dall’inerenza con il programma di rete.

Meno evidenti gli altri casi: soprattutto assumendo in ipotesi il riconoscimento di un possibile scarto tra “esecuzione del programma di rete” ed “esecuzione del contratto” alla quale l’organo comune può essere (anche parzialmente: per «*singole parti o fasi*»⁽¹¹⁷⁾) preposto. Al riguardo, si potrebbe ritenere che quando il rapporto tra azione sostitutiva dell’organo comune e programma di rete non sia di esecuzione, l’organo comune *esegue* - prescindendo da limitazioni pattizie del potere di rappresentanza - *il contratto (o una sua parte o fase) per conto dei singoli aderenti*, applicandosi allora l’art. 2615, co. 2, c.c. (ed in questo senso la “compatibilità” del rinvio assume un ruolo: nei consorzi con attività esterna, l’azione per conto dei singoli consorziati suppone lo svolgimento di un’attività che non sia “*propria*” del consorzio; laddove l’attuazione del contratto di rete, al quale l’organo comune è proposto, si apprezza sempre quale attività *referibile* agli aderenti “individualmente” e “collettivamente”); non residuando, sotto altro profilo e nei contratti di rete assimilati ai distretti, alcuno spazio operativo (e, prima ancora, concettuale) per un’azione per conto dei singoli aderenti secondo il diritto comune⁽¹¹⁸⁾. Irrilevante appare l’inerenza dell’azione sostitutiva con il programma di rete qualora l’organo comune non spenda la denominazione della rete, rappresentando direttamente gli aderenti nelle procedure speciali, certamente eseguendo il contratto: il regime della garanzia patrimoniale essendo retto in tal caso dalle regole comuni; se ad alimentare il fondo patrimoniale comune fossero patrimoni destinati ad uno specifico affare, sarebbe necessario, ma non è questa la sede per approfondire, conciliare *la destinazione di un’utilità ad uno scopo senza “alterazione soggettiva” (patrimoni destinati) con l’intestazione formale delle utilità destinate ad un soggetto (la rete-ente) e, poi, “altro” dal destinante.*

⁽¹¹⁶⁾ Forse, argomentando dall’art. 2447-*quinquies*, co. 4, c.c., purché il collegamento “esecutivo” sia nel titolo espresso, stante la possibile non coincidenza tra “esecuzione del programma di rete” ed “esecuzione del contratto”: v. subito dopo nel testo.

⁽¹¹⁷⁾ Art. 3, co. 4-*ter*, secondo periodo, d.l. n. 5/2009.

⁽¹¹⁸⁾ Spazio operativo recuperabile, viceversa, nei contratti di rete (privi di organo comune) assimilati ai distretti produttivi.

Seconda Postilla di aggiornamento alla Sezione I

Le regole sul contratto di rete sono talmente instabili da rendere provvisoria anche una postilla di aggiornamento. Il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 convertito con modificazioni in l. 17 dicembre 2012, n. 221 (art. 36) ha modificato... le modificazioni apportate dal d.l. n. 83/2012: la soggettività della rete è divenuta facoltativa *pur in caso di dotazione di fondo patrimoniale comune ed organo comune*, dipendendo dall'iscrizione "unica" del contratto di rete nella sezione ordinaria del registro delle imprese e dall'intervento notarile nella stipulazione del contratto (privato della soggettività - ma non, si direbbe, dell'iscrizione "diffusa" - essendo in ogni caso il contratto di rete sottoscritto con firma digitale non autenticata: art. 24 d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82). Si prospetta, dunque, la seguente alternativa: (1) *costituzione di una "rete contrattuale"*, dotata o meno di fondo patrimoniale comune ed organo comune; e (2) *costituzione di una "rete-ente"*, in caso (i) di dotazione di fondo patrimoniale ed organo comune; nonché (ii) di iscrizione unica nel registro delle imprese del contratto di rete a "forma notarile". Cosicché, ammessa una "rete contratto" (= "non ente") dotata di fondo e di organo comune (ma priva di soggettività in quanto non iscritta come rete: e, cioè, con iscrizione "unica" con "forma notarile") e considerando (i) da un lato, che alla dotazione patrimoniale segue in ogni caso l'attribuzione obbligatoria di sede e denominazione della rete; e (ii) dall'altro, che l'organo comune non potrebbe agire in rappresentanza della rete dovendo agire, semmai, in nome degli imprenditori aderenti - cosicché, si diceva, si potrebbe invocare, per identificare, in tale ipotesi, il regime della garanzia patrimoniale e dell'azione sostitutiva, la ricostruzione proposta nel vigore della disciplina pre-vigente (v. *supra*, Sez. I, parr. 3 e 4). Indipendente dalla soggettività giuridica sembra, infine, la legittimazione, per le «*aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete*», alla partecipazione alle procedure di «*affidamento di contratti pubblici*» (art. 36, co. 5-bis).

Abstract

The paper aims at analysing the relationships between the so called "cooperative companies' equal group", originated by a contract ("Gruppo cooperativo paritetico" - art. 2545-septies of the Civil Code), and the contract of network between firms (so called "Contratto di rete"), introduced by Italian Law 9 April 2009 n. 33, converting Decree Law 10 February 2009 n. 5 and subsequent amendments. The proposals are directed to integrate the corresponding legal regulation on the grounds of compatibility of the two contracts.

Ancora sui *quorum* deliberativi delle assemblee di seconda convocazione (con particolare riguardo alle s.r.l.)

Lorenzo De Angelis

*Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università Ca' Foscari
Venezia*

SOMMARIO: 1. Le clausole statutarie oggetto di esame e le vicende dello statuto sociale. - 2. Il quadro normativo anteriore alla novella del 2003. - 3. Il quadro normativo modificato a seguito della novella del 2003. - 4. Considerazioni sulle clausole statutarie della società a responsabilità limitata (già società per azioni) retta dallo statuto in riferimento.

1. Le clausole statutarie oggetto di esame e le vicende dello statuto sociale

Lo statuto della società Alfa s.r.l. contiene, fin dall'origine, le seguenti clausole di cui è stato chiesto di conoscere la legittimità:

Art. 12 - *L'assemblea sia ordinaria che straordinaria è regolarmente costituita con la presenza di tanti soci che rappresentino almeno l'ottanta per cento del capitale sociale.*

Art. 13 - *L'assemblea sia ordinaria che straordinaria delibera sia in prima che in seconda convocazione e su qualsiasi argomento con il voto favorevole di tanti soci che rappresentino almeno l'ottanta per cento del capitale sociale.*

È opportuno precisare che la suddetta società venne costituita nel 1972 secondo il tipo della società per azioni. Nel 1980 essa venne trasformata in società a responsabilità limitata e nello statuto riformulato tali clausole furono mantenute inalterate.

Nel 2000 venne modificato l'oggetto sociale e venne prorogata la durata della società stessa, ma le clausole statutarie in questione non furono affatto variate. Da allora l'atto costitutivo e lo statuto della società Alfa s.r.l. non vennero più modificati.

In particolare, tale società non ha ottemperato all'obbligo sancito dall'art. 223-bis, co. 1, delle *Norme di attuazione e transitorie del codice civile* - introdotto a seguito della riforma della disciplina delle società

di capitali e cooperative operata con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 - a mente del quale: «*Le società [di capitali] ... devono uniformare l'atto costitutivo e lo statuto alle nuove disposizioni inderogabili entro il 30 settembre 2004*»; né ha volontariamente provveduto ad operare modificazioni di sorta del proprio atto costitutivo e del proprio statuto per adeguarli alle innovazioni legislative recate dalla novella anzidetta.

2. Il quadro normativo anteriore alla novella del 2003

Anteriormente alla citata riforma del diritto societario, entrata in vigore il 1° gennaio 2004, l'art. 2368, co. 1, c.c. - riguardante l'assemblea ordinaria di prima convocazione delle società per azioni non quotate - disponeva: «*L'assemblea ordinaria è regolarmente costituita con la presenza di tanti soci che rappresentino almeno la metà del capitale sociale, ... Essa delibera a maggioranza assoluta, salvo che l'atto costitutivo richieda una maggioranza più elevata ...*».

E l'art. 2369, co. 3, c.c. - riguardante l'assemblea ordinaria di seconda convocazione delle stesse s.p.a. non quotate - disponeva: «*In seconda convocazione l'assemblea ordinaria delibera ... qualunque sia la parte di capitale rappresentata dai soci intervenuti ...*». Il che stava a significare che per le assemblee ordinarie di seconda convocazione la legge prescriveva che non dovesse esistere alcun *quorum* costitutivo, e pertanto che tali assemblee fossero validamente costituite anche se la parte del capitale sociale rappresentata dai soci intervenuti fosse modesta, o modestissima, persino infima; e che, di conseguenza, le deliberazioni venissero validamente assunte a semplice maggioranza della parte del capitale medesimo rappresentata dai soci intervenuti all'assemblea, ancorché ampiamente minoritaria⁽¹⁾. Ciò per non paralizzare l'assemblea ordinaria - alla cui competenza sono riservate le materie essenziali per la vita delle società di capitali, quali la nomina e la revoca degli amministratori e dei sindaci e l'approvazione dei bilanci d'esercizio - cioè per consentire a questa di funzionare nonostante la scarsa partecipazione

(1) In tal senso, *ex plurimis*, R. SACCO, *Se sia legittima l'esistenza di un quorum o di una maggioranza qualificata per le assemblee ordinarie in seconda convocazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, I, p. 488 ss.; A. GRAZIANI, *Regime legale e regime statutario dell'assemblea ordinaria di seconda convocazione*, in *Riv. soc.*, 1960, p. 445 ss., spec. p. 450; G. COTTINO, *Diritto commerciale*, I, 2, Padova, 1994, p. 458 s.; A. SERRA, *L'assemblea. Procedimento*, nel *Tratt. delle s.p.a.* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 3*, Torino, 1994, p. 130 ss.; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1995, p. 445 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, Torino, 1999, p. 303 ss.

dei soci (per disinteresse od altri motivi)⁽²⁾, così da evitare la causa di scioglimento rappresentata dalla «*impossibilità di funzionamento*» o dalla «*continuata inattività dell'assemblea*» (art. 2484 - già 2448 -, co. 1, n. 3, c.c.). Il legislatore del codice civile, infatti, ha mostrato in tal modo interesse alla conservazione del contratto sociale, e con esso dell'ente sociale, in particolare delle società di capitali, intese quali soggetti primari dell'economia nazionale o, come si sarebbe detto un tempo, quali organizzazioni costituenti "centro e fonte di lavoro"⁽³⁾.

Donde l'insegnamento che la dottrina⁽⁴⁾ e la giurisprudenza⁽⁵⁾ avevano impartito sulla circostanza che il regime legale dell'assemblea ordinaria di seconda convocazione non potesse essere derogato per effetto dell'autonomia statutaria, ossia che per questa assemblea non potesse essere introdotto alcun *quorum* costitutivo né elevato il *quorum* deliberativo testè ricordato mediante la previsione di clausole statutarie che ciò stabilissero; e che eventuali clausole statutarie a ciò finalizzate dovessero considerarsi nulle per illiceità dell'oggetto, in quanto comportanti violazione di una norma di ordine pubblico economico, quale quella mirata

(²) F. DI SABATO, *op. cit.*, p. 447; e G. PELLIZZI, *Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 206.

(³) Così F. GRANDE STEVENS, *Irregolarità del bilancio e sanzioni civili*, in *Riv. soc.*, 1973, p. 1179.

(⁴) G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 307; F. DI SABATO, *op. loc. ultt. citt.*; A. SERRA, *op. cit.*, p. 140 ss.; G. COTTINO, *op. cit.*, p. 459; G. MINERVINI, *Quorum costitutivo e quorum deliberativo nelle assemblee ordinarie di seconda convocazione*, in *Riv. dir. impr.*, 1989, p. 5; G. FERRI, *Le società*, nel *Tratt. dir. civ. it.* diretto da G. Vassalli, X, 3, Torino, 1987, p. 587; C. SILVETTI - G. CAVALLI, *Le società per azioni*, II, in *Giur. sist. civ. e comm.* fondata da W. Bigiavi, Torino, 1983, p. 55 ss.; ed inoltre, nel senso di considerare ammissibile la deroga del regime in parola per quelle sole deliberazioni dell'assemblea ordinaria che non fossero essenziali per assicurare la normale prosecuzione dell'attività sociale, v. P. BALZARINI, *Note in tema di deroghe statutarie al regime legale dell'assemblea ordinaria di seconda convocazione*, in *Riv. soc.*, 1974, p. 569 ss.; e G. PARTESOTTI, *Assemblea ordinaria di seconda convocazione di s.p.a. e norme particolari statutarie sulla nomina degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 1975, II, p. 273 ss.

(⁵) Trib. Biella, 19 novembre 1996, in *Giur. mer.*, 1998, p. 39; Cass., 16 marzo 1990, n. 2198, in *Foro it.*, 1991, I, c. 228; e in *Società*, 1990, p. 1044; Cass., 14 ottobre 1988, n. 5595, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, c. 672; in *Giur. comm.*, 1989, II, p. 536; in *Società*, 1989, p. 13, con commento di R. RORDORF, *Assemblea ordinaria in seconda convocazione*; e in *Riv. dir. comm.*, 1990, II, p. 137, con nota di D. SANTOSUOSSO, *Sull'interpretazione dell'art. 2369, 3° comma, c.c.*, in *materia di quorum costitutivi dell'assemblea ordinaria in seconda convocazione di società per azioni*; App. Trieste, 29 ottobre 1984, in *Società*, 1985, p. 881; Trib. Bologna, 12 ottobre 1984, in *Giur. it.*, 1985, I, 2, c. 191; Trib. Bologna, 13 settembre 1984, in *Giur. comm.*, 1985, II, p. 354, ove ampi riferimenti; fino a giungere a Cass., 26 ottobre 1964, n. 2669, in *Foro it.*, 1964, I, c. 2087; e in *Riv. dir. comm.*, 1965, II, p. 99, che costituisce la prima importante decisione sul punto, alla quale si sono successivamente ispirati i giudici - di legittimità come di merito - che hanno affrontato l'argomento.

appunto ad assicurare il funzionamento dell'assemblea e, con esso, la conservazione della società nel mercato in cui opera⁽⁶⁾. Con l'ulteriore conseguenza che la clausola nulla, la cui nullità non è comunque tale da inficiare di nullità l'intero contratto sociale – alla quale cioè si applica il principio *vitiatur sed non vitiat* –, si ha per eliminata, come se non fosse mai stata apposta (*tamquam non esset*); e «le deliberazioni assunte senza il rispetto dei *quorum* richiesti illegittimamente dall'atto costitutivo sono – per orientamento costante della giurisprudenza⁽⁷⁾ – valide, dovendosi intendere i *quorum* illegali automaticamente sostituiti dalla corrispondente previsione di legge»⁽⁸⁾.

La legge non disponeva invece alcunché per le società a responsabilità limitata, per le quali non era neppure prevista come necessaria una seconda convocazione dell'assemblea nel caso in cui l'adunanza di prima convocazione fosse andata deserta (v. art. 2486 c.c., nel testo anteriore alla riforma, ove fra le disposizioni in materia di s.p.a. applicabili alla s.r.l. non figurava richiamato l'art. 2469 c.c.). La previsione della seconda convocazione era peraltro rimessa all'autonomia convenzionale dei soci, i quali avevano la facoltà di inserirla appunto in una clausola dello statuto sociale. A fronte di una tesi che propendeva per attribuire a tale autonomia statutaria ampia libertà di determinazione dei *quorum*, costitutivo e deliberativo, per le assemblee di seconda convocazione, tanto ordinarie quanto straordinarie, la quale poggiava sull'argomento letterale – e quindi meno affidabile sul piano ermeneutico – del mancato rinvio, nel previgente art. 2486, co. 2, c.c., all'art. 2369 c.c., se ne poneva un'altra, promanante da una ben più attendibile interpretazione logica. Questa seconda tesi – ravvisata maggiormente aderente al sistema normativo allora in vigore – poggiava sulla circostanza che la s.r.l. era,

⁽⁶⁾ Cass., 16 marzo 1990, n. 2198, cit.; F. DI SABATO, *op. cit.*, p. 446 s.; e G.F. CAMPOBASSO, *op. loc. ultt. citt.* Questo orientamento è stato condiviso – oltre che dagli Autori in precedenza menzionati – anche da G. GRIPPO, *L'assemblea nella società per azioni*, nel *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, 16, Torino, 1985, p. 377 s.; G. SANTONI, *Principio di maggioranza e deroghe statutarie ai "quorum" legali delle assemblee di s.p.a.*, in *Dir. e giur.*, 1985, p. 171 ss., a commento di App. Napoli, 12 ottobre 1984, e Trib. Napoli, 14 giugno 1983; C. MONTAGNANI, *Tipologia delle società di capitali e seconda convocazione*, Milano, 1984, p. 55 ss.; A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1962, p. 332 s.; e già da A. SCIALOJA, *Sull'intervallo tra le due convocazioni dell'assemblea nelle società anonime*, in *Foro it.*, 1913, I, c. 500, a commento di App. Bologna, 18 marzo 1913: insomma, per ripetere le parole dello stesso G.F. CAMPOBASSO (*ibidem*, nota 2), dalla «dottrina largamente prevalente».

⁽⁷⁾ Cass., 16 marzo 1990, n. 2198, cit.; Cass., 14 ottobre 1988, n. 5595, cit.; Trib. Bologna, 13 settembre 1984, cit.

⁽⁸⁾ Testualmente A. SERRA, *op. cit.*, p. 143; in linea con il principio generale dettato dall'art. 1339 c.c., sul quale v. per tutti C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1987, p. 485 ss., spec. p. 487.

al tempo, assoggettata esclusivamente ad un modello di *governance* prettamente capitalistico, come storicamente postulato dal fatto di essere una società di capitali, per quanto ad organizzazione corporativa semplificata rispetto alla s.p.a. e caratterizzata da una compagine sociale tendenzialmente “chiusa”⁽⁹⁾, le cui quote di partecipazione non sono incorporate in titoli di credito quali le azioni⁽¹⁰⁾. La sussunzione da parte di società a responsabilità limitata di un istituto tipico della s.p.a., del genere di quello dell’assemblea di seconda convocazione – pur possibile e lecito, ancorché non espressamente contemplato dalla legge regolatrice della s.r.l. – non poteva tuttavia che avvenire, in queste società, in ottemperanza alle regole applicabili all’istituto medesimo nel proprio ambito naturale, ossia nel rispetto del precetto normativo (come s’è visto imperativo, in quanto di ordine pubblico economico, e come tale inderogabile) che sanciva la validità delle assemblee ordinarie di seconda convocazione qualunque fosse la parte del capitale rappresentata dai soci intervenuti, la validità dell’assunzione delle relative deliberazioni a semplice maggioranza della parte del capitale rappresentata in assemblea e l’inderogabilità delle disposizioni legali testè riferite⁽¹¹⁾.

La tesi per cui si esprime propensione era stata, in particolare, autorevolmente illustrata da Gian Franco Campobasso in un articolo specifico sull’argomento⁽¹²⁾ del quale si ritiene d’interesse riportare qualche brano: «... l’apparente generico rinvio alle ‘norme e le maggioranze previste dal codice civile’ non impedisce, d’altro canto, di ritenere che possano e debbano trovare applicazione le disposizioni dettate dall’art. 2369 in

(9) O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, nel *Tratt. dir. comm.* diretto da G. Cottino, V, Padova, 2005, p. 22 ss.; L. DE ANGELIS, *Il collegio sindacale rimane obbligatorio nelle s.r.l. con ricavi e patrimonio netto superiore a un milione di euro*, in *Società*, 2012, p. 42.

(10) G. COTTINO, *op. cit.*, p. 689 ss.; e G. SANTINI, *Società a responsabilità limitata*, nel *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1984, p. 2 ss.

(11) Sulla legittimità della surroga delle disposizioni dettate per le s.p.a. ove la disciplina in tema di s.r.l. si rivelasse silente e lacunosa, anche in assenza di un espresso rinvio normativo, cfr. – sotto l’impero della normativa civilistica previgente alla riforma del 2003 – G.C.M. RIVOLTA, *La società a responsabilità limitata*, nel *Tratt. dir. civ. e comm.* fondato da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1982, p. 313, il quale ha espressamente affermato che la derogabilità dei quozienti, in tale tipo sociale, incontra un limite nella misura dei quozienti deliberativi minimi previsti per le s.p.a.; R. SACCHI, *Sulla delega agli amministratori di società a responsabilità limitata della facoltà prevista dall’art. 2443 c.c.*, in *Riv. soc.*, 1984, p. 852 ss.; G. ZANARONE, *Società a responsabilità limitata*, nel *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.* diretto F. Galgano, VIII, Padova, 1985, p. 171 ss.; F. DI SABATO, *op. cit.*, p. 729 s.; S. ROSSI, *Il voto extrassembleare nelle società di capitali*, Milano, 1997, p. 202; G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 511.

(12) *Assemblea di s.r.l. di seconda convocazione e mancata determinazione dei quorum deliberativi*, in *Giur. comm.*, 1996, I, p. 211 ss.

tema di società per azioni e solo tali disposizioni. È vero infatti che l'art. 2486 non richiama l'art. 2369 fra le norme della s.p.a. applicabili alla s.r.l. E può senz'altro convenirsi che la tecnica legislativa seguita per la disciplina della s.r.l. non consente l'applicazione diretta alla stessa di norme della s.p.a. non richiamate, mancando un rinvio di carattere generale alla disciplina della s.p.a. in quanto compatibile. Non è meno vero però che ciò non impedisce di colmare eventuali lacune della disciplina legale e statutaria della s.r.l. applicando per analogia principi e norme della s.p.a. non espressamente richiamati. La configurazione sistematica della s.p.a. come prototipo normativo delle società di capitali e le indubbie affinità di struttura e di scopo esistenti fra i due tipi di società certamente legittimano tale criterio ermeneutico»⁽¹³⁾. Ed inoltre: «È questo infatti il significato della previsione legislativa dell'assemblea di seconda convocazione che si ricava in modo costante ed univoco dal sistema legislativo. Ciò vale infatti per gli enti associativi del Libro primo del codice civile (art. 21, comma 1); per il condominio (art. 1136, comma 3) e per la società per azioni (art. 2369). È questo perciò il significato che, in base a concordanti canoni di interpretazione oggettiva, letterale e sistematica deve essere attribuito alla clausola statutaria che introduce la previsione dell'assemblea di seconda convocazione nei casi in cui, come per la s.r.l., questa non è prevista *ex lege*»⁽¹⁴⁾.

L'interpretazione anzidetta è stata quindi confermata dalla giurisprudenza di merito⁽¹⁵⁾ la quale ha stabilito, in linea generale, che: (a) la previsione delle assemblee di seconda convocazione contenuta negli statuti di s.r.l., attesa la mancanza di norme specifiche in materia nella disciplina di tali società, va riferita necessariamente in via interpretativa alle corrispondenti norme previste per le s.p.a.; (b) tale conclusione non è smentita dal mancato richiamo da parte dell'art. 2486, co. 2, c.c. (nel testo allora vigente) al suddetto art. 2369 c.c.; (c) la s.p.a. costituisce l'archetipo normativo delle società di capitali e la relativa disciplina rappresenta un fondamentale parametro di riferimento ai fini ermeneutici; (d) la s.p.a. è l'unico tipo societario per il quale è prevista e disciplinata l'assemblea di seconda convocazione (art. 2369 c.c.), per cui il richiamo operato dagli statuti di s.r.l. a questo istituto non avrebbe alcun significato ove non si riferisse a detta disciplina (argomento *ex artt.* 1367 e 1366 c.c.)⁽¹⁶⁾.

⁽¹³⁾ *Ibidem*, p. 215; nello stesso senso F. DI SABATO e G. ZANARONE, *op. locc. ultt. citt.*; v. altresì F. GENNARI, *La società a responsabilità limitata*, Milano, 1999, p. 239 s.

⁽¹⁴⁾ G.F. CAMPOBASSO, *op. ult. cit.*, p. 214..

⁽¹⁵⁾ Non constano, sul punto specifico, sentenze di Cassazione edite.

⁽¹⁶⁾ Trib. Latina, decr. 28 settembre 1996, in *Giur. comm.*, 1997, II, p. 316, che, pur giu-

3. Il quadro normativo modificato a seguito della novella del 2003

A seguito della più volte menzionata riforma del diritto societario, entrata in vigore il 1° gennaio 2004, il quadro normativo di riferimento si è non poco modificato. Ciò non tanto con riguardo – nella disciplina della s.p.a. – all’art. 2368, co. 1, e all’art. 2369, co. 3, c.c., rimasti, nelle parti testualmente riportate all’inizio del paragrafo precedente, sostanzialmente invariati⁽¹⁷⁾, quanto piuttosto con riguardo all’inserzione, nel medesimo art. 2369, di un nuovo co. 4 che così recita: «*Lo statuto può chiedere maggioranze più elevate, tranne che per l’approvazione del bilancio e per la nomina e la revoca delle cariche sociali*».

In estrema sintesi, il legislatore della riforma – aderendo ad una corrente di pensiero manifestatasi già sotto il precedente regime normativo⁽¹⁸⁾ – ha stabilito che il divieto di richiedere maggioranze più elevate di quella legale per l’assunzione di deliberazioni dell’assemblea ordinaria di seconda convocazione (art. 2369, co. 3, c.c.) dovesse porsi, come in effetti ora si pone, non per tutte le materie oggetto di delibera, come accadeva anteriormente alla riforma stessa, ma unicamente per quelle materie considerate vitali per la società, ossia essenziali ai fini della sua sopravvivenza: materie individuate appunto nell’approvazione del bilancio (ovviamente d’esercizio) e nella nomina o nella revoca di amministratori, di sindaci e forse, ove esistente, del revisore legale dei

dicando in sede di omologazione circa una clausola statutaria di s.r.l. avente ad oggetto l’assemblea straordinaria di seconda convocazione, ha tuttavia enunciato principi di ordine generale applicabili a qualunque assemblea di seconda convocazione in questo tipo sociale, compresa quindi l’assemblea ordinaria; e F. GENNARI, *op. cit.*, p. 241. Cfr. altresì il pensiero di G.C.M. RIVOLTA, riferito alla precedente nota 11, a cui si rinvia.

⁽¹⁷⁾ Salvo variazioni meramente lessicali: *intervento* anziché *presenza*, *statuto* anziché *atto costitutivo*, nel primo; soci *partecipanti* anziché soci *intervenuti*, nel secondo.

⁽¹⁸⁾ Sostenuta – come ricorda G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, cit., p. 307, nota 2 – da P. BALZARINI, G. MINERVINI, P. ABBADESSA, A. SERRA e che allo stesso Autore è apparsa convincente; cui può aggiungersi G. PARTESOTTI, *op. loc. cit.*; in senso conforme v. Trib. Milano, 6 ottobre 1990, in *Giur. comm.*, 1991, II, p. 299, con nota di A. MAIENZA, *Brevi note in tema di deroghe statutarie alle maggioranze deliberative e costitutive delle assemblee ordinarie delle s.p.a.*; e Trib. Trieste, 23 aprile 1998, *ivi*, 1999, II, p. 332, con nota di P. BELVEDERE, *Sulla validità di una deroga statutaria al regime legale dei quorum dell’assemblea ordinaria di seconda convocazione (art. 2369, comma 3, c.c.)*; e in *Società*, 1998, p. 1331, con commento di B. IANNIELLO, *Derogabilità dei quorum deliberativi di assemblea ordinaria di s.p.a. in seconda convocazione*. Hanno avuto un’influenza rilevante nella transizione alla nuova disciplina le opinioni espresse sull’argomento da P. ABBADESSA nel *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno ed internazionale*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 1474; e da P. MONTALENTI, *Osservazioni alla bozza di decreto legislativo sulla riforma delle società di capitali*, *ivi*, p. 1547.

conti⁽¹⁹⁾. Limitatamente a queste materie nulla è stato innovato rispetto alla previgente disciplina circa il *quorum* deliberativo dell'assemblea ordinaria di seconda convocazione delle società per azioni; tant'è vero che, con grande chiarezza, è stato scritto assai di recente che «in seconda convocazione, ai sensi dell'art. 2369, l'assemblea [*ordinaria: n.d.a.*] è validamente costituita 'qualunque sia la parte di capitale rappresentata' e delibera, come in prima convocazione, a maggioranza dei voti. Ciò significa che anche un solo azionista portatore di un'unica azione può, in seconda convocazione, deliberare validamente». Ed inoltre che «il comma 4 dello stesso articolo consente tuttavia che lo statuto preveda 'maggioranze più elevate, tranne che per l'approvazione del bilancio e per la nomina e la revoca delle cariche sociali'. Queste ultime sono le due deliberazioni essenziali per assicurare la vita dell'impresa e la norma vuole assicurarsi che in seconda convocazione possano comunque esser prese, pur con il voto di una sola azione»⁽²⁰⁾. Questo per quanto riguarda la società per azioni.

Completamente diverso, invece, è il discorso concernente la società a responsabilità limitata. La s.r.l., invero, pur rimanendo a tutti gli effetti nel novero delle società di capitali, non promana più, in via esclusiva, la propria disciplina da quella tipicamente capitalistica propria della s.p.a. Particolarmente con riguardo alla *corporate governance*, l'autonomia statutaria della s.r.l. può spaziare da un modello prettamente capitalistico – che era l'unico a poter essere adottato prima della riforma, seppure con non poche variazioni consentite – ad uno essenzialmente personalistico, come sta a dimostrare in maniera eloquente il rinvio operato dal novellato art. 2475, co. 3, agli artt. 2257 e 2258 c.c. per l'eventualità che i soci intendano esercitare, com'è ormai perfettamente legittimo, la facoltà di prevedere statutariamente un sistema di amministrazione identico a quello in uso nelle società semplici e nelle altre società di

⁽¹⁹⁾ Su quest'ultima figura, peraltro, sia consentito esprimere forti perplessità in quanto, a stretto rigore di diritto, il soggetto incaricato dell'espletamento della funzione di revisione legale dei conti non potrebbe farsi rientrare nel novero delle «*cariche sociali*», ancorché appaia indubbia l'opportunità che la norma in questione estenda – in una prospettiva *de iure condendo* – la sua applicazione anche alla nomina e alla revoca di tale soggetto.

⁽²⁰⁾ Le citazioni testuali sono tratte da F. FERRARA jr., F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano¹⁵, 2011, p. 491. Condividono appieno questa posizione, *ex multis*, N. ABRIANI, *L'assemblea*, in AA.Vv., *Le società per azioni*, nel *Tratt. dir. comm.* diretto da G. Cottino, IV, Padova, 2010, p. 476 ss.; F. LAURINI, *Convocazione dell'assemblea e validità delle deliberazioni. Seconda convocazione e convocazioni successive*, in AA.Vv., *Assemblea* a cura di A. Picciau, nel *Comm. alla riforma delle società* diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi e M. Notari, Milano, 1998, p. 99; e F. PASQUARIELLO, *Seconda convocazione e convocazioni successive*, in AA.Vv., *Il nuovo diritto delle società* a cura di A. Maffei Alberti, I, Padova, 2005, p. 466 s.

persone; con possibilità di delineare, fra questi due estremi, tutta una serie di modelli organizzativi intermedi ravvisati meglio confacenti alle esigenze e agli interessi delle singole compagini sociali⁽²¹⁾. In definitiva, a seguito della riforma, la disciplina delle s.r.l. non è più dettata dalla legge, quanto piuttosto dagli statuti, facendosi ricorso alle norme di legge per l'integrazione degli statuti medesimi in caso di lacune nella disciplina convenzionale oppure di inserzione in questi di clausole nulle per violazione di principi generali dell'ordinamento o di norme di ordine pubblico o di precetti inderogabili; talché – per integrare la disciplina delle s.r.l. – non è più possibile, in via generale, ricorrere all'analogia con le norme in tema di s.p.a., essendo necessario desumere dall'esame di ogni singolo atto costitutivo entro quale contesto disciplinare vada collocata la società a responsabilità limitata retta dall'atto medesimo⁽²²⁾. Ciò ha segnato una profonda linea di demarcazione fra i due tipi societari capitalistici, che più non consente – come argutamente rilevato da Giuseppe Zanarone – di «coniare per la s.r.l. nostrana il riduttivo epiteto di *piccola società per azioni senza azioni*», per cui, dopo la riforma, ed avvalendosi delle facoltà offerte dalla riforma, i soci sono liberi di forgiare l'atto costitutivo delle società di questo tipo a loro piacimento, senza più dover sottostare alle implicite limitazioni derivanti dalla traslazione nell'organizzazione corporativa delineata dall'autonomia statutaria di istituti e figure appartenenti, in origine, alla disciplina tipica della s.p.a. e da questa mutuati.

⁽²¹⁾ Sull'argomento cfr., fra i molti, G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, I, in *Il codice civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2010, p. 98 ss.; M. STELLA RICHTER, *Antecedenti e vicende della società a responsabilità limitata*, e A.A. DOLMETTA, *Sul "tipo" s.r.l.*, entrambi in AA.Vv., *S.r.l. Commentario* a cura di A.A. Dolmetta e G. Presti, Milano, 2011, rispettivamente p. 1 ss. e p. 15 ss.; L. ARDIZZONE, *Responsabilità*, M. STELLA RICHTER, *Costituzione*, e G. CARCANO, *Amministrazione della società*, tutti in AA.Vv., *Società a responsabilità limitata* a cura di L.A. Bianchi, nel *Comm. alla riforma delle società* diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi e M. Notari, Milano, 2008, rispettivamente p. 3 ss., p. 29 ss. e p. 561 ss.; O. CAGNASSO, *op. cit.*, p. 1 ss.; e L. DE ANGELIS, *Amministrazione e controllo nella società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 469 ss.

⁽²²⁾ Su questo concetto mi permetto rinviare a L. DE ANGELIS, *op. ult. cit.*, pp. 470 ss. e 488 s.; e, sulla constatazione che, per le società di questo tipo, non esiste più una disciplina *standard* a cui poter fare riferimento, Id., *Le modifiche statutarie obbligatorie per le società di capitali e cooperative*, in *Riv. dott. comm.*, 2004, p. 50 s.

4. *Considerazioni sulle clausole statutarie della società a responsabilità limitata (già società per azioni) retta dallo statuto in riferimento*

Alla luce del quadro normativo sopra delineato, con riguardo al periodo antecedente e a quello successivo all'entrata in vigore della riforma del diritto societario del 2003 - assumendo cioè quale *cut-off*, come detto, la data del 1° gennaio 2004 - può procedersi a rassegnare le seguenti considerazioni in merito alla validità e all'efficacia delle clausole statutarie rassegnate al superiore § 1:

- 4.1. Alfa s.p.a. fu costituita con uno statuto, allegato all'atto costitutivo, contenente due clausole invalide, e precisamente nulle: quelle degli articoli 12 e 13.

La prima era nulla nella parte riguardante la previsione di un *quorum* costitutivo per l'assemblea ordinaria di seconda convocazione. La seconda era nulla poiché, per la stessa assemblea ordinaria di seconda convocazione, prevedeva un *quorum* deliberativo più elevato di quello di legge, in una materia non disponibile dall'autonomia statutaria.

L'effetto di tale nullità era quello di rendere le clausole nulle assolutamente inefficaci, dovendo queste essere sostituite, per integrazione legale, dalla norma dell'art. 2369, co. 3, c.c. nel testo allora vigente.

- 4.2. Quando, nel 1980, le disposizioni nulle degli articoli 12 e 13 dello statuto di Alfa s.p.a. vennero trasfuse invariate nel nuovo statuto della medesima società trasformata in s.r.l., permasero affette dal vizio di nullità che già le aveva inficcate fin dall'origine.

Ma se anche esse fossero state introdotte *ex novo* nello statuto della s.r.l. in occasione della trasformazione, il vizio comportante la nullità sarebbe sussistito comunque perché nella volontaria assunzione di un istituto tipico della s.p.a. non sarebbero state rispettate le condizioni di legge alle quali detto istituto era subordinato (nella specie, l'inapplicabilità all'assemblea ordinaria di seconda convocazione di un *quorum* costitutivo e l'illegittimità della fissazione convenzionale di un *quorum* deliberativo più elevato di quello della maggioranza semplice della parte del capitale sociale - con diritto di voto - rappresentato in assemblea, in deroga ad una disposizione di legge invece inderogabile).

- 4.3. Ciò senza contare che le clausole statutarie in questione erano - e sono - invalide sotto un ulteriore profilo, e segnatamente poiché i *quorum*, costitutivo e deliberativo, stabiliti dallo statuto sono identici sia per la prima che per la seconda convocazione assem-

bleare. Per vero «la clausola statutaria che introduce [nello statuto di una s.r.l.: n.d.a.] l'assemblea di seconda convocazione va univocamente interpretata nel senso che per la stessa si sono volute prevedere maggioranze più ridotte di quelle vevoli per la prima convocazione»⁽²³⁾. È «fuori dubbio, infatti, che la rilevanza della seconda convocazione (in senso proprio) risiede proprio nella riduzione dei termini di convocazione e, soprattutto, nell'abbassamento dei quorum deliberativi al fine di agevolare l'adozione delle delibere assembleari ogni qualvolta una delibera non si sia potuta adottare in prima convocazione per il mancato raggiungimento del quorum necessario per deliberare validamente»⁽²⁴⁾.

Deve pertanto ritenersi che, anche sotto questo profilo, le previsioni statutarie concernenti le assemblee ordinarie di seconda convocazione siano affette da un vizio che ne comporta la nullità e dunque l'assoluta inefficacia.

- 4.4. Lo stesso dicasi per quanto attiene alla parziale revisione statutaria dell'anno 2000, che però non ha riguardato le clausole in esame, le quali - pur ripetute nello statuto aggiornato allegato alla delibera dell'assemblea straordinaria recante le modifiche apportate all'oggetto sociale e al termine di durata della società - nulle sono rimaste, com'erano in precedenza. Non è infatti ripetendo la clausola statutaria invalida che si elimina il vizio che è causa dell'invalidità, bensì sostituendola, ove possibile, con altra diversa clausola emendata dal vizio medesimo, così da eliminare la causa di nullità (in tal senso l'art. 2332, co. 5, c.c. nel vecchio e nel nuovo testo).
- 4.5. Com'è stato anticipato nel paragrafo introduttivo, dal 2000 Alfa s.r.l. non ha più apportato modificazioni al proprio atto costitutivo, neppure per adeguarlo alle intervenute epocali innovazioni legislative introdotte con la più volte ricordata riforma del diritto delle società di capitali e cooperative del 2003, nonostante la disposizione dell'art. 223-bis delle *Norme di attuazione e transitorie del codice civile*, parimenti richiamata in apertura.

⁽²³⁾ Così ancora G.F. CAMPOBASSO, *Assemblea di s.r.l. di seconda convocazione*, cit. p. 215.

⁽²⁴⁾ *Ibidem*, p. 214. In senso conforme v. altresì G.C.M. RIVOLTA, *op. cit.*, p. 300 ss.; e S. ROSSI, *op. cit.*, p. 200, nota 21, la quale ha espressamente riconosciuto che "la facoltà ... di modificare anche *in minus* i quozienti assembleari ... normalmente rappresenta la finalità principale della seconda convocazione". In giurisprudenza cfr. Cass., 26 marzo 1964, n. 679, in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, p. 332, con nota di G. FERRI, *Esercizio dei diritti sociali nella comunione di quote e assemblea di seconda convocazione nella s.r.l.*; e Trib. Genova, 16 gennaio 1986, in *Società*, 1986, p. 309, con commento di V. SALAFIA, *Disciplina statutaria dell'assemblea di s.r.l. in seconda convocazione*.

Dunque tale società non ha manifestato alcuna intenzione né alcun interesse di avvalersi della facoltà di riformulare il proprio atto costitutivo - come pure avrebbe potuto - profittando dell'amplissima autonomia statutaria riconosciuta dal decreto delegato della suddetta riforma, particolarmente con riguardo alle s.r.l.: autonomia statuaria che con tutta probabilità le avrebbe consentito di sanare una buona volta la nullità delle clausole in questione. Non che, tuttavia, a questa inerzia non sia da attribuire un significato concludente: «Anche la decisione di non intervenire sugli statuti, ossia di non introdurre nuove clausole o di modificare quelle esistenti, può integrare ... una manifestazione della volontà di adeguare, o meno, gli statuti stessi alla nuova disciplina stabilita dalla riforma»⁽²⁵⁾, giacché «il silenzio degli statuti equivale ad una precisa presa di posizione a favore di determinate modalità di organizzazione della società e di funzionamento dei suoi organi recate dalle previsioni normative»⁽²⁶⁾. Nel caso in esame, invero, alla mancata fruizione, da parte di Alfa s.r.l., delle facoltà e delle opzioni offerte dalla legge di riforma per adeguare il proprio statuto in aderenza alle esigenze e/o alle preferenze della propria compagine sociale non può attribuirsi altro significato che quello che i suoi soci abbiano inteso mantenere alla loro società un modello organizzativo prettamente capitalistico, quale quello esistente anteriormente alla riforma stessa, senza apportarvi alcuna variazione; con ciò mantenendo fermi i vizi degli articoli 12 e 13 dello statuto che era allora - ed è tuttora - in vigore, comportanti altrettante cause di nullità degli stessi.

Vero è che l'adeguamento statutario in grado di caducare tali cause di nullità potrebbe farsi ancor oggi. Ma aver lasciato perimere il termine del 30 settembre 2004 per effettuarlo ha significato rinuncia all'agevolazione rappresentata dalla maggioranza ridotta di cui al citato art. 223-bis, co. 2, prevista per l'assunzione della relativa deliberazione («*maggioranza semplice, qualunque sia la parte di capitale rappresentata in assemblea*»); talché se i soci della stessa società volessero ora porre rimedio, mediante un'adeguata modifica statutaria, alla situazione di nullità delle clausole anzidette, dovrebbero raggiungere la maggioranza di legge o quella più elevata stabilita dallo statuto per le deliberazioni assembleari comportanti modificazioni dell'atto costitutivo. Maggio-

(25) L. DE ANGELIS, *op. ult. cit.*, p. 48.

(26) *Ibidem*, p. 39.

ranza che, nella fattispecie, è quella dell'ottanta per cento del capitale sociale, sia in prima che in seconda convocazione, atteso che per tali deliberazioni – a differenza di quelle assumibili dalle assemblee ordinarie di seconda convocazione aventi ad oggetto l'approvazione del bilancio e la nomina o la revoca delle cariche sociali – gli statuti possono validamente prevedere maggioranze qualificate più elevate di quelle previste dalla legge, purché non richiedano l'unanimità⁽²⁷⁾.

In conclusione, alla luce di quanto precede, sembra doversi ritenere che le clausole degli articoli 12 e 13 del vigente statuto sociale di Alfa s.r.l. siano nulle ed assolutamente inefficaci nella parte in cui prevedono un *quorum* costitutivo per le assemblee (ordinarie)⁽²⁸⁾ di seconda convocazione chiamate a deliberare sull'approvazione del bilancio, nonché sulla nomina e sulla revoca degli amministratori e, se nominati, dei sindaci (il revisore legale dei conti non è infatti neppure contemplato dallo statuto medesimo), ed un *quorum* deliberativo più elevato di quello stabilito dall'unica norma di legge che ne faccia menzione – cioè l'art. 2369, co. 3, per l'appunto – per l'assunzione delle suddette deliberazioni da parte della medesima assemblea (ordinaria) di seconda convocazione. L'invalidità di tali clausole statutarie è altresì determinata dal fatto che per le assemblee di seconda convocazione sono previsti gli stessi *quorum*, costitutivo e deliberativo, delle assemblee di prima convocazione, anziché *quorum* meno elevati.

Abstract

The article analyses two clauses inserted in the by-laws of a joint-stock company before the reform of the Italian company law (legislative decree no. 6 of January 17, 2003). Such clauses provide for the quorum for valid constitution and resolutions of the shareholders' meetings, both ordinary and extraordinary, in first and second call. These clauses were void at the time of their insertion in the by-laws, especially referring to the afo-

⁽²⁷⁾ Ciò vale ancora sicuramente per le s.p.a.; ma, dopo la riforma, pare non valere più per le s.r.l., nelle quali l'autonomia statutaria dei soci sembra potersi estendere fino a postulare che quanto meno determinate delibere (ad esempio, l'aumento e la riduzione volontaria del capitale) debbano venire assunte con il voto favorevole di tutti i soci rappresentanti l'intero capitale sociale.

⁽²⁸⁾ L'attributo "ordinaria" è messo – qui e più innanzi – tra parentesi per indicare che il codice civile non opera più, per le s.r.l., alcuna distinzione fra assemblee ordinarie e straordinarie (a differenza delle s.p.a.), essendo rimesso l'elemento discrezionale – ai fini delle maggioranze, delle modalità di svolgimento, etc. – all'oggetto delle deliberazioni che le assemblee dei soci sono chiamate ad assumere.

rementioned quorum for ordinary meetings in second call. The article is aimed at examining if the same clauses are still void or have become valid in the light of the reform itself and, mainly, after the transformation of the joint-stock company in a limited liability company.

I prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione e i prodotti previdenziali di terzo pilastro^(*)

Giuliana Martina

Ricercatore confermato di Diritto commerciale nell'Università Ca' Foscari Venezia

SOMMARIO: 1. L'introduzione dell'art. 25-bis t.u.f. tra livellamento del campo di gioco ed identità causale. - 2. La definizione di prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione di cui alla lett. w-bis dell'art. 1. t.u.f.: le ragioni dell'opzione legislativa. - 3. I motivi dell'esclusione dalla definizione delle forme pensionistiche individuali. - 4. Le più rilevanti conseguenze sul piano normativo.

1. L'introduzione dell'art. 25-bis t.u.f. tra livellamento del campo di gioco ed identità causale

La produzione legislativa in materia finanziaria che si colloca tra il 2005 e l'anno successivo ha contribuito a diradare talune nebbie che si erano addensate per lungo tempo intorno alla fattispecie e alla disciplina dei prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione. La legge sulla tutela del risparmio - l. 28 dicembre 2005, n. 262 - e la nuova disciplina delle forme pensionistiche complementari - d. lgs. 5 dicembre 2005, n. 252 - entrambe dell'ultimo scorcio del 2005 per un verso, il "decreto correttivo" del dicembre del 2006 - d. lgs. 29 dicembre 2006, n. 303 - per l'altro, contengono alcune delle risposte ad annosi interrogativi che si erano posti nel corso del tempo. A più di un lustro di distanza, la polvere sembra essersi posata e pare così essere giunto il momento di un primo bilancio delle opzioni esercitate dal legislatore, alle quali conviene guardare con occhi scevri delle vicende successive che hanno investito - e continuano ad investire - i mercati finanziari, e che rischierebbero di "inquinare" il giudizio da dare al suo operato.

(*) Il presente contributo è già stato pubblicato in *La crisi dei mercati finanziari: analisi e prospettive*, a cura di V. Santoro, Milano, 2012, p. 485 ss. La successiva conversione con modificazioni del d.l. 6 luglio 2012, n. 95 nella l. 7 agosto 2012, n. 135 ha suggerito, tuttavia, di tenere conto nel par. 2 dell'istituzione dell'Ivass.

Come accennato, ad avviare il processo che ha portato agli attuali assetti disciplinari in materia di prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione è stata la stessa legge sulla tutela del risparmio – segnatamente il suo art. 11, co. 3 – cui si deve l'introduzione nel testo unico della finanza dell'art. 25-*bis*. La norma contiene puntuali indicazioni relative alle regole che governano la sottoscrizione ed il collocamento di prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione, all'assoggettamento alla vigilanza della Consob dei soggetti abilitati e delle imprese di assicurazione – in relazione ai prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione – nonché al canale informativo da instaurare tra la stessa Consob e gli organi di controllo interni ed esterni⁽¹⁾.

Prima di scendere nel dettaglio dei vari momenti disciplinari recati dal menzionato art. 25-*bis*, merita segnalare l'assenza – almeno in questo primo stadio della produzione legislativa – di una nozione di prodotto finanziario emesso da impresa di assicurazione, che – verosimilmente a causa dell'urgenza di dare le risposte da troppo tempo attese – il legislatore aveva tenuto sullo sfondo, quasi a voler lasciare all'interprete il compito di definire i contorni della fattispecie finalmente disciplinata. A ben guardare, la scelta poteva prestarsi a destare le stesse perplessità suscitate da un ipotetico giallo che, capovolgendo i canoni narrativi tradizionali, avesse consentito allo stranito lettore di conoscere l'identità del carnefice, non già quella della vittima. Ma alcuni indizi potevano già ritrarsi dalle pieghe del sistema, come diremo.

(1) Sul tema v. P. CORRIAS, *Contratto di capitalizzazione e attività assicurativa*, Milano, 2011, p. 123 ss.; R. COSTI, *I prodotti finanziari emessi dalle banche e dalle imprese di assicurazione*, in *I prodotti finanziari bancari ed assicurativi (in ricordo di Gaetano Castellano)*, Milano, 2008, p. 11 ss.; L. DI BRINA, *La disciplina dei prodotti finanziari emessi da banche e da imprese di assicurazione*, in *La tutela del risparmio nella riforma dell'ordinamento finanziario*, a cura di L. De Angelis e N. Rondinone, Torino, 2008, p. 363 ss.; A. LONGO, *La distribuzione di prodotti assicurativi: una regolamentazione ancora in itinere*, in *La distribuzione di prodotti finanziari bancari e assicurativi*, a cura di A. Antonucci e M.T. Paracampo, 2008, p. 153 ss.; M. MIOLA, *L'offerta fuori sede di prodotti finanziari assicurativi alla luce delle riforme del mercato finanziario: verso l'epilogo di una lunga contesa?*, in *Studi per Franco Di Sabato*, Napoli, 2009, I, p. 467 ss.; A. PERRONE, *Distribuzione di prodotti finanziari emessi da banche e da imprese di assicurazione*, in *Disciplina dei mercati finanziari e tutela del risparmio*, a cura di F.S. Martorano e V. De Luca, Milano, 2008, p. 257 ss.; A. PORTOLANO, *Commento sub art. 25-bis*, in *Il Testo unico della finanza*, a cura di M. Fratini e G. Gasparri, Torino, 2012, I, p. 447 ss.; G. ROMAGNOLI, *Controllo e regole di collocamento dei prodotti assicurativi a carattere finanziario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, p. 90 ss.; L. SALAMONE, *Disposizioni regolamentari in materia di offerta al pubblico di sottoscrizione e di vendita di prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione*, in *Disciplina dei mercati finanziari e tutela del risparmio*, cit., p. 167 ss.; M. SAMPOGNARO, M. SIRI, *I prospetti di offerta dei prodotti finanziari-assicurativi*, in *La regolazione assicurativa*, a cura di P. Marano e M. Siri, Torino, 2009, p. 89 ss. Sulla regola dell'adeguatezza si veda C. CARLEVALE, *Il giudizio di adeguatezza nel collocamento di prodotti finanziari assicurativi*, in *Ass.*, 2011, I, p. 89 ss.

Analizzando più da vicino il contenuto dell'art. 25-*bis* t.u.f., balza agli occhi innanzi tutto l'applicazione alla sottoscrizione e al collocamento di prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione degli artt. 21 e 23 dello stesso testo unico che - ricordiamo a rischio di ovvietà - sono dedicati rispettivamente ai criteri generali di svolgimento dei servizi e delle attività finanziarie, e ai contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento. Per conseguenza, nonostante siano emessi da imprese di assicurazione, questi prodotti finanziari non seguono le regole dettate dalla disciplina assicurativa (segnatamente, dall'art. 183 del codice delle assicurazioni private), bensì quelle - analoghe soltanto nella forma ma differenti nei contenuti - fino ad allora dettate per lo svolgimento dei servizi di investimento, i quali hanno ad oggetto gli strumenti finanziari, *species* all'interno del più ampio *genus* dei prodotti finanziari, definiti nel testo unico della finanza come forme di investimento di natura finanziaria⁽²⁾. Una prima possibile conclusione è dunque l'identità causale tra prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione e strumenti finanziari (o, più in generale, prodotti finanziari), la quale giustifica, ed anzi richiede, l'assoggettamento alle stesse regole, sul presupposto che soltanto il livellamento del campo di gioco consenta ai giocatori in campo di disputare la partita a condizioni di assoluta parità⁽³⁾. In particolare, principi dettati avendo in mente la funzione indennitaria o previdenziale,

(²) Cfr. art. 1, co. 1, lett. u) t.u.f. La laconica definizione recata dal testo unico della finanza giunge all'esito di un lungo e complesso percorso volto a delineare i contorni degli *Investment contracts* (si veda sul punto l'ampia ricostruzione proposta da M. MIOLA, *Il risparmio assicurativo*, Napoli, 1988, p. 179 ss.), che ha portato la dottrina a proporre una lettura della definizione di cui alla menzionata lett. u) tesa a racchiudere ogni forma di impiego di risorse al fine di ricavare un profitto, aumentando in tal modo le disponibilità investite: R. LENER, *Prodotto finanziario, prodotto assicurativo e prodotto «previdenziale»*, in *Prev. assist. pubbl. e priv.*, 2004, p. 1009, spec. p. 1011; Id., *Il prodotto «assicurativo» fra prodotto «finanziario» e prodotto «previdenziale»*, in *Dir. econ. ass.*, 2005, p. 1233 ss.; Id., *L'offerta al pubblico di fondi pensione, polizze assicurative e strumenti finanziari in prospettiva italiana e comparata*, in *Contr. e impr. Eur.*, 2006, p. 495 ss.

(³) La parificazione in termini di disciplina applicabile di tutti i prodotti aventi causa di investimento non è tuttavia ancora pienamente realizzata, come è possibile desumere dall'esclusione dalla definizione di strumenti finanziari dei depositi bancari o postali non rappresentati da strumenti finanziari (art. 1, co. 1, lett. u, t.u.f.): depositi che spesso presentano invece una chiara funzione di investimento. In argomento v. M. PERASSI, *Il deposito*, in *La banca: l'impresa e i contratti*, nel *Tratt. dir. comm.* diretto da G. Cottino, VI, Padova, 1991, p. 561 ss., spec. p. 570 ss.; N. SALANITRO, *Società per azioni e mercati finanziari*, Milano, 2000, p. 100; M. MIOLA, *Commento sub art. 94*, in *Testo Unico della finanza. Commentario* diretto da G.F. Campobasso, II, Torino, 2002, p. 797 ss., spec. p. 799; R. BASSO, *Disciplina della trasparenza dei prodotti finanziari bancari*, in *La nuova legge sul risparmio*, a cura di F. Capriglione, Padova, 2006, p. 305 ss., spec. p. 312 ss.; M. SEPE, *Commento sub art. 106*, in *Il codice delle assicurazioni private*, a cura di F. Capriglione, Padova, 2007, II, 1, p. 3 ss., spec. p. 6 s.

che l'art. 1882 c.c. assegna rispettivamente al contratto di assicurazione contro i danni e al contratto di assicurazione sulla vita, mal si adattano a contenere la diversa realtà di un contratto sottoscritto in chiave di investimento di natura finanziaria. Più precisamente, quando ci si ponga nella prospettiva del risparmiatore, soltanto l'applicazione delle stesse regole a prodotti finanziari di emittenti diversi - ma tutti rispondenti alla finalità dichiarata dal testo unico della finanza: l'investimento di natura finanziaria - gli garantisce la possibilità di individuare tra più prodotti aventi gli stessi scopi quello che maggiormente si adatta a soddisfare le proprie esigenze - prescindendo quindi dalla natura dell'emittente, che non appare oramai più centrale ai fini di un'efficace protezione del contraente⁽⁴⁾.

Un secondo rilievo è dato dall'operatività della peculiare regola dell'inversione dell'onere di provare di aver agito con la specifica diligenza richiesta, posto a carico dei soggetti abilitati nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente (art. 23, co. 6, t.u.f.⁽⁵⁾). Invero, il principio

(4) Il risultato era da tempo auspicato dalla dottrina. Sul punto, v. G. MINERVINI, *Le istituzioni per la tutela del pubblico risparmio: l'ISVAP*, in *Giur. comm.*, 1985, I, p. 760 ss.; G. ROSSI, *Offerta al pubblico di titoli, controlli e strutture del mercato*, in *Riv. soc.*, 1985, p. 1 ss., spec. p. 6; A. GAMBINO, *La prevenzione nelle assicurazioni sulla vita e i nuovi prodotti assicurativo-finanziari*, in *Ass.*, 1990, I, p. 28 ss., spec. p. 38 ss.; A.D. CANDIAN, *I contratti di capitalizzazione*, in *I contratti del commercio dell'industria e del mercato finanziario* a cura di Galgano, III, Torino, 1995, p. 2628 s.; A. GUACCERO, *Investimento finanziario e attività assicurativa nella prospettiva dell'informazione del risparmiatore*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 16 ss., spec. p. 21; C.F. GIAMPAOLINO, *Assicurazione - III) Assicurazione sulla vita* (voce, aggiornamento), in *Enc. giur.*, III, Roma, 2002, p. 4; M. STELLA RICHTER jr, *L'attività di gestione del risparmio di banche e assicurazioni*, in *I contratti del mercato finanziario* a cura di E. Gabrielli e R. Lener, II, 2004, Torino, p. 669 ss.; *Id.*, *Obbligo di restituire e obbligo di gestire nell'attività finanziaria: alla ricerca di una disciplina degli "ibridi" bancari e assicurativi*, in *Banca, impresa, soc.*, 2002, p. 495 ss.

(5) La norma riproduce invero l'art. 18, co. 5, d. lgs. 23 luglio 1996, n. 415 («*Recepimento della direttiva 93/22/CEE del 10 maggio 1993 relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari e della direttiva 93/6/CEE del 15 marzo 1993 relativa all'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi*», c.d. Decreto Eurosim), il cui precedente era costituito dall'art. 13, co. 10, l. 2 gennaio 1991, n. 1 («*Disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare e disposizioni sull'organizzazione dei mercati mobiliari*»). Sul punto cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Appunti sulla responsabilità dell'intermediario nel rapporto di gestione personalizzata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, p. 865 ss.; M. PERASSI, *Commento sub art. 18*, in *La disciplina degli intermediari e dei mercati finanziari* a cura di F. Capriglione, Padova, 1997, p. 144, spec. p. 151 ss.; M. LOBUONO, *La responsabilità degli intermediari finanziari*, Napoli, 1999, p. 209 ss.; M. TOPINI, *L'onere della prova nei giudizi di responsabilità per danni cagionati nello svolgimento dei servizi di investimento*, in *Giur. comm.*, 1999, I, p. 697 ss.; R. COSTI, L. ENRIQUES, *Il mercato mobiliare, nel Tratt. dir. comm. diretto da G. Cottino*, VIII, Padova, 2004, p. 367 ss.; S. GILOTTA, *La ripartizione dell'onere probatorio nei giudizi di risarcimento dei danni derivanti dallo svolgimento di servizi di investimento*, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 620 ss.

dell'inversione dell'onere probatorio non è del tutto estraneo alla disciplina assicurativa, che anzi espressamente lo contempla con riferimento ai contratti che rientrano nei rami III e V dell'assicurazione sulla vita (art. 178 d. lgs. 6 7 settembre 2005, n. 209, d'ora innanzi cod. ass.)⁽⁶⁾. Senza volere anticipare le riflessioni che si svolgeranno in seguito, relativamente alla definizione di prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione – intervenuta nella seconda fase della produzione legislativa di nostro interesse – ci limitiamo a segnalare come già il sistema consentisse di scorgere nelle sue pieghe tracce di “finanziarietà” in un contesto pure considerato tipicamente assicurativo⁽⁷⁾.

Il livellamento del campo di gioco è stato realizzato inoltre mediante la sottoposizione dei soggetti abilitati e delle imprese di assicurazione, in relazione ai prodotti finanziari da queste ultime emessi, alla vigilanza (regolamentare, informativa ed ispettiva) della Consob – l'Autorità competente per i profili di trasparenza e per la correttezza dei comportamenti in materia di servizi di investimento (art. 25-*bis*, co. 2, t.u.f.) – nonché mediante la riscrittura di talune delle regole di *governance* dei soggetti stessi. Come anticipato, infatti, il collegio sindacale, o il diverso organo di controllo interno nel caso di modello alternativo di *governance*, informa senza indugio la Consob di tutti gli atti o i fatti, di cui venga a conoscenza nell'esercizio dei propri compiti, che possano costituire una grave violazione delle norme ovvero delle disposizioni generali o particolari emanate dalla Consob; identico obbligo è posto a carico delle società incaricate della revisione contabile delle imprese di assicurazione, nonché a carico dell'organo che svolge funzioni di controllo e delle società incaricate della revisione contabile presso le società che controllano l'impresa di assicurazione o che sono da queste controllate ai sensi dell'art. 2359 c.c. (cfr. art. 25, co. 3 e 4, t.u.f.).

Si è già visto che il legislatore aveva inizialmente preferito dettare una puntuale disciplina senza però definire la corrispondente fattispecie la quale, tuttavia, si lasciava intravedere da angolazioni particolari, quale ad esempio quella della regola dell'inversione dell'onere probatorio. A ben riflettere, nel momento in cui la disciplina assicurativa già prevedeva per alcuni dei contratti dell'assicurazione sulla vita l'onere per l'impresa di assicurazione di provare di aver agito con la specifica diligenza richiesta, sollevando l'assicurato dal fornire la prova della negligenza

⁽⁶⁾ In argomento v. P. CORRIAS, *Commento sub art. 178*, in *Il codice delle assicurazioni private*, a cura di F. Capriglione, Padova, 2007, II, 2, p. 134 ss.

⁽⁷⁾ Sull'assoluta indifferenza dell'applicazione dell'art. 23, co. 6, t.u.f. o dell'art. 178 cod. ass. ai prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione v. P. CORRIAS, *L'assicurato-investitore: prodotti, offerta e responsabilità*, in *Ass.*, 2011, p. 401 ss.

dell'assicuratore, si procedeva dall'idea di un assicurato maggiormente bisognoso di protezione, e comunque da tutelare – almeno sul terreno processuale – in forme identiche a quelle concepite nella diversa materia dei servizi di investimento. In altri termini, il processo di avvicinamento era già iniziato, anche se non operava ancora su un piano sostanziale. La distanza andava pertanto ridotta, anche in punto di diritto sostanziale: ed i tempi necessari all'elaborazione della fattispecie avrebbero verosimilmente rischiato di allontanare ulteriormente la prospettiva di una disciplina compiuta.

2. La definizione di prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione di cui alla lett. w-bis dell'art. 1 t.u.f.: le ragioni dell'opzione legislativa

Più opportuno appariva allora chiudere la legislatura con un risultato da spendere in vista della successiva tornata elettorale, consegnando alla successiva legislatura il difficile compito di completare il mosaico. E così è stato: per avere la definizione di prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione bisognava infatti attendere il dicembre del 2006, nel corso del quale veniva emanato il d. lgs. n. 303, cd. "correttivo", che ha inserito nell'art. 1 t.u.f. la lett. *w-bis*, recante appunto la tanto attesa definizione. In realtà, la menzionata lettera altro non fa che riprodurre – anche se con ricadute sul piano sostanziale – le fattispecie che nell'art. 178 cod. ass. rilevano in termini meramente processuali. Si intendono infatti per prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione le polizze e le operazioni di cui ai rami vita III e V. Tuttavia, la scelta del legislatore non può dirsi frutto di una facile scorciatoia, come stanno a dimostrare i lavori preparatori che testimoniano lo sforzo compiuto di tenere fuori dalla definizione realtà contrattuali soltanto apparentemente riconducibili alla "nuova" fattispecie.

Così è stato, in particolare, per le convenzioni gestorie che le imprese di assicurazione stipulano con i fondi pensione per la gestione del loro patrimonio, ricorrendo al ramo vita VI, il quale figurava nella definizione di prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione contenuta nello schema di decreto legislativo del 30 agosto 2006, poi tradottosi nel d. lgs. n. 303/2006. Si tratta infatti di un'attività che non ha nulla di assicurativo: l'impresa di assicurazione gestisce un patrimonio – che è formato dai contributi versati dagli aderenti al fondo pensione – senza assumere alcun rischio di natura demografica, in maniera del tutto identica a quella attuata dagli altri gestori finanziari (banche, imprese di investimento, società di gestione del risparmio) abilitati a stipulare convenzioni gestorie

con i fondi pensione medesimi, ai sensi dell'art. 6, co. 1, lettere a), b) e c), d. lgs. n. 252/2005. Il risultato della gestione viene successivamente trasformato in una rendita vitalizia mediante la stipula di un'ulteriore convenzione con un'impresa di assicurazione che - in questa seconda fase - assume quindi un rischio demografico, ricorrendo pertanto a rami tipicamente assicurativi⁽⁸⁾: ragione per la quale si è fuori dal ramo vita VI il quale, come poc'anzi accennato, ha mera natura gestoria. Tuttavia, al tempo della stesura del testo definitivo del d. lgs. n. 303/2006, si è verosimilmente preso atto di come l'assenza nel ramo vita VI di componenti assicurative non possa comportare automaticamente la sua riconduzione all'ambito degli investimenti di natura finanziaria, invece sotteso alla definizione di prodotti finanziari⁽⁹⁾. In effetti, dietro la vicenda gestoria del patrimonio del fondo pensione vi è un complesso meccanismo finalizzato alla creazione di un pilastro previdenziale che si affianchi a quello rappresentato dal sistema pensionistico complementare e che, dunque, impedisce ogni assimilazione allo svolgimento dei servizi di investimento, e più in generale all'offerta in sottoscrizione o al collocamento di prodotti finanziari. A ciò si aggiunga l'esistenza di una compiuta disciplina delle forme pensionistiche complementari, che si regge su regole volte a tute-

⁽⁸⁾ Cfr. art. 6, co. 3, d. lgs. n. 252/2005. Tuttavia, l. art. 7-bis, d.lgs. n. 252/2005 - aggiunto dall'art. 4, d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 28 - prevede quanto segue «1. I fondi pensione che coprono rischi biometrici, che garantiscono un rendimento degli investimenti o un determinato livello di prestazioni devono dotarsi, nel rispetto dei criteri di cui al successivo co. 2, di mezzi patrimoniali adeguati in relazione al complesso degli impegni finanziari esistenti, salvo che detti impegni finanziari siano assunti da soggetti gestori già sottoposti a vigilanza prudenziale a ciò abilitati, i quali operano in conformità alle norme che li disciplinano. 2. Con regolamento del Ministero dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia e l'Isvap, sono definiti i principi per la determinazione dei mezzi patrimoniali adeguati in conformità con quanto previsto dalle disposizioni comunitarie e dall'articolo 29-bis, comma 3, lett. a), n. 3), della legge 18 aprile 2005, n. 62. Nel regolamento sono, inoltre, definite le condizioni alle quali una forma pensionistica può, per un periodo limitato, detenere attività insufficienti. 3. La Covip può, nei confronti delle forme di cui al co. 1, limitare o vietare la disponibilità dell'attivo qualora non siano stati costituiti i mezzi patrimoniali adeguati in conformità al regolamento di cui al co. 2. Restano ferme le competenze delle autorità di vigilanza sui soggetti gestori». Sulla portata della "novella" legislativa, di derivazione comunitaria, sia consentito il rinvio a G. MARTINA, *Fondi pensione chiusi e gestione dei rischi*, Milano, 2008, pp. 108 ss., 138 ss., 161 ss., 181 ss.

⁽⁹⁾ All'indomani dell'inserimento dell'art. 25-bis nel testo unico della finanza, una parte della dottrina ne aveva invece sostenuto la natura di contratto di investimento di natura finanziaria: G. ALPA, *I prodotti assicurativi finanziari*, in *Il nuovo codice delle assicurazioni private. Commento sistematico*, a cura di S. Amoroso e L. Desiderio, Milano, 2006, p. 93 ss. Prima delle più recenti innovazioni legislative erano orientati nella stessa direzione M. MIOLA, *Il risparmio assicurativo*, cit., p. 179 ss.; R. COSTI, L. ENRIQUES, *Il mercato mobiliare*, cit., p. 46. In argomento v. inoltre M. IRRERA, *L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, nel *Tratt. dir. comm.* diretto da G. Cottino, X, Padova, 2011, p. 434 ss.

lare le peculiari esigenze di cui sono portatori quanti decidano di aderire al sistema pensionistico complementare, esigenze che si presentano senza dubbio diverse dai bisogni manifestati dai risparmiatori nel momento dell'investimento in prodotti finanziari⁽¹⁰⁾. D'altro canto, a fronte delle differenti regole - recate dal d. lgs. n. 252/2005 - sta una diversa Autorità di vigilanza, la Covip - una delle ultime nate nell'ambito dei mercati *lato sensu* finanziari - a riprova della necessità di assegnare a ciascuna Autorità la vigilanza su un "ordinamento settoriale" che si distingue in ragione delle esigenze che in esso si manifestano. Né i termini della questione erano destinati a cambiare con la soppressione di Covip ed Isvap, che dopo un "letargo" di più di cinque anni dal disegno di legge approvato dal Consiglio dei Ministri del Governo presieduto da Romano Prodi⁽¹¹⁾ era stata realizzata con l'art. 13 d.l. 6 luglio 2012, n. 95, «Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica, con invarianza dei servizi ai cittadini». Infatti, l'attribuzione dei compiti e delle competenze delle Autorità sopresse al costituendo Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni e sul risparmio previdenziale (Ivarp) - che doveva intendersi richiamato in ogni ipotesi di riferimento legislativo a Covip e Isvap (art. 13, co. 42, d.l. n. 95/2012) - non avrebbe eliminato le specificità dei settori vigilati, che rispondono all'esigenza di mantenere distinti i modi e le forme della protezione da garantire a risparmiatori che siano portatori di peculiari bisogni. La diversa architettura delle Autorità di vigilanza del settore finanziario che si andava profilando ha avuto, tuttavia, una brevissima durata: la legge di conversione 7 agosto 2012, n. 135 per un verso istituisce l'Ivass (Istituto di vigilanza per le assicurazioni, dal 1° gennaio 2013 succeduto in tutti i poteri, le funzioni e le competenze dell'Isvap, presieduto dal Direttore Generale della Banca d'Italia) allo scopo di garantire la piena integrazione dell'attività di vigilanza assicurativa attraverso un più stretto collegamento con quella bancaria, per altro verso tace riguardo alla Covip, che dunque continua ad assolvere alla funzione di vigilanza sulle forme pensionistiche complementari.

Un'altra fattispecie non figurante nella definizione di prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione è costituita dalle polizze vita rivalutabili di ramo I. Ricordiamo che il ramo vita I è quello tipicamente caratterizzato dall'assunzione di un rischio demografico, comportando l'obbligo per l'assicuratore di «pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana», secondo il paradigma

⁽¹⁰⁾ Per maggiori approfondimenti sul tema sia consentito il rinvio a G. MARTINA, *Fondi pensione chiusi e gestione dei rischi*, cit., p. 42 ss.

⁽¹¹⁾ In argomento v. R. SANTAGATA, *La soppressione dell'ISVAP nei progetti di riforma delle Autorità indipendenti*, in *Ass.*, 2007, I, p. 203 ss.

contrattuale dell'art. 1882 c.c. Vi è però da dire che, in aggiunta alla prestazione certa dedotta nel contratto, si può assistere ad un'ulteriore prestazione che varia in ragione del rendimento di una gestione separata e che, pertanto, è alla base della rivalutazione che connota la polizza. È in tal caso indubbia la forte presenza di una componente finanziaria: e tuttavia, il contratto continua a mantenere una prevalente indole assicurativa giacché la prestazione dell'assicuratore al verificarsi dell'evento attinente alla vita umana è fuori discussione, mentre l'andamento della gestione separata potrebbe di fatto frustrare la rivalutazione, senza tuttavia mai intaccare la somma assicurata⁽¹²⁾. Detto in altri termini, la prevalenza della funzione previdenziale dell'art. 1882 c.c. sulla funzione di investimento di natura finanziaria - pure presente - ha fatto la differenza, suggerendo al legislatore di mantenere in un contesto tipicamente assicurativo la polizza rivalutabile di ramo I.

Del tutto pacifica appare l'assenza di ogni riferimento ai rami vita II e IV nella definizione della lett. *w-bis*) dell'art. 1 t.u.f. Nel ramo II ricorre la tipica componente assicurativa data dall'obbligo per l'impresa di assicurazione di corrispondere una rendita o un capitale al verificarsi di quei particolari eventi attinenti alla vita umana quali sono il matrimonio e la nascita⁽¹³⁾. Similmente il ramo IV - assicurazione malattia e assicurazione contro il rischio di non autosufficienza garantite mediante contratti di lunga durata, non rescindibili - si muove all'insegna di un'indubbia assicuratività, comportando la traslazione sull'impresa di assicurazione del rischio di non autosufficienza, per invalidità grave dovuta a malattia o a infortunio o a longevità. Più precisamente, si è ravvisata la differenza del ramo vita IV dalle coperture simili rientranti nei rami danni infortuni e malattia innanzi tutto nella durata della copertura, e in secondo luogo «nel fatto che il contratto non può essere sciolto ad iniziativa dell'assicuratore, salvo che in casi speciali i quali devono essere previsti nella polizza»⁽¹⁴⁾.

⁽¹²⁾ Allo scopo di sottolineare l'elaborazione normativa sulla materia, vale la pena ricordare la *Relazione ministeriale* che accompagnava lo schema poi tradottosi nel d.lgs. n. 303/2006, nel punto in cui precisava: «non appare di pronta, verificabile e certa applicazione un criterio in grado di valutare la prevalenza dell'una o dell'altra componente», finanziaria ed assicurativa, ritenendosi «quindi di non ricomprendere entro la definizione di prodotto finanziario le polizze di ramo I». Sulle polizze rivalutabili v. G. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna, 1992, p. 49; A. ANTONUCCI, *L'assicurazione fra impresa e contratto*, Bari, 2000, p. 197 ss.; M. IRRERA, *op. cit.*, p. 440 ss.

⁽¹³⁾ In argomento v. M.S. SPOLIDORO, *Commento sub art. 2*, in *La nuova disciplina dell'impresa di assicurazione sulla vita in attuazione della terza direttiva*, a cura di G. Partesotti e M. Ricolfi, Padova, 2000, p. 52 ss., spec. p. 55.

⁽¹⁴⁾ M.S. SPOLIDORO, *op. cit.*, p. 62 s. Sul ramo vita IV v. inoltre G. VOLPE PUTZOLU, *L'evol-*

Esaminate le ragioni che hanno suggerito al legislatore di evitare l'inserimento dei rami vita I, II, IV e VI nella definizione di prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione, rimane ora da soffermarsi sui motivi che hanno portato all'inclusione dei rami vita III e V, sulle caratteristiche dei quali non abbiamo sinora indagato.

Secondo la nozione dell'art. 2, co. 1, le operazioni del ramo vita III sono le assicurazioni, di cui ai rami I e II, le cui prestazioni principali sono direttamente collegate al valore di quote di organismi di investimento collettivo del risparmio o di fondi interni ovvero a indici o ad altri valori di riferimento. Si tratta di polizze - meglio conosciute come *Unit linked* e *Index linked* - in cui la prestazione dell'assicuratore può variare in ragione del rendimento dell'organismo di investimento collettivo del risparmio ovvero dell'andamento dell'indice o dell'altro valore preso a riferimento, con la conseguenza di rendere incerta la stessa possibilità per l'assicurato di soddisfare i bisogni che insorgano al verificarsi degli eventi attinenti alla vita umana individuati nei rami vita I e II. Si assiste così alla traslazione del rischio dell'investimento sull'assicurato, che altera in radice la funzione previdenziale storicamente assegnata al contratto di assicurazione sulla vita dall'art. 1882 c.c., esponendo l'assicurato all'eventualità di dover fronteggiare situazioni ontologicamente estranee - ed anzi diametralmente opposte - a quelle proprie di una genuina polizza assicurativa⁽⁴⁵⁾. Ed i più recenti interventi dell'Isvap

zione delle assicurazioni sulla vita: problemi giuridici, in *Ass.*, 1997, I, p. 31 ss.; A. LUBERTI, *Funzione finanziaria e previdenziale dei prodotti assicurativi: riflessi in ordine alla regolamentazione e alla vigilanza*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2008, I, p. 65 ss.

⁽⁴⁵⁾ Com'è stato osservato in dottrina, l'assicurato non può contare su una prestazione certa e determinata nell'ammontare, giacché partecipa al rischio di investimento, a meno che il contratto non preveda una garanzia minima, che tuttavia è solo eventuale: G. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni*, cit., p. 50. La medesima dottrina ha tuttavia pure sostenuto il permanere del rischio demografico, cioè del «rischio dello scostamento dell'andamento demografico della popolazione assicurata dalla ipotesi demografica a base del calcolo del premio e delle somme assicurate»: *Ibidem*. Sotto altro profilo, va notato che, al verificarsi dell'evento attinente alla vita umana, l'assicuratore potrebbe non essere obbligato nei confronti dell'assicurato nel caso in cui il fondo (*unit*) o l'indice (*index*) non abbiano raggiunto nel corso del rapporto contrattuale un risultato positivo. Si possono spiegare così le ragioni per le quali altra parte della dottrina ritiene le *Index* e le *Unit* «sostanzialmente carenti di copertura del rischio demografico»: A. GAMBINO, *La responsabilità e le azioni privatistiche nella distribuzione dei prodotti finanziari di matrice assicurativa e bancaria*, in *Ass.*, 2007, I, p. 195. Parimenti condivisibili sono i motivi che hanno indotto la stessa dottrina a ritenere i contratti del ramo vita III fuori dalla logica dell'assicurazione sulla vita in senso stretto, logica ricavabile dall'art. 1882 c.c. e che si connota per una ben diversa esigenza, dare sicurezza in relazione a «bisogni essenziali legati alla durata della vita umana»: A. GAMBINO, *Note critiche sulla bozza del codice delle assicurazioni private*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 1039. In argomento cfr. M. STELLA RICHTER jr., *op. cit.*, p. 668, spec. nt. 11, il quale evidenzia l'estraneità alla tipica funzione assicurativa delle polizze *Unit* ed *Index* anche

finalizzati a contenere un'eccessiva "deriva" finanziaria di tali polizze, soprattutto delle più pericolose, e maggiormente esposte ai rovesci dei mercati finanziari, *Index linked*⁽¹⁶⁾ - non valgono a recuperare completamente la loro natura assicurativa, sulla quale prevale invece quella speculativa. In questa prospettiva del tutto condivisibile è la scelta del legislatore di includere le *Unit* e le *Index* nei prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione, alla luce dell'esigenza di ridurre ad unità sul piano giuridico - tanto sostanziale quanto processuale - fattispecie accomunate dalla medesima causa contrattuale.

Differenti sono le ragioni che stanno alla base dell'inserimento nella definizione della lett. *w-bis* dell'art. 1 t.u.f. delle operazioni di capitalizzazione (ramo vita V). Per una loro migliore comprensione, occorre rifarsi alla definizione dell'art. 179 cod. ass., che qualifica la capitalizzazione come il contratto mediante il quale l'impresa di assicurazione si impegna, senza convenzione relativa alla durata della vita umana, a pagare somme determinate al decorso di un termine prestabilito in corrispettivo di premi, unici o periodici, che sono effettuati in denaro o mediante altre attività. Differentemente da quanto poco prima visto con riferimento al ramo III, nella capitalizzazione il rischio di investimento è totalmente a carico dell'impresa di assicurazione, che è obbligata ad adempiere indipendentemente dal risultato della gestione delle risorse in cui ha investito i premi versati dall'assicurato. Nondimeno, a tracciare un solco profondo tra il ramo vita V e il contratto di assicurazione di cui all'art. 1882 c.c. è la mancanza nel primo di ogni convenzione relativa

quando l'assicuratore assuma l'obbligo di restituzione del capitale o di un rendimento minimo; M. MIOLA, *Il risparmio assicurativo*, cit., p. 42 ss.; G. VOLPE PUTZOLU, *Le polizze Unit linked e Index linked*, in *Ass.*, 2000, I, p. 233 ss.; M.S. SPOLIDORO, *op. cit.*, p. 52 ss., spec. p. 56 ss. La natura finanziaria di tali operazioni era già stata sostenuta da A. GAMBINO, *Mercato finanziario, attività assicurativa e risparmio previdenziale*, in *Giur. comm.*, 1989, I, p. 22 s.; ID., *La prevenzione nelle assicurazioni sulla vita e nuovi prodotti assicurativo-finanziari*, in *Ass.*, 1990, I, p. 39; ID., *Linee di frontiera tra operazioni di assicurazione e bancarie e nuove forme tecniche dell'assicurazione mista sulla vita a premio unico*, in *Ass.*, 1993, p. 160. Cfr. inoltre: V. LEMMA, *Commento sub art. 41, in Il codice delle assicurazioni private*, cit., I, 1, p. 349 ss., spec. p. 351 ss.; P. CORRIAS, *Previdenza, risparmio ed investimento nei contratti di assicurazione sulla vita*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 89 ss., spec. p. 95 ss. Una particolare rilevanza assume inoltre la posizione su cui si è attestata una parte della giurisprudenza, che ha escluso la pignorabilità e la sequestrabilità di cui all'art. 1923 c.c. delle polizze vita *Index linked*, in quanto la loro causa giuridica non è assicurativa: Trib. Parma, 10 agosto 2010, n. 1107, in *Ass.*, 2010, p. 781 ss., in *Dir. econ. ass.*, 2011, p. 710 ss., con nota F. SCETTINO, in *Nuova giur. civ.*, 2011, I, p. 189 ss., con nota C. PALMENTOLA, in *Società*, 2011, p. 55 ss., con nota E. GUFFANTI, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 868 ss., con nota L. BUGIOLACCHI, in *Giur. it.*, 2011, p. 1560 ss., con nota P. GOBIO CASALI. Per una più ampia rassegna giurisprudenziale in tema di *Index linked* v. M. BET, *Le linked life policies*, in *Società*, 2012, p. 318 ss.

⁽¹⁶⁾ Si veda il regolamento dell'Isvap dell'11 giugno 2009.

alla durata della vita umana, e dunque l'assenza di rischi di natura demografica. Chi stipuli un contratto di capitalizzazione non è pertanto mosso dalla volontà di soddisfare bisogni che insorgeranno al verificarsi di un accadimento relativo alla propria o altrui vita; al contrario, il suo obiettivo è quello di impiegare i propri risparmi garantendosi un rendimento certo allo scadere di un arco temporale, comunque non inferiore a cinque anni⁽¹⁷⁾. La distanza dalla finalità previdenziale intorno alla quale ruota il contratto di assicurazione di cui all'art. 1882 c.c. non potrebbe risultare più marcata; e così, per arrivare alla capitalizzazione come forma di investimento – possiamo aggiungere, investimento sicuro – di natura finanziaria il passo è stato breve.

3. I motivi dell'esclusione dalla definizione delle forme pensionistiche individuali

La definizione di prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione non si esaurisce nel riferimento ai contratti e alle operazioni dei rami vita III e V: la lett. *w-bis* prosegue escludendo dalla definizione le forme pensionistiche individuali di cui all'art. 13, co. 1, lett. *b*), d. lgs. n. 252/2005, *id est* i contratti di assicurazione sulla vita, stipulati con imprese di assicurazione, e che siano corredati da un regolamento, redatto in base alle direttive impartite dalla Covip e dalla stessa preventivamente approvato, recante disposizioni circa le modalità di partecipazione, il trasferimento delle posizioni individuali verso altre forme pensionistiche, la comparabilità dei costi e dei risultati di gestione e la trasparenza dei costi e delle condizioni contrattuali, nonché le modalità di comunicazione, agli iscritti e alla Covip, delle attività della forma pensionistica e della posizione individuale (art. 13, co. 3, d. lgs. n. 252/2005). La *ratio* sottostante alla scelta del legislatore di escludere dalla definizione i rami delle assicurazioni sulla vita III e V quando attuino forme pensionistiche complementari è da ricercare, ancora una volta, nella causa del contratto. Infatti, ove i contratti e le operazioni dei rami vita III e V divenissero

⁽¹⁷⁾ Per il contratto di capitalizzazione v. A. ANTONUCCI, *Capitalizzazione (contratto di)* (voce), in *Enc. giur.*, V, Roma, 1998, p. 1 ss.; A. CANDIAN, *op. cit.*, p. 2601 ss.; C. GANDINI, *Commento sub art. 40*, in *La nuova disciplina dell'impresa di assicurazione sulla vita in attuazione della terza direttiva*, cit., p. 381 ss.; P. CORRIAS, *I contratti di assicurazione sulla vita e di capitalizzazione*, in *Il nuovo codice delle assicurazioni*, cit., p. 145 ss.; *Id.*, *Commento sub art. 179*, in *Il codice delle assicurazioni private*, cit., II, 2, p. 145 ss.; *Id.*, *I contratti di assicurazione dei rami vita nel nuovo codice delle assicurazioni private*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, p. 238 ss.; *Id.*, *Previdenza, risparmio ed investimento nei contratti di assicurazione sulla vita*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 100 ss.; *Id.*, *Contratto di capitalizzazione*, cit., *passim*.

strumenti di attuazione di una forma pensionistica complementare, non sarebbe più possibile scorgere quella forma di investimento di natura finanziaria che sta invece alla base della scelta del legislatore di includere i rami stessi nella definizione di prodotti finanziari. Nella differente ipotesi delle forme pensionistiche individuali, la causa del contratto di assicurazione è sicuramente previdenziale: non siamo però in presenza della “generica” causa previdenziale di cui al paradigma assicurativo dell’art. 1882 c.c., bensì della “specificata” causa previdenziale propria dei contratti che realizzino un pilastro previdenziale complementare⁽¹⁸⁾. Con la conseguenza di rendere del tutto ingiustificata l’applicazione delle regole – segnatamente, quelle degli artt. 21 e 23 t.u.f. – che, come già detto, sono da leggere in chiave di tutela di un investitore, non già di un soggetto che guardi con lungimiranza al suo futuro stato di pensionato. Alla protezione di questo secondo soggetto provvede invece la disciplina delle forme pensionistiche complementari di cui al d. lgs. n. 252/2005 (segnatamente, cfr. gli artt. 18, co. 2, e 19, co. 2, lett. a), che peraltro individua l’Autorità competente nella Covip, non già nella Consob⁽¹⁹⁾, secondo la nota regola della vigilanza per finalità che si è andata affermando con vigore ancor maggiore che in passato in virtù dell’emanazione della legge sulla tutela del risparmio, nella quale è d’altro canto espressamente prevista la competenza della Covip in tema di vigilanza sul rispetto dei principi di trasparenza delle forme pensionistiche complementari (art. 25, co. 3, l. n. 262/2005)⁽²⁰⁾.

⁽¹⁸⁾ In argomento, v. M. PERSIANI, *La previdenza complementare tra iniziativa sindacale e mercato finanziario*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 741, ed in senso adesivo P. CORRIAS, *Previdenza, risparmio ed investimento nei contratti di assicurazione sulla vita*, cit., p. 90 ss. In giurisprudenza v. Cass., 31 marzo 2008, n. 8271, in *Giur. it.*, 2008, p. 1699, con nota di M. SPIOTTA; Cass., 26 giugno 2000, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1603. *Le due sentenze escludono la possibilità per il curatore fallimentare di agire nei confronti dell’assicuratore per ottenere il valore di riscatto di una polizza sulla vita stipulata dal fallito, in quanto tale rapporto assolve ad una funzione previdenziale e come tale è estraneo al fallimento. Il fine previdenziale non sarebbe invece raggiunto ove l’assicurato, mediante l’esercizio del recesso ad nutum, recuperi al suo patrimonio somme che realizzano uno scopo di risparmio, totalizzando in tal caso il recedente risorse monetarie recuperate dai premi versati.*

⁽¹⁹⁾ Sul coordinamento tra i *regulators* della previdenza complementare si veda S. AMOROSINO, *Il contesto “sistemico” dei rapporti tra prodotti della previdenza complementare ed assicurazioni*, in *Previdenza complementare ed imprese di assicurazione* a cura di P. Corrias e G. Racugno, Milano, 2010, p. 123 ss.

⁽²⁰⁾ Sia consentito il rinvio a G. MARTINA, *Competenze in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali dei prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione e dei fondi pensione*, in *La tutela del risparmio nella riforma dell’ordinamento finanziario*, cit., p. 509 ss., spec. p. 514 ss. Sul tema dell’offerta al pubblico di piani individuali pensionistici, si veda: P. MARANO, *L’offerta al pubblico di fondi pensione aperti e PIP e la disciplina sull’intermediazione assicurativa*, in *Previdenza complementare ed imprese di assicurazione*, cit., p. 47 ss.

Per altro verso, la forma di tutela accordata all'assicurato non sarebbe rimessa ad un suo opportunistico calcolo basato sulla disciplina a lui più favorevole, ma discenderebbe dal contenuto del contratto che, se volto ad attuare un piano pensionistico individuale - come poc'anzi accennato - sarebbe corredato da un regolamento, parte integrante del contratto medesimo, redatto in base a direttive impartite dalla Covip e da questa preventivamente approvato entro gli stessi termini fissati per il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività dei fondi pensione⁽²¹⁾. Alle forme pensionistiche individuali trovano inoltre applicazione le norme relative al finanziamento, alle prestazioni e al trattamento tributario delle forme pensionistiche collettive (art. 13, co. 1, d.lgs. n. 252/2005).

Come i rilievi sin qui svolti confermano, si è dunque assistito ad un lento, ma inesorabile - e pienamente condivisibile⁽²²⁾ - cammino normativo approdato alla regola della vigilanza per prodotto, non più per soggetto.

Abbiamo altresì ricordato che la Covip era chiamata a redigere il regolamento di cui devono essere corredati i contratti assicurativi che realizzino forme pensionistiche individuali. La Commissione è sul punto da tempo intervenuta con lo schema di regolamento deliberato il 31 ottobre del 2006, precisando che i contratti delle assicurazioni sulla vita a tal scopo utilizzabili sono quelli del ramo I e del ramo III, ma in tal caso soltanto *sub specie* di *Unit linked*⁽²³⁾. Due rilievi si impongono

(21) Cfr. art. 4, co. 3, richiamato dall'art. 13, co. 3, d.lgs. n. 252/2005.

(22) Una parte della dottrina ha ritenuto discutibile la scelta del legislatore di isolare dalla definizione di prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione le operazioni dei rami vita III e V, se preordinati all'attuazione di forme pensionistiche individuali, giacché idonea a rappresentare un disincentivo per il lavoratore che intenda destinare i propri accantonamenti nella previdenza assicurativa e che si veda privato della possibilità di « accedere alle tutele che il sistema predispone in generale per il risparmiatore investitore »: A. NIUTA, *L'abrogazione dell'art. 100, co. 1, lett. f) e le previsioni del nuovo art. 100-bis t.u.f. nella c.d. "legge sul risparmio" (l. 28 dicembre 2005, n. 262) e nel "correttivo" (d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303): una proposta di ricostruzione sistematica*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2007, I, p. 11 ss., spec. p. 25, nt. 65. Il lavoratore che destini i propri accantonamenti in forme pensionistiche individuali realizzate mediante contratti di assicurazione con connotazione finanziaria, tuttavia, è mosso dalla finalità (non tanto di investire quanto) di assicurare a sé maggiori livelli di copertura previdenziale. Peraltro, come dimostra la disciplina della trasparenza dettata in materia di previdenza complementare, la tutela del lavoratore si realizza anche mediante la comparabilità delle varie forme pensionistiche cui può accedere, le quali risultano maggiormente confrontabili quando unica sia la disciplina cui sono soggette ed unica sia l'Autorità cui è affidato il controllo sulla trasparenza. Ponendosi in questa prospettiva, la scelta del legislatore non pare risultare censurabile.

(23) L'opzione esercitata dalla Covip è stata confermata dall'art. 8 del regolamento dell'Isvap n. 21 del 28 marzo 2008, concernente i principi attuariali e le regole applicative per la determinazione delle tariffe e delle riserve tecniche dei rami vita. In particolare, si prevede che « le imprese possono realizzare forme pensionistiche individuali mediante contratti di

relativamente al mancato rinvio sia al ramo V sia al ramo III nella forme di *Index linked*. Il ricorso al ramo vita V è stato escluso come strumento di realizzazione di una forma pensionistica individuale per la mancanza di convenzioni relative alla durata della vita umana: questo suo modo di atteggiarsi mal si concilia – di più, non si concilia affatto – con l’obiettivo perseguito mediante la creazione di una forma pensionistica complementare la quale, come in altre occasioni puntualizzato, risponde all’esigenza di soddisfare bisogni invece relativi ad un evento legato alla vita umana, qual è la sopravvivenza oltre la data del pensionamento. Diversa, ma agevolmente intuibile, è la motivazione che ha suggerito alla Covip di escludere l’utilizzabilità delle polizze *Index linked*: la loro maggiore pericolosità – peraltro confermata dalla crisi dei mercati finanziari⁽²⁴⁾ – che collide con la finalità insita nel sistema pensionistico complementare, e che rischierebbe di vanificare gli sforzi compiuti dal risparmiatore accantonando somme da destinare alla forma pensionistica individuale prescelta.

4. Le più rilevanti conseguenze sul piano normativo

Non è possibile chiudere questo *tour d’horizon* sui prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione senza accennare ad altre norme cui gli stessi hanno finito con l’essere assoggettati in ragione della loro indole finanziaria, ed inoltre a taluni momenti disciplinari a cui per converso essi si sottraggono.

Muovendo dalle ulteriori disposizioni che trovano applicazione, ricordiamo in rapida sequenza la disciplina dell’offerta fuori sede di prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione da parte dei soggetti abilitati, della loro promozione del loro collocamento a distanza – di cui rispettivamente agli artt. 30 e 32 t.u.f. – nonché le regole che governano l’offerta al pubblico di prodotti finanziari, ora operanti anche rispetto a quelli emessi dalle compagnie di assicurazione per effetto dell’espunzione dell’originario testo dell’art. 100, co. 1, lett. f), t.u.f., che in passato conteneva un’espressa esenzione.

Più precisamente, l’applicazione ai prodotti finanziari emessi dalle

assicurazione sulla vita con prestazioni rivalutabili collegate a gestioni interne separate o mediante contratti di assicurazione *unit linked* oppure mediante contratti che offrono l’abbinamento delle tipologie contrattuali sopradescritte».

⁽²⁴⁾ Sul tema v. N. SALANITRO, *Prodotti finanziari assicurativi collegati ad obbligazioni Lehman Brothers*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, I, p. 491 ss.

imprese di assicurazione della disciplina relativa all'offerta fuori sede⁽²⁵⁾ pone il problema del coordinamento della regola contenuta nell'art. 30, co. 6, t.u.f. – che assegna all'investitore sette giorni di tempo per esercitare il diritto di recesso da un contratto concluso, ma la cui efficacia è sospesa – con il diverso principio espresso dall'art. 177 cod. ass. – secondo cui l'assicurato dispone di trenta giorni per sciogliere un contratto immediatamente efficace. L'antinomia è stata risolta in dottrina ricorrendo al criterio di specialità, propendendo in altri termini per l'operatività anche rispetto ai contratti dei rami vita III e V della regola contenuta nel testo unico della finanza che, «essendo riferita ai soli prodotti finanziari dell'impresa di assicurazione (promossi dai soggetti abilitati), riguarda una fattispecie munita di un elemento ulteriore rispetto a quella descritta dalla norma del codice delle assicurazioni, destinata indifferentemente alla generalità dei contratti dei rami vita (con esclusione del VI)⁽²⁶⁾». Differentemente dagli altri prodotti finanziari, quelli emessi dalle imprese di assicurazione sono inoltre assoggettati all'art. 176 cod. ass., e quindi alla regola della revocabilità della proposta relativa ad un contratto individuale di assicurazione sulla vita di cui ai rami I, II, III e V⁽²⁷⁾.

Come poc'anzi ricordato, nel testo originario dell'art. 100, co. 1, lett. f), t.u.f. venivano esclusi dall'applicazione della disciplina della sollecitazione anche i prodotti assicurativi. Con la successiva espunzione della lett. f), ad opera della legge sulla tutela del risparmio⁽²⁸⁾, continuava nondimeno a porsi il problema dell'individuazione dei prodotti emessi da

(25) Argomentando dall'art. 30, co. 9, t.u.f. – che estende l'applicazione della norma ai prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione «limitatamente ai soggetti abilitati» – in dottrina si circoscrive l'operatività della disciplina dell'offerta fuori sede di prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione al caso di offerta proveniente dalle imprese di investimento abilitate all'intermediazione assicurativa, di cui all'art. 83, co. 1, lett. b), Regolamento Intermediari della Consob. All'operatività dell'art. 30 t.u.f. si sottrarrebbero invece taluni offerenti quali le stesse imprese di assicurazione, gli agenti assicurativi ed i *brokers* che, nello svolgimento dell'attività promozionale e di collocamento, sarebbero invece assoggettati alla disciplina del codice delle assicurazioni private e dei regolamenti dell'Isvap: P. CORRIAS, *L'assicurato-investitore*, cit., p. 396, nota 31. In argomento v. inoltre M. MIOLA, *L'offerta fuori sede di prodotti finanziari assicurativi*, cit., p. 485 ss., il quale segnala la «disparità di trattamento degli investitori sul piano della tutela da cui essi sono assistiti, a seconda che i prodotti finanziari assicurativi siano offerti da imprese di assicurazione e dai relativi intermediari, ovvero da imprese di investimento abilitate, in quanto solo in questo caso troverà applicazione la disciplina degli artt. 30 ss. Tuf». Sulla distribuzione di prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione v. M. IRRERA, *op. cit.*, p. 436 ss.

(26) P. CORRIAS, *L'assicurato-investitore*, cit., p. 398 ss.

(27) *Ibidem*.

(28) Cfr. art. 11, co. 2, lett. b), l. n. 262/2005.

imprese di assicurazione da assoggettare alle norme che il testo unico della finanza dedicava alla sollecitazione. Ad aumentare le incertezze interpretative contribuiva il divieto contenuto nella legislazione comunitaria in materia assicurativa di imporre l'obbligo di pubblicazione di un prospetto preventivamente approvato o valutato dalle Autorità di settore⁽²⁹⁾. Da più parti si era così avvertita l'esigenza di circoscrivere l'obbligo di pubblicazione del prospetto ai prodotti assicurativi a prevalente contenuto finanziario, con esclusione dei prodotti puramente assicurativi⁽³⁰⁾, auspicando inoltre soluzioni che escludessero la preventiva approvazione della Consob⁽³¹⁾.

La definizione di prodotti finanziari emessi da un'impresa di assicurazione ora contenuta nell'art. 1, co. 1, lett. *w-bis*) t.u.f. sembra sul punto risolutiva, consentendo l'individuazione dei prodotti emessi dalle imprese di assicurazione da assoggettare alla disciplina del testo unico della finanza. D'altronde, l'attuale formulazione dell'art. 100, co. 1, lett. *f*), t.u.f. - frutto delle modifiche inserite dall'art. 3 d. lgs. 28 marzo 2007, n. 51 - non sembra modificare i termini della questione quale fin qui profilata. Essa contempla infatti tra i casi di esclusione, ed al ricorrere di certe condizioni, i prodotti bancari, senza a questi giustapporre, come invece nella versione storica della lett. *f*), quelli assicurativi⁽³²⁾. In questo

⁽²⁹⁾ R. COSTI, *Il mercato mobiliare*⁶, Torino, 2008, p. 60. Cfr. gli artt. 34, direttiva n. 2002/83/CE; e 186 cod. ass., il quale prevede l'interpello sulla nota informativa. Sul divieto di comunicazione sistematica e di approvazione preventiva nelle direttive assicurative, v. M. SIRI, *Trasparenza delle operazioni e tutela dell'assicurato nel codice delle assicurazioni e nella legge sulla tutela del risparmio, in Il nuovo codice delle assicurazioni*, cit, p. 385 ss., spec. p. 389 ss.

⁽³⁰⁾ A parere dell'ASSONIME, circolare n. 12/2006, p. 480, «in assenza di altre norme che espressamente escludano l'applicazione della disciplina sulla sollecitazione, l'abrogazione dell'esenzione suggerisce l'obbligo di pubblicazione del prospetto in caso di offerta al pubblico, da chiunque svolta, di prodotti assicurativi qualificabili come prodotti finanziari (ai sensi dell'art. 1, co. 1, lett. *f*), T.U.F.». Si veda sul punto anche la comunicazione Consob 7 aprile 2006, n. 6031585. L'esigenza del prospetto nel caso di sollecitazioni aventi ad oggetto prodotti emessi da imprese di assicurazione con contenuto finanziario era sostenuta da E. SABATELLI, *I prodotti misti assicurativi e finanziari*, in *Banche ed assicurazioni fra cooperazione e concorrenza*, a cura di A. Patroni Griffi e M. Ricolfi, Milano, 1997, p. 107 ss., spec. p. 119, ove ampi riferimenti bibliografici alla nota g. V. inoltre F. ANNUNZIATA, *Abusi di mercato e tutela del risparmio*, Torino, 2006, p. 99 s.

⁽³¹⁾ In tal senso A.N.I.A., *Indagine conoscitiva sulle questioni attinenti all'attuazione della Legge 262/2005 recante "Disposizioni a tutela del risparmio e della disciplina dei mercati finanziari"*, audizione del Presidente Fabio Cerchiai dinanzi la VI Commissione (Finanze e Tesoro) del Senato, 21 settembre 2006.

⁽³²⁾ Com'è stato in proposito precisato, «la nuova formulazione dell'art. 100 T.U.F. [...] non richiama più, ai fini dell'esenzione delle norme in tema di offerte pubbliche, i «prodotti assicurativi emessi da imprese di assicurazione», ma che le polizze tipicamente assicurative

contesto un particolare rilievo assume l'intervento della Consob che, con la delibera del 3 maggio 2007, n. 15915, ha integrato il Regolamento Emittenti anche mediante l'introduzione di una serie di disposizioni riguardanti i prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione, analiticamente disciplinati dagli artt. 29-34-*bis* dell'ultima versione del menzionato Regolamento. Segnatamente, le imprese di assicurazione italiane e quelle estere operanti nel territorio della Repubblica, sia in regime di stabilimento sia in regime di libera prestazione di servizi, contestualmente all'avvio dell'operazione, devono darne comunicazione alla Consob e pubblicare il prospetto informativo redatto in conformità all'apposita disciplina dettata dal suddetto Regolamento⁽³³⁾. Nella contestualità tra avvio dell'operazione e comunicazione alla Consob può in realtà scorgersi la preoccupazione di ottemperare alle prescrizioni comunitarie dettate in materia assicurativa che vietano agli Stati membri

(cioè quelle di cui agli altri rami vita, diversi dal ramo III e dal ramo V) non costituiscano comunque prodotti finanziari, si ricava ora a contrario dalla definizione di cui all'art. 1, 1 co., lett. *w-bis*»: E. RIGHINI, *L'offerta pubblica di vendita e di sottoscrizione di prodotti finanziari*, nel *Tratt. di dir. priv.* diretto da P. Rescigno, vol. 16, tomo III, Torino, 2011, p. 423 s.

⁽³³⁾ Cfr artt. 31 e 32 Regolamento Emittenti. In particolare, secondo l'art. 32: 1. «Il prospetto relativo all'offerta di prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione è costituito da:

- a) Scheda sintetica;
- b) Parte I - Informazioni sull'investimento;
- c) Parte II - Illustrazione dei dati periodici di rischio/rendimento e costi effettivi dell'investimento;

d) Parte III - Altre informazioni.

2. La scheda sintetica e le condizioni di contratto devono essere gratuitamente consegnate all'investitore prima della sottoscrizione della proposta di investimento. Le Parti I, II e III devono essere gratuitamente consegnate su richiesta dell'investitore. Relativamente ai prodotti finanziario-assicurativi di tipo unit linked ed ai prodotti finanziari di capitalizzazione, qualora siano previsti, sono consegnati su richiesta dell'investitore anche:

a) il regolamento dei fondi interni ovvero degli OICR cui sono collegate le prestazioni principali;

b) il regolamento della gestione interna separata;

c) la documentazione, analoga a quella suddetta, relativa ad altra provvista di attivi cui è correlato il rendimento dei prodotti.

3. Il prospetto d'offerta ed il modulo di proposta sono redatti secondo gli schemi 5, 6 e 7 di cui all'Allegato 1B.

4. In tutti i casi in cui le caratteristiche dei prodotti richiedano l'inserimento di informazioni ulteriori o equivalenti, gli offerenti comunicano alla Consob tali circostanze e i motivi tecnici sottesi contestualmente al deposito del prospetto. Tale inserimento non può riguardare l'informativa sulle caratteristiche essenziali del prodotto offerto inerenti alla tipologia, al regime dei costi, al profilo di rischio dello stesso e alla rivalutazione del capitale nei prodotti finanziari di capitalizzazione secondo quanto previsto dagli schemi 5, 6 e 7 di cui all'Allegato 1B.

5. Ove l'offerta abbia ad oggetto prodotti per i quali non sono previsti appositi schemi, la Consob stabilisce, su richiesta degli offerenti, il contenuto del prospetto».

di introdurre l'obbligo di pubblicazione di un prospetto preventivamente approvato⁽³⁴⁾, com'è confermato dall'esplicita sottrazione dell'offerta di prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione alla comunicazione preventiva e all'approvazione del prospetto da parte della Consob previste dall'articolo 94, co. 1, t.u.f.⁽³⁵⁾.

Il Regolamento Emittenti della Consob detta inoltre una disciplina relativa all'aggiornamento del prospetto informativo e agli obblighi informativi⁽³⁶⁾, anche di quelli discendenti dalle disposizioni comunitarie

(34) In argomento v. G. VOLPE PUTZOLU, *La distribuzione di prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione*, in *Ass.*, 2007, I, p. 179 ss., spec. p. 181; G. GRECO, *Commento sub art. 11*, in *La tutela del risparmio*, a cura di A. Nigro e V. Santoro, Torino, 2007, p. 158; C. CARLEVALE, *I prodotti finanziari assicurativi*, in *Ass.*, 2007, I, p. 651 ss., spec. p. 662 ss.

(35) Cfr. art. 34-ter, co. 8, Regolamento Emittenti.

(36) Ai sensi dell'art. 33, «*Aggiornamento del prospetto*»: «1. Ogni variazione delle informazioni contenute nel prospetto relativo a prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione in corso d'offerta comporta il suo tempestivo aggiornamento.

2. Ai fini di cui al co. 1, le imprese di assicurazione offerenti:

a) aggiornano le Parti I, II e III del prospetto ricorrendo, alternativamente, ad una delle seguenti modalità:

- sostituzione della parte soggetta a variazione del prospetto da ultimo pubblicato;

- integrazione del prospetto da ultimo pubblicato con un supplemento redatto secondo criteri volti ad assicurare una agevole comparazione delle informazioni modificate con quelle preesistenti;

b) aggiornano la scheda sintetica e le condizioni di contratto mediante la sostituzione della versione da ultimo pubblicata.

3. Le imprese di assicurazione danno tempestiva notizia nel proprio sito internet degli aggiornamenti di cui al co. 2.

4. Fatte salve le disposizioni dei commi 1 e 2, l'aggiornamento dei dati periodici di cui alla scheda sintetica e alla Parte II del prospetto deve essere effettuato entro il mese di marzo di ciascun anno. Entro il medesimo termine le Parti I, II e III del prospetto devono essere aggiornate con le informazioni contenute nel supplemento di cui al co. 2, lettera a), secondo alinea.

5. Relativamente ai prodotti finanziari di capitalizzazione, il cui rendimento è correlato all'andamento di una gestione separata ovvero di altra provvista di attivi, l'aggiornamento di cui al co. 4 deve essere effettuato con riferimento ai dati relativi all'ultimo periodo di rilevazione previsto nelle condizioni di contratto.

6. Qualora le imprese offerenti aggiornino il prospetto ai sensi del co. 2, lettera a), primo alinea, e risulti pubblicato un supplemento in corso di validità che contiene variazioni alla parte del prospetto oggetto di aggiornamento, la parte del prospetto aggiornata sostituisce il supplemento recependo tali variazioni. Nel caso in cui il supplemento contenga anche variazioni inerenti a parti del prospetto non interessate dall'aggiornamento, gli offerenti procedono ad un contestuale aggiornamento del prospetto secondo una delle modalità di cui al co. 2, lettera a), al fine di tener conto di tali ulteriori variazioni.

7. Nel caso in cui le Parti I, II e III del prospetto siano state aggiornate ai sensi del co. 2, lettera a), secondo alinea, le imprese di assicurazione possono ricorrere alla medesima modalità di aggiornamento in relazione ad ulteriori variazioni delle parti del prospetto. In tal caso, il nuovo supplemento sostituisce quello da ultimo pubblicato, non potendo sussistere più di un supplemento in corso di validità.

8. Il prospetto aggiornato ai sensi dei commi precedenti ovvero il supplemento di aggiornamento sono contestualmente pubblicati secondo le modalità previste dall'articolo 31.

9. *Il modulo di proposta è soggetto ad autonomo e tempestivo aggiornamento nel caso di variazione delle informazioni in esso contenute. La versione aggiornata del modulo di proposta è trasmessa alla Consob secondo la modalità indicata all'articolo 31, co. 1, lettera a)*».

Dispone poi l'art. 34, «*Obblighi informativi*»: «1. *Le imprese di assicurazione offerenti pubblicano su almeno un quotidiano a diffusione nazionale e nel proprio sito internet:*

a) *il valore unitario della quota del fondo interno ovvero della quota o azione dell'OICR cui sono direttamente collegate le prestazioni dei prodotti finanziario-assicurativi di tipo unit linked, calcolato con la periodicità richiesta dal regolamento o dallo statuto, unitamente alla data cui si riferisce la valorizzazione;*

b) *il valore dell'indice o dell'altro valore di riferimento cui sono direttamente collegate le prestazioni dei prodotti finanziario-assicurativi di tipo index linked, unitamente alla data cui si riferisce la valorizzazione, alla denominazione dell'indice, dell'altro valore di riferimento o dell'attività finanziaria e ad uno o più indicatori di mercato del rischio di credito dell'emittente o del garante.*

2. *L'obbligo di cui al co. 1, lettera a), deve essere adempiuto entro il terzo giorno lavorativo successivo alla data di valorizzazione della quota o azione. Gli obblighi di cui al co. 1 si intendono assolti qualora la pubblicazione sia già stata effettuata in conformità alle disposizioni del regolamento o dello statuto degli OICR, ovvero ai sensi dell'articolo 22, co. 3, nonché nell'ipotesi in cui alla pubblicazione del valore dell'indice o dell'altro valore di riferimento cui sono direttamente collegate le prestazioni dei prodotti finanziario-assicurativi di tipo index linked provveda un soggetto diverso dall'impresa offerente. In tal caso, le imprese di assicurazione indicano nel proprio sito internet le modalità per il reperimento di tali informazioni.*

3. *Le imprese di assicurazione offerenti prodotti finanziario-assicurativi di tipo unit linked e prodotti finanziari di capitalizzazione rendono disponibili nel proprio sito internet, consentendone l'acquisizione su supporto duraturo, e mantengono costantemente aggiornati, ove siano previsti:*

a) *il prospetto, i rendiconti periodici e il regolamento del fondo interno o dell'OICR cui sono direttamente collegate le prestazioni principali dei prodotti;*

b) *il regolamento, il rendiconto annuale e il prospetto annuale della composizione della gestione interna separata;*

c) *la documentazione, analoga a quella suddetta, relativa ad altra provvista di attivi cui è correlato il rendimento dei prodotti.*

4. *Le imprese di assicurazione offerenti comunicano tempestivamente ai contraenti le variazioni delle informazioni contenute nel prospetto concernenti le caratteristiche essenziali del prodotto, tra le quali la tipologia, il regime dei costi, il profilo di rischio del prodotto e la rivalutazione del capitale nei prodotti finanziari di capitalizzazione.*

5. *I dati periodici aggiornati contenuti nella Parte II del prospetto e le variazioni delle informazioni contenute nel prospetto, diverse da quelle indicate al co. 4 e al co. 1 dell'articolo 34-bis, sono comunicati ai contraenti entro il mese di febbraio di ciascun anno.*

6. *Relativamente ai prodotti finanziari di capitalizzazione, il cui rendimento è correlato all'andamento di una gestione separata ovvero di altra provvista di attivi, la comunicazione di cui al co. 5 è effettuata con riferimento ai dati relativi all'ultimo periodo di rilevazione previsto nelle condizioni di contratto.*

7. *Relativamente ai prodotti finanziario-assicurativi di tipo unit linked o ai prodotti finanziari di capitalizzazione, sono comunicate tempestivamente ai contraenti le informazioni relative ai fondi o comparti di nuova istituzione ovvero gestioni interne separate ovvero altre provviste di attivi di nuova istituzione non contenute nel prospetto inizialmente pubblicato.*

8. *A fini dell'assolvimento degli obblighi previsti dai commi 4, 5, 6 e 7 possono essere*

in materia di assicurazioni sulla vita⁽³⁷⁾. Mette poi conto sottolineare l'inapplicabilità alle offerte relative a prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione dell'articolo 101, co. 1, t.u.f. e - sempre in relazione all'attività pubblicitaria - la trasmissione alla Consob dei messaggi pubblicitari relativi a prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione solo su richiesta di questa⁽³⁸⁾, coerentemente con la legislazione comunitaria in materia assicurativa che, oltre all'approvazione preventiva, vieta la comunicazione sistematica delle condizioni generali e speciali delle polizze⁽³⁹⁾.

Si è già detto di taluni momenti disciplinari a cui i prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione si sottraggono: in particolare, essi non paiono ora soggetti alla disciplina degli obblighi di informazione, dell'interpello nonché della pubblicità dell'art. 185 cod. ass., come è dato ricavare dal Regolamento n. 35 emanato dall'Isvap il 26 maggio 2010 che - accogliendo l'auspicio di un intervento chiarificatore delle Autorità di vigilanza formulato all'indomani dell'emanazione della legge sulla tutela del risparmio⁽⁴⁰⁾ - nell'individuare i «*prodotti assicurativi vita*», rinvia ai contratti dell'art. 2, co. 1, cod. ass., con esclusione dei prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione e dei prodotti assicurativi con le finalità previdenziali della disciplina delle forme pensionistiche complementari, in altri termini delle forme pensionistiche individuali⁽⁴¹⁾.

Infine, mette conto sottolineare che l'impresa di assicurazione continua ad essere soggetta alle stesse norme che regolano lo svolgimento dell'attività - in termini di condizioni sia di accesso sia di esercizio - relativamente a ciascuno dei rami vita, sia di quelli propriamente assicurativi

utilizzate anche tecniche di comunicazione a distanza, qualora il contraente vi abbia espressamente e preventivamente acconsentito.

9. La Consob può, di volta in volta, stabilire particolari modalità di comunicazione ai contraenti».

(37) Cfr. art. 34-bis.

(38) Cfr. art. 34-ter, co. 8, parte finale, Regolamento Emittenti.

(39) Cfr. art. 34, direttiva vita n. 2002/83. Sul prospetto di offerta di prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione v. *amplius* M. SAMPOGNARO, M. SIRI, *op. cit.*, p. 89 ss.

(40) G. GRECO, *Commento* sub art. 11, cit., p. 136 ss., spec. p. 142.

(41) In particolare, per «prodotti assicurativi vita» devono intendersi «i contratti emessi da imprese di assicurazione nell'esercizio delle attività rientranti nei rami vita definiti dall'articolo 2, co. 1, del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, con l'esclusione dei prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione come definiti dall'articolo 1, co. 1, lett. w bis) del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e successive modificazioni ed integrazioni e dei prodotti assicurativi aventi finalità previdenziali, ai sensi del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252»: così recita l'art. 2, lett. r), del cit. Regolamento n. 35/2010.

secondo il paradigma dell'art. 1882 c.c., sia dei rami ai quali il legislatore ha di recente riconosciuto la natura di forme di investimento di natura finanziaria. Rispetto a tutti i rami delle assicurazioni sulla vita permangono dunque talune affinità sul piano normativo, come d'altronde si è già visto con riferimento all'art. 176 cod. ass. Peraltro, alcune analogie perdurano anche quando mediante i contratti dell'assicurazione sulla vita vengano attuate forme pensionistiche individuali, come agevolmente è possibile desumere dall'art. 13, co. 3, d. lgs. n. 252/2005 che - in tema di gestione delle risorse delle forme pensionistiche medesime - richiama le regole di investimento dettate dal codice delle assicurazioni private. Più precisamente, trova applicazione il principio della diversificazione e della dispersione degli attivi a copertura delle riserve tecniche affinché sia «*garantita la sicurezza, la redditività e la liquidità degli investimenti*» di cui all'art. 38, co. 1, secondo periodo, cod. ass.⁽⁴²⁾.

Abstract

Italian legislator has recently introduced the definition of «financial products issued by insurance companies». That requires a detailed examination of the rationes behind the choice of the legislator, as well as its consequences in terms of the applicable rules. The most important reason for the new legislation is the principle of “leveling the playing field”. The most considerable consequence is the supervision of insurance companies by the Authority for the financial markets.

The paper aims, therefore, to study a subject that the current financial crisis has made it even more relevant.

⁽⁴²⁾ Com'è stato osservato, «per «diversificazione» si intende la distribuzione degli investimenti tra le diverse categorie di attivi e i diversi settori; per «dispersione» la distribuzione - all'interno di una determinata categoria di attivi o di un settore di investimento - degli investimenti tra attivi differenti o soggetti differenti»: N. CHIARANDA, *Commento sub artt. 26-31, in La nuova disciplina dell'impresa di assicurazione sulla vita*, cit., p. 247, il quale aggiunge che «l'applicazione di tali principi da parte delle imprese null'altro rappresenta se non traduzione pratica della nota teoria del portafoglio, secondo la quale la diversificazione degli investimenti ne riduce la rischiosità complessiva e va, quindi, nel senso di garantire la sicurezza globale dei medesimi».

Publico e privato nella moderna concezione di servizio pubblico

Marta Mattiuzzi

Dottore di ricerca in Diritto amministrativo; cultore della materia nell'Università Ca' Foscari Venezia

SOMMARIO: 1. Socialità e diritto. – 2. La moderna nozione di servizi pubblico: profili problematici. – 3. Il ruolo dei principi nella disciplina sui servizi pubblici. – 4. Concorrenza e regolazione “sociale”.

1. Socialità e diritto

L'esame dell'evoluzione storica della dottrina pubblicistica mette in evidenza i profondi cambiamenti che hanno interessato la scienza giuridica. Per lungo tempo, la scienza giuridica ha tenuto un atteggiamento di rifiuto nei confronti delle acquisizioni delle altre scienze sociali, in adesione ad una concezione ispirata al formalismo giuridico⁽¹⁾.

In concomitanza con l'affermarsi del modello di Stato sociale di diritto, ha iniziato a farsi strada l'idea che il valore della società civile costituisce un *prius* rispetto alla *regola juris* e che, per rispondere alle istanze solidaristiche provenienti dalla collettività, non sia possibile seguire un approccio di tipo formalistico⁽²⁾.

(¹) La dottrina pubblicistica per lungo tempo ha paventato che l'ammissione di nozioni non giuridiche nella scienza giuspubblicistica potesse pregiudicare la purezza di metodo giuridico, e così compromettere la costruzione dello Stato liberale di diritto. La visione puristica trova però, anche nel fondatore della scuola siciliana, toni abbastanza sfumati che rivelano una certa apertura nei confronti di quella che viene chiamata la «comunicazione con altri elementi di ordine scientifico diverso»: cfr. V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in *Arch. giur.* 1889, ora in V.E. ORLANDO, *Diritto pubblico generale, Scritti vari coordinati in sistema*, Milano, 1954, p. 5 ss. L'A. citato non negava l'apporto essenziale delle scienze sociali diverse dal diritto, ma piuttosto rivendicava la necessità di autonomia tra i differenti ordini scientifici al fine di conferire alla scienza giuspubblicistica una solida identità culturale. Circa il ricorso da parte di Orlando ad opzioni di metodo antitetico a quelle tipiche del formalismo giuridico, N. BOBBIO, *La filosofia del diritto in Italia*, in *Jus*, 1957, p. 183.

(²) Per un'approfondita analisi sul tema del rapporto tra scienza del diritto amministrativo e scienze non giuridiche, M. COCCONI, *La scienza del diritto amministrativo e l'utilizzo*

Questa impostazione, sancita per la prima volta nella dottrina istituzionale italiana, ha dato impulso ad un movimento verso la spersonalizzazione del potere pubblico e la personificazione della collettività, che è giunto a compimento con la Costituzione del 1948⁽³⁾. Da un lato, sono state poste le basi per l'affermarsi di un modello di Stato che eleva la socialità a parametro di legittimazione del potere e individua nell'apparato pubblico uno strumento indispensabile per dare soddisfazione alle istanze mutevoli provenienti dal contesto sociale⁽⁴⁾. Dall'altro lato, la caduta del paradigma della validità formale del diritto è diventata un imperativo costituzionale⁽⁵⁾.

delle altre scienze sociali, in La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo, a cura di L. Torchia, E. Chiti, R. Perez, S. Sandulli, Napoli, 2008, p. 269 ss., in part. p. 306, dove si osserva che il giurista non può più limitarsi alla mera ricognizione delle categorie formali ma deve «penetrare anche la genesi, la sostanza e i fini dei fenomeni studiati e divenire al tempo stesso un fattore propulsivo della loro trasformazione».

⁽³⁾ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 1918, Firenze 1945 e, sull'interpretazione di quest'opera, R. ORESTANO, *Concetto di ordinamento giuridico e studio storico del diritto romano*, in *Jus*, 1962, p. 13; S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de "L'ordinamento giuridico" di Santi Romano*, in *Quad. fior.*, 1972, p. 243 ss. È stato affermato peraltro che con *L'ordinamento giuridico* di Romano non si sarebbe avuta in realtà una radicale trasformazione dell'asse degli studi di diritto amministrativo, stante una forte commistione tra tradizione ed innovazione e la peculiarità del momento storico di poco antecedente all'avvento del fascismo; né una totale emancipazione dall'orizzonte statalistico, considerato che la teoria romaniana subordinò gli ordinamenti minori alla funzione unificante dello Stato riconosciuto come il solo ordinamento originario e sovrano: per questo rilievo, A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2006, p. 175-176.

⁽⁴⁾ A lungo in Italia lo studio sui servizi pubblici è rimasto incentrato sulle prestazioni amministrative degli enti pubblici, mentre in Francia già in origine i servizi venivano associati alla creazione di un centro, opposto a quello dell'autorità, fondato su valori solidaristici. Analoga impostazione ha trovato conferma, dopo l'avvento della Costituzione repubblicana, nella costruzione teorica del *welfare* come modello di organizzazione amministrativa e in quella dei diritti sociali come diritti di prestazione, che richiedono l'*interpositio legislatoris*, oltreché la predisposizione di apparati amministrativi. L'avvento della Costituzione segna il progressivo superamento della ricostruzione ottocentesca di stampo liberale del rapporto tra Stato e società a favore di una visione più democratica del rapporto tra funzione amministrativa ed interesse del cittadino. Si è venuta così affermando una nuova specialità del diritto amministrativo non più intesa come strumento tecnico di legittimazione della supremazia pubblica, ma come strumento di protezione dei privati che entrano in contatto con l'amministrazione: così F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 118 ss.; G. BERTI, *Il rapporto amministrativo nella costruzione giuridica dello Stato*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, II, p. 39 ss.

⁽⁵⁾ Per questa opinione, S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, p. 56. Permane forte, però, in alcuni autori il riferimento allo Stato di diritto, come modello generale di analisi atto a cogliere i processi di trasformazione della dogmatica giuridica nel passaggio verso lo Stato sociale: tra questi autori, E. FORSTHOFF, *sulla situazione attuale di una dottrina della costituzione*, su cui si sofferma A. MANGIA, *l'ultimo Forsthoff*:

Di fronte all'irrompere del pluralismo degli interessi nella sfera pubblica, il diritto ha cambiato volto e lo confermano elementi, quali la rielaborazione di categorie tradizionali, come quella di potere⁽⁶⁾ e il crescente interesse per i profili dinamici, come l'attività e l'organizzazione amministrativa, che sono venuti progressivamente ad assumere dignità pari a quella riconosciuta alle nozioni tradizionali di atto e di giustizia⁽⁷⁾. Non può essere trascurato un altro importante segnale di cambiamento, rappresentato dalla progressiva sostituzione delle norme di comportamento con le norme di organizzazione, nelle quali si esprime la funzione dell'ordinamento giuridico di favorire la cooperazione degli individui per un fine comune, e non più quella, di stampo liberale, rivolta a rendere possibile la convivenza di individui per fini dei singoli⁽⁸⁾.

Il cambiamento è avvenuto in maniera inarrestabile, anche sotto l'influenza dei fenomeni di rilievo sovranazionale, come il formarsi di un diritto amministrativo europeo e il crescente peso della regolamentazione globale⁽⁹⁾: nuova è la raffigurazione dell'Amministrazione, come

scritti 1961/1969 di E. Forsthoff su Costituzione ed amministrazione tradotti e commentati, Padova, 1995, p. 10 ss.

⁽⁶⁾ Il potere diviene oggetto di varie configurazioni, come *genus* comune delle situazioni giuridiche soggettive, comprensive sia del diritto soggettivo sia del potere in senso stretto: così S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1933, p. 70 ss.; *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, p. 172 ss.; ovvero viene configurato come figura autonoma consistente in una forza dell'ordinamento: così G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953, p. 45.

⁽⁷⁾ L'intuizione della rilevanza della organizzazione occupa un ampio spazio nel saggio di G. MIELE, *pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Arch. giur.*, 1933 e in *scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1987, p. 135 ss., dove l'approccio è dinamico e lontano dall'impostazione pandettistica del primo quarto del novecento; in seguito, M. NIGRO, *studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966.

⁽⁸⁾ Così, F.A. HAYEK, *The Principles of a Liberal social Order*, in *Il Politico*, XXXI, 1966, citato da N. BOBBIO, in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria generale del diritto*, Bari, 2007, p. 126 ss.

⁽⁹⁾ Sull'importanza della comparazione, a favore dell'affermarsi di un approccio meno formale nell'indagine dei fenomeni amministrativi: G. DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2008 e S. CASSESE, *Spazio giuridico globale*, Roma 2003; ID., *Lo studio comparato del diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, p. 135; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo comparato*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, p. 1929 ss.; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, 1992. Sempre in prospettiva comparata, merita un richiamo la cultura giuridica nord-americana che, secondo un approccio realista, lega lo studio del diritto a quello delle altre scienze sociali: sul rifiuto del formalismo giuridico tipico del relativismo, in particolare M. WHITE, *Social thought in America, The Revolt Against Formalism*, Boston, 1957. In Europa, la dottrina ha prestato particolare attenzione alla funzionalità e all'efficienza delle regole dominanti nell'analisi economica del diritto: così, F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole*

soggetto meno legato alla funzione di governo che interpreta i bisogni sociali, e nuovo è il modo di concepire la tutela dei diritti sociali, non più visti come forma di prestazione pubblica erogabile dall'autorità statale. Nello «spazio giuridico globale»⁽¹⁰⁾, assume connotati complessi e problematici il problema del rapporto tra individuo, società e Stato assume. La globalizzazione, se non guidata, crea le condizioni per lo sviluppo di un modello di stampo eccessivamente individualistico⁽¹¹⁾. Libertà smisurata dell'individuo significa rottura del legame con la natura e con la società policentrica degli altri uomini, significa sviluppo illimitato dell'impresa⁽¹²⁾.

Tant'è che, per evitare che il concetto di democrazia venga privato della «fondamentalità dei diritti sociali», occorrerebbe ripensare l'idea di globalizzazione come «rete di poteri», in senso rappresentativo dell'«unità del potere globale» come dell'esigenza

giuridiche, Milano, 2002; G. NAPOLITANO, *Analisi economica del diritto pubblico*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, p. 299 ss.; E. CARDI, *Istituzioni e mercati in Italia*, Torino, 2005, p. 77 ss

⁽¹⁰⁾ In argomento, S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Bari, 2003.

⁽¹¹⁾ A. ORSI BATTAGLINI, «L'astratta ed infeconda idea». *Disavventure dell'individuo nella cultura giurpubblicistica. (A proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *Quaderni fiorentini*, 1988, p. 570 ss.; per un'approfondita analisi del pensiero di questo A. sul tema del rapporto Stato-società ed individuo, D. SORACE, *L'epistemologia del diritto pubblico e il diritto amministrativo della Costituzione nel pensiero di Andrea Orsi Battaglini*, in *Dir. pubbl.*, 2006, p. 9 ss.

⁽¹²⁾ Con la seconda guerra mondiale è iniziato ad instaurarsi un quadro istituzionale globale che ha modificato la prevalenza del dogma statale; non esiste più la sovranità statale, ma la dipendenza dal vincolo internazionale e l'adeguamento della politica economica nazionale ai dettati dell'economia globale. I risultati della globalizzazione sono noti: ci si riferisce in particolare, all'uniformità e al sacrificio delle differenze nonché, sul versante economico, alla crescita dell'individualismo che si manifesta nel primato del profitto sull'interesse sociale, nell'eliminazione dei controlli in precedenza esercitati sull'impresa da parte dei poteri pubblici e nel passaggio di molti beni di fruizione collettiva all'uso privato: per un'analisi approfondita sui problemi della mondializzazione, cfr. U. ALLEGRETTI, *Diritto e Stato nella mondializzazione*, Torino, 2002, partic. pp. 31, 60 ss., 90 ss. e 133 ss. I nuovi indirizzi di potenziamento della proprietà e dell'impresa incidono sulle norme che garantiscono i diritti personali, e nemmeno le costituzioni degli Stati di democrazia sociale resistono alle istanze di liberalizzazioni. Così ad esempio, è stato osservato come la Costituzione economia italiana sia sufficientemente «elastica», da rendere possibile una lettura diversa da quella prevalsa negli anni della democrazia sociale: G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, p. 12 ss. Per una lettura in chiave individualistica dell'art. 2 cost., A. ORSI BATTAGLINI, *ibidem*: questo propone di assumere il principio individualistico come criterio guida per il bilanciamento tra valori costituzionali configgenti e per l'avvio di una trattazione diversa di temi, quali l'autonomia collettiva e la rappresentatività, la legittimazione dei gruppi economici e professionali come autonomie costituzionalmente rilevanti, la partecipazione e la tutela giurisdizionale.

di affrontare insieme, secondo un approccio «integrato», questioni economiche e problemi sociali⁽¹³⁾.

Il globale da elemento negativo potrebbe trasformarsi in una forza positiva, in grado di tramutare il potere locale in un potere che, trovando la sua fonte di sostentamento e di coordinamento nei poteri universali, potrebbe favorire iniziative autonome della società civile finalizzate a dare risposta ai bisogni della collettività locale⁽¹⁴⁾.

Questo mutamento di prospettiva richiede però che si prenda coscienza del principio della supremazia della funzione politica sulla funzione economica, atteso che «L'economia deve essere al servizio dei diritti e non il contrario»⁽¹⁵⁾. Solo riposizionando i diritti sociali nella situazioni di fini e principi direttivi, si può tentare di conformare la globalizzazione all'esigenza di mantenere in vita il diritto del singolo ed il potere della comunità locale di decidere del locale: e, in definitiva, all'obiettivo di costruire un rapporto più equilibrato tra individuo e società.

Sotto altro profilo, occorre evidenziare la crisi del principio di legalità⁽¹⁶⁾ e il consolidarsi di un "Potere neutro" che rimane indifferente rispetto ad ogni contrapposizione logica tra autorità pubblica libertà privata⁽¹⁷⁾. In questo contesto, non sembra più possibile utilizzare le c.d. «grandi dicotomie»⁽¹⁸⁾. Non solo, perché i concetti giuridici, come quello di potere, si sono arricchiti di nuovi contenuti provenienti dalle scienze sociali non giuridiche: si pensi alle nozioni di rete e di mercato rilevante;

⁽¹³⁾ U. ALLEGRETTI, *op. ult. cit.*, p. 262-263 e 270.

⁽¹⁴⁾ U. ALLEGRETTI, *op. ult. cit.*, p. 125-126.

⁽¹⁵⁾ U. ALLEGRETTI, *op. ult. cit.*, p. 273 ss., part. p. 276.

⁽¹⁶⁾ Nel momento attuale, sotto la spinta di pressanti vincoli finanziari imposti dalla Comunità europea per far fronte alla difficile situazione finanziaria, si assiste alla crisi del principio di legalità, che produce gravi effetti decostruttivi per il diritto amministrativo: cfr. F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2008, p. 9 ss. Il «dispotismo» del Parlamento si esprime in forme varie, ad esempio nella sostituzione all'Amministrazione mediante l'adozione di provvedimenti concreti e nell'utilizzo del diritto privato comune, con il rischio che si arrivi ad una situazione di "esercizio del potere senza regole", che equivale al ritorno allo Stato «assoluto», ossia *absolutus* nel senso proprio del termine, e al tramonto dello Stato di diritto. Affermare che il potere pubblico configuri un «potere senza regole» sarebbe però una contraddizione in termini, in quanto negazione del concetto stesso di potere pubblico. Come è stato rilevato, il diritto amministrativo senza il principio di legalità appare un diritto senza il suo principio ontologico, un diritto in qualche modo "decostruito": così, F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, cit., p. 26 ss.

⁽¹⁷⁾ G. BERTI, *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*, Padova, 1986, p. 185.

⁽¹⁸⁾ La crisi di ogni rigida separazione tra pubblico e privato è un fenomeno non più limitato a settori determinati, che investe l'intero diritto amministrativo: lo ha sottolineato L. TORCHIA, *Introduzione*, in *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, cit., p. 10.

ma soprattutto perché la discussione dei fenomeni giuridici corre ormai fuori dai binari della tradizionale logica bipolare diritto pubblico-diritto privato, come conferma la considerazione della complessità della realtà sociale che spinge verso l'individuazione di specifici strumenti di protezione a tutela del cittadino⁽¹⁹⁾. Si consideri, a titolo esemplificativo, la fitta rete di intrecci tra diritto pubblico e diritto privato che interseca la regolazione dei servizi esternalizzati⁽²⁰⁾ e la discussione intorno alle categorie giuridiche di proprietà pubblica-proprietà privata e ai recenti sviluppi dottrinali connessi a questo tema, a favore della considerazione prevalente del profilo funzionale rispetto all'intestazione formale del bene⁽²¹⁾, o, da altro punto di vista, all'ammissibilità di categorie nuove come quella di «bene comune»⁽²²⁾.

(19) L'espressione è di N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Roma, 2007, p. 151, dove si definisce «grande» ogni dicotomia in grado di dividere in due sottoclassi, reciprocamente esclusive ed esaustive tutto l'universo del diritto.

(20) Così, G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 228, dove si definisce la regolazione una «tipica tecnica di reazione pubblicistica all'introduzione di strumenti civilistici nel diritto amministrativo». La disciplina regolatoria dei servizi esternalizzati presenta tratti di regolamentazione privatistica estesi a soggetti pubblici, talvolta accompagnati da deroghe in vista del perseguimento di fini di interesse pubblico, come accade nella materia di servizi di interessi generale ai sensi dell'art. 86 TFUE; nonché tratti di regolamentazione pubblicistica per la disciplina di un'attività privata (come l'imposizione di obblighi di servizio pubblico nei servizi liberalizzati dell'energia, trasporti, telecomunicazione e poste). Un fondamentale momento di sintesi e di equilibrio tra potere pubblico e interesse privato è individuabile nel contratto di servizio tra Amministrazione e gestore, che rappresenta il modo con cui l'Autorità pubblica esercita la sua funzione di tutela e di garanzia degli interessi del cittadino, mediante la definizione degli obblighi del gestore in relazione alla quantità e alla qualità del servizio. Sul punto, G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., p. 211 e 228 e, inoltre, per un'affermazione netta della distinzione tra regolazione e servizio pubblico, F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, Aipda, *Annuario 2001*, Milano, 2002, p. 63 ss.

(21) Si è discusso, e ancora si discute in dottrina, sull'attuale validità dei tradizionali schemi di classificazione dei beni contenuti nel Codice civile del 1942 e sulla rispondenza alle istanze di tutela collettiva della bipartizione codicistica tra proprietà pubblica e proprietà privata, che si fonda sul profilo formale della titolarità di un bene. È stato ritenuto inadeguato l'impianto normativo del Codice civile ed è stata prospettata una maggiore valorizzazione del profilo funzionale del bene pubblico, sino all'enucleazione di una nuova nozione di bene pubblico in senso oggettivo: cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economica*, Bologna, 1977, p. 85 ss. e M. Renna, *Le prospettive di riforma delle norme del codice civile sui beni pubblici*, in *Dir. econ.*, 2009, p. 11 ss.

(22) La categoria di beni comuni è stata inserita nel progetto di riforma dei beni pubblici elaborata dalla Commissione Rodotà che ha scelto di prevedere per essi la regola dell'incomerciabilità se si tratta di beni in proprietà pubblica e il principio dell'accesso collettivo alla tutela giurisdizionale e della legittimazione dello Stato all'esercizio dell'azione risarcitoria per i danni arrecati ai suddetti beni. Sui lavori della Commissione Rodotà, M. RENNA, *Le prospettive di riforma delle norme del codice civile sui beni pubblici cit.*, nonché E. REVIGLIO,

Coglie bene l'esigenza di ricostruire, in termini di complementarità, la relazione tra discipline pubblicistiche e quelle privatistiche l'opinione di chi rileva che le categorie del diritto amministrativo «non si determinano più per confronto e in opposizione al diritto civile, ma in relazione a discipline, disaggregabili e scomponibili e con confini mai netti, di attività oggettivamente valutate per il carattere funzionale e per i riflessi sui terzi»⁽²³⁾.

Questa affermazione rispecchia bene l'immagine di una realtà giuridica, contrassegnata dal crescente peso degli intrecci tra regole di diritto privato e di diritto pubblico⁽²⁴⁾. Questi intrecci, se non vengono governati sulla base dei principi generali, rischiano di tradursi in una nuova «mitologia», destinata ad affermarsi in luogo della tradizionale dicotomia pubblico-privato⁽²⁵⁾.

Per una riforma del regime giuridico dei beni pubblici. Le prospettive della Commissione Rodotà, in *Pol. dir.*, 2008, p. 531 ss. Più ampiamente, sul tema dei beni comuni, G. NAPOLITANO, *I beni pubblici e le tragedie nell'interesse comune, in Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, a cura di S. Rodotà, U. Mattei, e. Reviglio, Bologna, 2007; A. LUCARELLI, *Beni comuni, Proprietà, gestione, diritti*, in *Rass. dir. pub. comp. eur.*, 2007, p. 11 ss.; U. MATTEI, *Beni comuni: un manifesto*, Roma, 2011; F. CORTESE, *Dalle valli da pesca ai beni comuni: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici?*, in *Giorn. dir. amm.* 2011, p. 1170 ss. La nozione di beni comuni ha fatto la sua comparsa con l'opera di E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990, trad. it: *Governare i beni collettivi*, Venezia, 2006, come espressione dell'evoluzione del pensiero economico, nota con il nome di Neocostituzionalismo, che aveva come scopo quello di ridare prestigio all'economia che soffriva degli eccessi della rappresentazione matematica formale. Ostrom criticava in particolare il modello dell'ingordo *Homo oeconomicus* quale massimizzazione individualistica delle utilità di breve periodo slegata da ogni relazione sociale, applicata al problema dei beni comuni ed accolta in particolare nel saggio di G. HARDIN, *La tragedia dei comuni*, dove si individuava nel comune il «luogo del non diritto per eccellenza». La proposta di introdurre la categoria giuridica di bene comune, come osserva un certo indirizzo, rinviene nelle nozioni di Stato e di proprietà privata il frutto della logica economica «assolutistica e riduzionistica», indicativa di un'impostazione di fondo che disdegna sia il paradigma dominicale di stampo individualistico (che trova esempio nelle recenti politiche di privatizzazione), sia a quello autoritario proprio dello Stato assistenziale: U. MATTEI, *Introduzione*, in *Beni comuni*, cit., p. XI ss.

⁽²³⁾ Così, G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., p. 236 e 241.

⁽²⁴⁾ Nel caso di nozioni elastiche, come quella di amministrazione e di servizio pubblico, l'opera della giurisprudenza diventa essenziale per determinare con maggiore precisione l'ambito delle discipline pubblicistiche, di fronte alle difficoltà legate alle molteplici qualificazioni legislative, generiche e talvolta contraddittorie: G. NAPOLITANO, *op. ult. cit.*, p. 244.

⁽²⁵⁾ Sotto questo profilo si è fatto notare quanto sia importante individuare precisi criteri di riferimento, ricavabili dai principi generali, sia pubblicistici come l'imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, sia privatistici, come la correttezza e la buona fede, e quanto sia variabile l'impatto dei principi sulle vicende amministrative, che è più ampio nel caso dei principi civilistici, e meno ampio nel caso dei principi pubblicistici valevoli solo per l'agire d'autorità: M. D'ALBERTI, recensione a G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 237 ss.

2. La moderna nozione di servizi pubblico: profili problematici

Appare utile, a questo punto del discorso, portare l'attenzione sulla nozione di servizio pubblico che rappresenta un esempio significativo della fitta rete di intrecci tra diritto pubblico e diritto privato. La pluralità delle questioni coinvolte ci fa comprendere l'essenza di una nozione «instabile»⁽²⁶⁾, soggetta a continui mutamenti normativi e in perenne oscillazione tra diritto privato e diritto pubblico⁽²⁷⁾.

Nonostante la materia sia stata interessata negli anni recenti da continui interventi del legislatore statale, esiste ancora oggi un «deficit» nella disciplina sui servizi pubblici, nel senso che manca un vero diritto dei servizi pubblici individuabile in un complesso normativo organico di disciplina della materia.

D'altra parte, proprio la complessità che caratterizza la materia dei servizi pubblici - in collegamento al rapporto tra la concorrenza e la tutela dei valori sociali, tra la legalità e le autonomie locali, o ancora con riguardo alla distinzione tra utente e cittadino -, suggerisce di abbandonare l'approccio formalistico.

A maggiore ragione, ci si deve svincolare da ogni riferimento alla rigida contrapposizione tra interesse privato e interesse pubblico quando si discute di servizi pubblici, specie se si considera che il servizio pubblico è il frutto del coagularsi di bisogni e interessi sociali. E, da questo punto di vista, non si può non riconoscere la dimensione della socialità propria del servizio pubblico, che è in grado di arricchire il rapporto tra pubblico e privato e di modellarlo in funzione della realizzazione di finalità collettive⁽²⁸⁾.

⁽²⁶⁾ L'espressione «servizi pubblici instabili» in maniera efficace esprime l'immagine dell'eterno oscillare del legislatore tra l'inseguire continuamente se stesso, una volta varata una nuova disciplina di un pubblico servizio, e il non saper scegliere fra più soluzioni continuamente riproposte e mai completamente convincenti: cfr. F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990. Sulla continua evoluzione normativa in materia di servizi pubblici locali e sulla prassi statale di dare attuazione a riforme con lo strumento del decreto d'urgenza: R. DE NICTOLIS, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. app.* 2008, p. 1109 ss.; F. MERUSI, *Le modalità ordinarie di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Nuove autonomie*, 2009, p. 307 ss.; L. PERFETTI, e I. RIZZO, *La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del d.l. n. 135/2009*, in *Urb. app.*, 2001, p. 257 ss.; R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 179; G. ROSSI, *Ricompone il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*, in *giustamm.it*, n. 6-2011.

⁽²⁷⁾ Per l'opinione che definisce la materia dei servizi pubblici un «rilevante punto di crisi del sistema e delle relazioni tra pubblico e privato», cfr. G. BERTI, *L'amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, p. 457.

⁽²⁸⁾ I fini sociali andrebbero cioè assunti a presupposto funzionale della nozione giuri-

A questa considerazione va aggiunto un ulteriore rilievo che riguarda la storicità del diritto. Atteso infatti che il diritto segue l'evoluzione storica del vivere sociale e non tollera l'impiego di concetti universali ed immutabili, sarebbe utile improntare lo studio dei fenomeni giuridici al metodo del realismo giuridico, per tentare da un lato di scomporre la copertura ideologizzante che accompagna l'argomentare di certa parte della dottrina e della giurisprudenza in materia di servizi pubblici e, dall'altro lato, di contrastare lo svilimento del principio della legalità⁽²⁹⁾.

Al riguardo, si auspica il ritorno del discorso giuridico alla «natura delle cose» che, come osserva autorevole dottrina, identifica la fonte originaria del principio di legalità e rappresenta un parametro prescrittivo indispensabile nella ricerca della «misura del diritto»⁽³⁰⁾⁽³⁰⁾.

3. Il ruolo dei principi nella disciplina sui servizi pubblici

D'altro canto, in linea con quanto sopra evidenziato circa l'opportunità di adottare il metodo del realismo giuridico, valorizzando gli spunti provenienti dal diritto comunitario, si ritiene utile indirizzare la ricerca

dica di pubblico servizio, come osserva U. POTOTSCHNIG, *I servizi pubblici*, Padova, 1964, p. 160-162; in senso conforme, G. BERTI, *I pubblici servizi tra funzione e privatizzazione*, in *Ius*, 1999, p. 867 ss.

⁽²⁹⁾ La ricchezza del realismo, come magistralmente osserva Giannini, consiste non nell'abbandonare totalmente le costruzioni concettuali avviandosi verso la «deriva del fattualismo», bensì nell'utilizzare categorie prima estranee alla scienza del diritto amministrativo e nel relativizzare i concetti giuridici, di cui viene a perdersi la pretesa astoricità e universalità: lo ricorda M. D'ALBERTI, *Gli studi di diritto amministrativo: continuità e cesure fra primo e secondo novecento*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2001, p. 1293 ss. Vi è peraltro da evidenziare, con riguardo alla critica al formalismo giuridico, che questo fenomeno presenta una varietà di significati, di adesione all'ideologia tipica dello Stato liberale e di scelte più o meno di stampo conservatore. Sarebbe utile pertanto evitare contrapposizioni aprioristiche tra realismo e formalismo e indirizzare l'indagine giuridica alla ricerca del significato politico e sociale dei criteri e dei procedimenti: così, L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, p. 114 ss. U. ALLEGRETTI, *op. ult. cit.*, p. 125-126.

⁽³⁰⁾ Il legame tra realismo e natura delle cose appare una costante nell'essenziale lavoro di F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni "Trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001; in questo riferimento si celerebbe un richiamo alla scienza dei fatti, intesa da Merusi quale «strumento interpretativo integrativo del sistema»: lo sottolinea L. BENVENUTI, *Il "gran realismo" di Fabio Merusi e i sentieri interrotti della legalità*, in *Il Diritto amministrativo alle soglie del nuovo secolo. L'opera scientifica di Fabio Merusi*, a cura di L. Benvenuti e M. Clarich, Pisa, 2000, p. 20. In senso conforme, osserva attenta dottrina che «La legge infatti non ha sempre la forza di imporsi sui fatti, ma alla lunga sono i fatti che prevalgono sulle norme laddove esse non si adattino e non siano aderenti alla natura delle cose»: cfr. M. CLARICH, *Il Diritto amministrativo alle soglie del nuovo secolo. L'opera scientifica di Fabio Merusi*, cit., p. 49.

giuridica verso l'individuazione di principi comuni al diritto amministrativo e al diritto privato.

La riaffermazione del ruolo dei principi e dei valori si colloca in una prospettiva opposta al formalismo giuridico e al concettualismo e rappresenta un passaggio fondamentale, anche nell'ottica di migliorare i rapporti tra i livelli istituzionali e di garantire il rispetto delle autonomie locali.

Il diffondersi della prassi di un agire amministrativo vincolato a precetti puntuali rafforza l'idea di un'Amministrazione, incapace di applicare i principi e succube dei continui cambiamenti normativi, che ha rinunciato ad esercitare la propria autonomia organizzatoria⁽³¹⁾.

L'ambito dei servizi pubblici, in particolare di quelli locali, costituisce un terreno d'indagine privilegiato per affrontare il tema del rapporto tra legge ed autonomia locale.

Il principio dell'autonomia locale esce depotenziato dal confronto con gli stretti vincoli imposti dal legislatore statale, e ciò è evidente quando l'intera disciplina organizzatoria di un servizio pubblico rimane attratta nella sfera di competenza del legislatore statale⁽³²⁾.

Si prenda il caso del servizio idrico: secondo il consolidato insegnamento della giurisprudenza costituzionale che ascrive la disciplina di tale servizio alla competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela di ambiente e della concorrenza, nessuna competenza dovrebbe spettare alle Regioni: né ad esempio in tema di tariffa⁽³³⁾, né con riguardo alla determinazione della rilevanza economica dell'attività di erogazione di

⁽³¹⁾ Criticamente, è stato rilevato in dottrina come non vi sia necessità di nuove norme di dettaglio nella materia dei servizi pubblici: L. PERFETTI, *La disciplina dei servizi pubblici locali ad esito del referendum ed il piacere dell'autonomia locale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 906 ss.

⁽³²⁾ Si consideri il caso del servizio idrico. Sin dai tempi della legge sulle municipalizzazioni del 1903 che includeva tra le attività sottoponibili al regime dei servizi pubblici anche la costruzione degli acquedotti, la distribuzione di acqua potabile e la costruzione di fognature, esisteva una certa omogeneità di disciplina per i servizi pubblici locali. In seguito, i caratteri essenziali del servizio pubblico locale e della sua organizzazione hanno ricevuto una più chiara definizione con la legge n. 142/1990 in tema di ordinamento degli enti locali, poi confluita nel d.lgs. n. 267/2000. A partire dalla legge Galli, comincia ad affermarsi una nuova prospettiva organizzativa che muove dalla qualificazione del servizio idrico come servizio integrato e che si realizza grazie al consolidarsi del modello dei c.d. ambiti territoriali ottimali. A partire da questo momento, al cospetto dei principi dell'unitarietà della gestione e dell'unità di bacino, comincia a vacillare la visione del servizio idrico a dimensione locale. Di recente, a favore di un certo *favor* per il modello degli ambiti territoriali ottimali, cfr. art. 4-bis del d.l. n. 138/2011, conv. dalla l. n. 148/2011.

⁽³³⁾ Cfr. C. Cost. 24 luglio 2009, n. 246 del 2009; C. Cost. 4 febbraio 2010, n. 29; C. Cost. 23 aprile 2010, n. 142; C. Cost. 15 giugno 2011, n. 187.

un certo servizio e dell'individuazione delle relative forme di gestione⁽³⁴⁾. Analogo principio è stato affermato dalla giurisprudenza costituzionale, con riguardo a numerosi altri profili riconducibili alla materia «tutela dell'ambiente».

L'ingerenza della legge statale nelle materie di competenza regionali non passa solo attraverso i richiami giurisprudenziali alla trasversalità della materia ambientale, ma anche per via della definizione legale delle funzioni fondamentali degli enti locali. Questa definizione dovrebbe rispondere all'esigenza di garantire l'uniformità del sistema ordinamentale degli enti locali, ma senza diventare il pretesto per legittimare un nuovo centralismo nelle politiche pubbliche, che potrebbe rivelarsi assai pericoloso per l'autonomia di Regioni ed enti locali e, in ogni caso, poco coerente con il principio della differenziazione, sancito dall'art. 118 cost.⁽³⁵⁾. Una normativa statale, recante una disciplina uniforme per tutte le realtà regionali e locali, è assai poco compatibile con il rispetto del principio autonomistico: il decentramento amministrativo richiede infatti scelte legislative rispettose della varietà e delle peculiarità delle singole realtà territoriali regionali e locali, in grado di garantire a ciascun livello istituzionale la titolarità di funzioni coerenti con le proprie rispettive esigenze.

In relazione alla disciplina dei servizi pubblici, ci si chiede quale sia la giusta misura di autonomia organizzativa da riconoscere all'autorità amministrativa in rapporto alla potestà legislativa statale: a ben vedere, tra legge ed autonomia amministrativa corre un rapporto flessibile ma di tipo invertito, perché, quanto più sono dettagliate le norme statali che definiscono le modalità di affidamento del servizio, tanto più si svilisce il

⁽³⁴⁾ Cfr. C. Cost. 2 dicembre 2011, n. 325; C. Cost. 21 marzo 2012, 62. Rimane inoltre incerta la qualificazione del servizio idrico come funzione fondamentale del comune: in senso affermativo, C. Cost. 20 novembre 2009, n. 307, relativa alla declaratoria di illegittimità costituzionale di una disposizione della legge n. 26/2003 della Regione Lombardia che imponeva la separazione tra gestione della rete ed erogazione del servizio; contra, C. Cost. n. 325/2011 cit.

⁽³⁵⁾ Si consideri la nuova disciplina in tema di province, comuni e città metropolitane contenute negli artt. 17, 18 e 19 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. dalla l. 14 agosto 2012, n. 135. In dottrina, sul problema di attuazione dei principi costituzionali, G. FALCON, *Funzioni amministrative ed enti locali nei nuovi artt. 118 e 117 della Costituzione*, in *Le Regioni* 2002, p. 396 ss., e D'ATENA, *La difficile transizione. In tema di attuazione della riforma del titolo V*, in *Le Regioni*, 2002, p. 309 ss. Su questo tema, F. MERLONI, *Il destino dell'ordinamento degli enti locali (e del relativo testo unico) nel nuovo titolo V della costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, p. 438; ID., *Una "new entry" tra i titoli di legittimazione di discipline statali in materie regionali: le funzioni fondamentali degli enti locali*, in *Giur. cost.*, p. 794; F. PIZZETTI, *Le nuove esigenze di governante in un sistema policentrico esplosivo*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1179; A. CORPACI, *La potestà normativa degli enti locali in A.A.V.V. Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003 n. 131*, a cura di G. Falcon, Bologna, 2003, p. 101 ss.

momento della «politicità» intrinseco alla competenza dell'autorità locale⁽³⁶⁾. Viceversa, quanto più si assottiglia lo spessore dei vincoli statali, tanto più è libera l'autorità locale di scegliere la forma di gestione di un certo servizio. Si pensi ad una situazione di vuoto normativo, come quella venutasi a creare all'indomani del referendum abrogativo sull'art. 23 *bis* d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. dalla l. 6 agosto 2008, n. 133 e, più di recente, per effetto della declaratoria di incostituzionalità della nuova disciplina sui servizi pubblici locali introdotta dall'articolo 3 bis d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. dalla l. 14 settembre 2011, n. 148.

La critica rivolta ad un agire amministrativo eccessivamente limitato dalla legge conduce alla conclusione che occorre recuperare il vero senso del principio di legalità. La conclusione sembra confortata da una serie di ragioni.

Il primo rilievo riguarda la conformità dell'ordinamento nazionale al principio di diritto comunitario, che riconosce all'autorità locale il compito di amministrare «gli affari pubblici» di spettanza delle collettività locali⁽³⁷⁾, in particolare di approntare i mezzi necessari a garantire un servizio efficiente in grado di soddisfare un bisogno primario della comunità locale, nel che consiste la «specifica missione» ad essa affidata⁽³⁸⁾.

La seconda considerazione ha come presupposto la definizione del servizio pubblico, quale forma di organizzazione finalizzata alla tutela dei diritti sociali, e si ricollega all'esigenza che la tutela dei diritti sociali si collochi sul versante dell'amministrazione, piuttosto che su quello della legislazione⁽³⁹⁾:

⁽³⁶⁾ Nell'ipotesi in cui i criteri vengano fissati in via astratta e generica dal potere legislativo al di fuori di alcun ancoraggio alle caratteristiche peculiari dei singoli enti di riferimento, è inevitabile che si riduca la discrezionalità dell'ente locale. In proposito, in merito all'importanza del «momento politico», cfr. F. MERUSI, *Servizio pubblico* (voce), in *Nov. Dig.*, XVII, Torino, 1970, p. 215 ss.

⁽³⁷⁾ Cfr. art. 3 della Carta europea dell'autonomia locale, ratificata con la legge 30 dicembre 1989, n. 439, secondo cui «*per autonomia locale, s'intende il diritto e la capacità effettiva, per le collettività locali, di regolamentare ed amministrare nell'ambito della legge, sotto la loro responsabilità, e a favore delle popolazioni, una parte importante di affari pubblici*».

⁽³⁸⁾ Il diritto comunitario ammette la possibilità che i servizi pubblici siano sottratti alle regole della concorrenza facendo leva sul concetto di specifica missione affidata all'autorità pubblica: cfr. artt. 14 e 106 TFUE, e inoltre il *Libro bianco sui servizi di interesse generale* in Europa, COM (2004) 374, del 12 maggio 2004, laddove si afferma il ruolo essenziale che l'autorità pubblica riveste in ordine sia alla qualificazione di un'attività come servizio pubblico sia alla scelta della modalità di erogazione, individuabile nell'erogazione diretta dei servizi o nell'affidamento ad altri soggetti, pubblici o privati. Si consideri che, anche secondo il nostro assetto costituzionale, lo Stato può introdurre limitazione alla libertà di iniziativa economica, se ciò sia utile per evitare che i regimi privati possano prendere il sopravvento sulle esigenze di tutela dei valori sociali e dei diritti fondamentali: cfr. art. 41 cost.

⁽³⁹⁾ Con riferimento all'elaborazione della teoria c.d. intervento sociale dello Stato,

ciò allo scopo di assicurare una maggiore responsabilizzazione in capo all'autorità locale e di rafforzare il principio di democrazia, la cui essenza, come osserva autorevole dottrina, riguarda il contraddittorio che si esercita nel potere esecutivo grazie alla partecipazione al procedimento⁽⁴⁰⁾.

A queste considerazioni, infine, va aggiunto un ulteriore rilievo, che riguarda le possibili scelte distributive della funzione organizzativa e l'esigenza che il rapporto tra legge e potere esecutivo non sia troppo sbilanciato a favore della prima. Ipotizzando, come sostiene un certo indirizzo dottrinale, la condivisione della funzione organizzativa tra la fonte legislativa e potere esecutivo, si potrebbe sostenere che alla legge compete solo il compito di assicurare il minimo delle garanzie individuali, spettando invece al potere esecutivo la concreta realizzazione degli obiettivi economici e sociali⁽⁴¹⁾.

4. Concorrenza e regolazione "sociale"

Secondo la prospettiva accolta, che fa leva sul nesso funzionale che lega il servizio pubblico alla tutela dei diritti sociali, il baricentro della discussione giuridica dovrebbe spostarsi sul cittadino, inteso come persona e soggetto appartenente alla collettività sociale⁽⁴²⁾, e non come

fondata sul concetto di distribuzione ed efficienza sociale, E. FORSTHOFF, *Der Staat der Industriegesellschaft*, Munchen, 1971, p. 30 ss. Forsthoff non accoglie la definizione della Costituzione come sistema di valori, in adesione ad un'impostazione che lo porta a definire la Costituzione come « sistema di artifici tecnico-giuridici » volti al controllo del potere politico di fronte alle libertà individuali. Da qui la conclusione che lo Stato sociale trovi compiuta realizzazione non nella Costituzione, bensì sul piano della legislazione e dell'amministrazione, perché, come è stato evidenziato, un'eventuale disposizione costituzionale che tutelasse in modo assoluto un diritto sociale si tradurrebbe in un comando ineseguibile, necessitando la soddisfazione del diritto sociale comunque l'emanazione di un atto amministrativo: A. MANGIA, *L'ultimo Forsthoff*, cit., p. 171 ss., in part. p. 189.

⁽⁴⁰⁾ F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, cit., p. 25: « Nel mercato la libertà economica è regolata dal principio di eguaglianza per tutti i soggetti che intervengono nel mercato ».

⁽⁴¹⁾ M. NIGRO, *Studi sulla funzione della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, p. 99 ss. Sottolinea l'importanza dell'elemento organizzativo, con specifico riferimento al settore degli interventi pubblici nel campo sociale ed economico, G. BERTI, *Il principio organizzativo del diritto pubblico*, Padova, 1986, in part. p. 12 ss., 76 ss., 124 e 149, dove si configura, entro la concezione della c.d. Amministrazione obiettivata, il passaggio dall'elemento personale all'ordinamento giuridico, inteso come « complesso organizzativo o normativo e perciò obbiettivo ».

⁽⁴²⁾ Costituzione, centralità dei diritti delle persone e Amministrazione in senso oggettivo sono i « punti cartesiani del discorso ». Il parametro dei diritti sociali viene individuato nella nozione di persona, che viene proposta come « l'unico centro unitario cui riferirsi », la

cittadino-suddito o cittadino-cliente servito in un mercato concorrenziale⁽⁴³⁾.

Anche sul piano della tutela giuridica del cittadino, si può notare una certa tensione tra forma e sostanza, come conferma la dialettica tra la nozione di cittadinanza legale e quella di cittadinanza sociale.

L'elaborazione della nozione di cittadinanza sociale, quale espressione del «grado di essenzialità di una certa libertà o diritto in relazione alla partecipazione del singolo alla vita democratica»⁽⁴⁴⁾, muove dall'analisi critica sul concetto di utenza; in particolare, dal rilievo circa la limitatezza dell'impostazione concettuale esclusivamente incentrata sul rapporto privatistico di utenza che, come si afferma, non riuscirebbe a cogliere il collegamento tra l'aspirazione ad accedere a prestazioni essenziali e la figura del cittadino, inteso come soggetto appartenente alla collettività sociale.

Il rapporto di utenza non rappresenta più il *discrimen* tra pubblico e privato, tra organizzazione e gestione, ma configura il centro di una fattispecie più complessa⁽⁴⁵⁾. Il rapporto di utenza si stacca dal piano esclusivamente privatistico e si trasforma in rapporto di cittadinanza, cioè in un rapporto che interessa la collettività nella sua interezza e non coinvolge singoli soggetti privati⁽⁴⁶⁾.

condizione per un nuovo «Umanesimo giuridico», in collegamento all'idea di una scienza giuridica al servizio della società e non del legislatore: G. PASTORI, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in *Scritti in onore di V. Ottaviano*, I, Milano, 1993, p. 519.

⁽⁴³⁾ Come afferma Forsthoff, l'identificazione del cittadino con il «consumatore del servizio alla perfezione» implica la privazione del soggetto della sua personalità e il suo abbandono a meri meccanismi di approvvigionamento: E. FORSTHOFF, *Rechtsstaat im Wandel, verfassungsrechtliche Abhandlungen*, 1950-1964, Stuttgart, 1964, p. 153.

⁽⁴⁴⁾ Per un'attenta analisi della crisi del concetto di cittadinanza "legale", legata all'ingresso dei diritti sociali e alla crescente attenzione per i diritti umani, B. BOSCHETTI, *Diritti e rapporti nell'amministrazione per servizi*, Padova, 2007, p. 32 ss.; G. ARENA, *La democrazia dell'amministrazione ovvero "l'utente sovrano"*, in *Democrazia diritti Costituzione*, a cura di G. Gozzi, Bologna, 1997, p. 53 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Il controllo del cittadino sulla nuova Amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 269.

⁽⁴⁵⁾ Quella di utente è parsa una nozione ambigua, in quanto espressione di due qualifiche tra loro contraddittorie, come quelle di acquirente di servizi «sul mercato» e di cittadino, titolare di «diritti sociali di cittadinanza»: G. NAPOLITANO, *Rapporto di utenza e servizi pubblici*, Padova, 2001, p. 568 ss.

⁽⁴⁶⁾ La discussione ruota intorno all'idea della protezione dell'utenza, che per alcuni consentirebbe di rifondare la teoria sui servizi pubblici, mentre per altri sottenderebbe una visione distorta dell'utente come soggetto debole. È nota la critica alla c.d. «retorica dell'utente» di G. NAPOLITANO (*Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, p. 164 ss.), critica rivolta in particolare ai contributi pubblicati nel volume *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, a cura di A. Corpaci, Bologna, 2003 e a quelli raccolti in *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, a cura di L. Ammannati, M.A. Cabiddu e P. De Carli, Milano, 2001; M. ROMAJOLI, *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale*, in *Dir. amm.*

Il rapporto di utenza si pone in collegamento funzionale con l'attuazione dei principi costituzionali di eguaglianza e solidarietà sociale e si arricchisce di nuovi contenuti, nella misura in cui ciò sia necessario per la soddisfazione di un bisogno essenziale del cittadino.

L'elemento che rende davvero peculiare il rapporto di utenza è l'accesso alle c.d. prestazioni «essenziali», che gode di tutela costituzionale, grazie al riconoscimento in capo ad ogni cittadino di un diritto, insieme individuale e collettivo, che preesiste al rapporto di utenza e riguarda il godimento dei servizi pubblici secondo standard uniformi su tutto il territorio nazionale ai sensi di quanto dispone l'art. 117, co. 2, lett. m), cost..

A rendere effettivo questo diritto del cittadino dovrebbe essere orientata l'imposizione dei c.d. obblighi di pubblico servizio a carico del gestore: a rigore, senza l'adempimento di questi obblighi, la corretta esecuzione del rapporto di utenza non sarebbe sufficiente per soddisfare il bisogno del cittadino ad accedere alle prestazioni essenziali⁽⁴⁷⁾.

Il richiamo a obblighi aggiuntivi rispetto a quelli derivanti dal rapporto di utenza, imposti dalla legge o dall'Amministrazione, rappresenta la base su cui costruire la moderna teoria dei servizi pubblici. Emerge, in tutta evidenza, l'«in sé» dell'attività di erogazione del servizio pubblico, rappresentato da «specifiche prestazioni soggette a obblighi di servizio pubblico»⁽⁴⁸⁾, vale a dire dalla parte «antieconomica» dell'attività relativa al c.d. Servizio universale⁽⁴⁹⁾.

2000, p. 383 ss. Inoltre, sul problema della c.d. ripubblicizzazione dei servizi pubblici e dei connessi profili, sia sostanziali, come l'assoggettamento dell'attività di servizio pubblico alle regole e principi dell'attività amministrativa, sia processuali come la previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo): cfr. A. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000 (epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 602 ss.; S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 579 ss.; F. MERUSI, *Giustizia amministrativa ed autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, p. 181 ss.; G. NAPOLITANO, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 677 ss.

(47) G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., p. 158-159.

(48) A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico. L'impresa di gestione di servizi pubblici locali*, Milano, 2001, p. 93 ss.

(49) U. ALLEGRETTI, *op. ult. cit.*, p. 125-126. In questo senso, D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 378. Sul tema del c.d. servizio universale, G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002; ID., *Il servizio universale*, in Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, *Annuario 2001*, p. 109 ss.; S. CASSESE, *La retorica del servizio universale*, in *Telecomunicazioni e servizio universale*, Milano, 1999, p. 91 ss. Un profilo discusso riguarda la somiglianza tra servizi pubblico e servizio universale, ammessa da taluni; cfr. M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.* 1998, p. 194 ss., e contestata da altro autorevole indirizzo, secondo il quale con il c.d. Servizio universale non si potrebbe riesumare la nozione di "servizio pubblico":

Il Servizio universale è un pilastro del diritto comunitario, che individua un elemento essenziale per la costruzione di un modello di «politica sociale», nel quale trovano sintesi valori diversi ma di uguale dignità, come la libertà economica da un lato e la solidarietà e l'eguaglianza sociale dall'altro.

Nell'immagine di un'«Europa di cittadini, di diritti e di valori», diversa da un'Europa di mercanti⁽⁵⁰⁾, si riflette la dialettica tra i valori economici, come la tutela della concorrenza, e i valori sociali, come la tutela dell'ambiente, la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni e l'alimentazione.

Significativo è il caso in cui l'erogazione del servizio pubblico si interseca con la tutela dei beni ambientali perché, secondo l'impostazione che si ricava dai principi comunitari, i beni ambientali non possono essere trattati come un "prodotto commerciale", ma devono essere considerati come un patrimonio da tutelare e utilizzare secondo criteri di solidarietà, «salvaguardando le aspettative e i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale»⁽⁵¹⁾.

Del pari, è significativo il riferimento alla nozione comunitaria «servizio di interesse economico generale»⁽⁵²⁾, che si ritiene meglio adatta a connotare un'attività diretta a soddisfare i bisogni provenienti dalla collettività sociale rispetto alla nozione interna di servizio pubblico locale di rilevanza economica: quest'ultima, a nostro avviso, sembra alludere ad un'organizzazione orientata alla produzione di un profitto e, di conseguenza, non pare utilizzabile per rappresentare settori, come l'idrico, nei quali non esista, quantomeno in potenza, una «redditività» e una «competizione sul mercato»⁽⁵³⁾.

Ma qual è il rapporto tra libertà economica e solidarietà sociale secondo il diritto comunitario? O meglio, come si riflette la dimensione della socialità sulla relazione tra concorrenza e regolazione?

Nell'epoca attuale, tutto sembra ruotare intorno ai valori della concor-

cfr. F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, *Annuario 2001*, p. 63 ss.

⁽⁵⁰⁾ Utilizza questa immagine G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 141.

⁽⁵¹⁾ Cfr. art. 144 d.lgs. n. 152/2006, c.d. Codice dell'ambiente, ed, inoltre, in tema di tariffa, l'art. 154 dello stesso d.lgs. 152, nel testo risultante dal referendum abrogativo svolto nel giugno 2011, che ha eliminato il riferimento al criterio della remunerazione del capitale.

⁽⁵²⁾ Per l'assimilazione tra nozione comunitaria e il concetto di servizio «di pubblica utilità» di cui alla l. n. 481/1995, D. SORACE, *I servizi "pubblici" economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio ed XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 1 ss.; Id., *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubb.*, 2002, p. 371 ss., in part. p. 419.

⁽⁵³⁾ Cfr. C. Cost. n. 325/2010 cit., *Considerando in diritto* 11.4 e sent. C. Cost. n. 187/2011 cit., *Considerando in diritto* 3.2. In ambito comunitario, cfr. Corte UE 18 giugno 1998, C-35/96, che ha individuato come caratteristiche specifiche della rilevanza economica l'immissione del servizio in un mercato, anche solo potenziale, e l'esercizio del servizio secondo un metodo economico, ispirato alla copertura dei costi mediante i ricavi.

renza e dell'economia e, *in ultimis*, all'individualismo. E l'evoluzione normativa avvenuta sotto l'influenza del diritto comunitario conferma la presenza di un *favor* generalizzato per la liberalizzazione delle attività di servizi. Lo confermano vari elementi, come ad esempio l'introduzione, nell'ordinamento giuridico, del principio della neutralità delle forme giuridiche e delle nozioni economiche di mercato rilevante e di concorrenza, nonché il crescente uso dello strumento delle autorizzazioni a contenuto vincolato e del regime dell'autorizzazione generale alla fornitura di reti e di servizi, come nel settore delle telecomunicazioni⁽⁵⁴⁾.

Appare tuttavia doveroso evidenziare che, per il diritto comunitario, la concorrenza non riveste un valore predominante rispetto alla coesione sociale: l'attività di erogazione del servizio pubblico non può ridursi a mera eccezione al mercato concorrenziale, né può rimanere assorbita nel concetto di concorrenza come qualsiasi altra attività imprenditoriale soggetta alle regole del libero mercato⁽⁵⁵⁾.

Il rispetto delle regole di mercato non è sufficiente a garantire la realizzazione dell'obiettivo retributivo che è proprio del modello di giustizia sociale: e proprio in vista dell'obiettivo della protezione del cittadino è indispensabile prevedere specifici obblighi di pubblico servizio.

Occorre pertanto una buona politica di regolazione sociale, che si avvalga di tecniche regolatorie adeguate al contesto moderno, caratterizzato da una fitta rete di intrecci tra pubblico e privato e dalla convivenza di misure tra loro eterogenee, alcune dettagliate e incisive ed altre basate su standard e principi⁽⁵⁶⁾.

La regolazione sociale non ha, come suo tratto distintivo, la realizzazione di un interesse pubblico «primario», come nel caso della classica funzione

(54) Sui problemi attinenti al rapporto tra potere pubblico e diritto di libertà economica, F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, cit., p. 58 ss.; M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000, p. 33 ss.; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 1996, p. 4 ss.; E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della legge 241/1990 e altri modelli di liberalizzazione*, Padova, 2001, p. 54 ss.

(55) Per questa tesi, a favore della definizione degli oneri di servizio universale come un «fattore correttivo di un contraddittorio imperfetto»: F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, cit., p. 63 ss.; Id., *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 314 e Id., *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000, p. 68; in senso conforme, S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in *Regolazione e concorrenza*, a cura di G. Tesaurò e M. Alberti, Bologna, 2000, dove si definisce la regolazione un «pallid substitutive of competition».

(56) Mentre si espande il diritto di origine privata, la nuova *lex mercatoria*, permangono le misure pubbliche di regolazione di settore che, insieme al diritto di origine privata, concorrono a formare il diritto globale dell'economia. Per un approfondimento sulla complessità del quadro regolatorio, M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008, p. 94 ss.

amministrativa a contenuto discrezionale, bensì la cura di un interesse «mediato» rivolto alla composizione tra valori di sistema e diritti dei privati, ovvero al semplice bilanciamento tra interessi privati contrapposti.

Peculiare è la funzione svolta, perché con la regolazione si perseguono risultati che il mercato non riesce ad assicurare e che sono raggiungibili solo mediante una adeguata disciplina del servizio universale e degli obblighi sociali del servizio pubblico, la c.d. «social regulation», laddove al contrario la normativa sulla concorrenza mira a correggere i risultati non desiderati del mercato, come ad esempio le situazioni di abuso di posizioni dominante. Da qui sorge il dubbio se sia possibile riconoscere prevalenza alla concorrenza, sin tanto da configurare la regolazione come una sorta di disciplina cedevole o di fase transitoria destinata ad esaurirsi nel tempo a favore della concorrenza⁽⁵⁷⁾.

Sembra escluderlo, a nostro avviso, la considerazione del compito fondamentale assegnato alla regolazione, che è quello della mediazione tra l'esigenza dell'efficienza economica e l'obiettivo della coesione sociale⁽⁵⁸⁾.

Abstract

The article explore the essentials of the historical evolution of the relationship between law and society, starting from some brief remarks on the model of the Social State of law, up to tackle the latest issues related to the phenomenon of globalization.

The second part of the work is developed about the concept of public service, which is an important example of the interconnections between public law and private law. In particular, it refers to the need, imposed by European Union law, to direct the research towards the identification of principles of administrative law and private law, in the belief that the reaffirmation of the principles and values represents a prime step, in ordine to improve good relations between levels of government and especially to recover the true meaning of the principle of legality.

Finally, we proceeded to examine the notion of social citizenship, non without developing critical remarks on the notion of users and on the thesis that recognizes the prevalence of the competition compared to the regulation, highlighting the nature and characters of «social regulation».

⁽⁵⁷⁾ *Contra*, S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, cit., p. 11 ss.; in senso conforme M. D'ALBERTI, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2001, p. 179, che condivide il *favor* per la «pro-competition stance» quale criterio che tutti i regolatori dovrebbero seguire.

⁽⁵⁸⁾ G. NAPOLITANO, *Rapporto di utenza e servizi pubblici*, cit., p. 568 ss.

Vecchi e nuovi problemi in materia di accessione: il caso delle “darsene a secco”, tra espansione demaniale e remunerazione degli investimenti privati

Paolo Brambilla

*Dottorando di ricerca in Diritto europeo dei contratti civili,
commerciali e del lavoro nell'Università Ca' Foscari Venezia*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'ammissibilità della proprietà privata delle “darsene a secco”: dalla teorizzazione della dottrina alle aperture della giurisprudenza. – 3. Le modalità operative dell'art. 943 c.c. in relazione al caso delle darsene a secco. – 4. Il problema dell'interpretazione estensiva del principio di accessione di cui all'art. 943 c.c. – 5. Conclusioni.

1. Premessa

L'art. 943 c.c. prevede che «*il terreno che l'acqua copre quando essa è all'altezza dello sbocco del lago o dello stagno appartiene al proprietario del lago o dello stagno, ancorché il volume dell'acqua venga a scemare. Il proprietario non acquista alcun diritto sopra la terra lungo la riva che l'acqua ricopre nei casi di piena straordinaria*».

In buona sostanza, la suindicata disposizione prevede cioè che il bacino che contiene un lago o uno stagno è di appartenenza del rispettivo proprietario e che non è ammissibile alcun incremento né a favore del proprietario del lago o dello stagno, né del proprietario rivierasco, allorché con il crescere o il decrescere delle acque, venga allagato un tratto del fondo rivierasco, o lasciata scoperta una parte del bacino⁽¹⁾.

(*) *Paper* presentato alla XXV Conferenza internazionale dell'Osservatorio Giordano dell'Amore” sui rapporti tra diritto ed economia, dal titolo «*Fra individuo e collettività. La proprietà nel secolo XXI*», Milano, 8-9 novembre 2012.

(¹) R. ALBANO, G. PESCATORE, F. GRECO, *Della proprietà*, in R. ALBANO, G. PESCATORE, F. GRECO (a cura di), *Commentario del Codice civile*, Libro III, I, *sub artt. 810-956*, Torino, 1968, p. 572-573 e F. DE MARTINO, *Della proprietà*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA, *Commentario del Codice civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Libro III, *sub artt. 810-956*, Bologna-Roma, 1976, p. 534 ss.

Con ciò disponendo una deroga al principio generale di accessione regolato dagli artt. 934 e ss. del codice civile⁽²⁾, alla stregua di quanto già previsto nel diritto romano⁽³⁾ e nel previgente codice civile del 1865⁽⁴⁾.

(²) Sul principio di accessione e sulle diverse forme in cui esso si manifesta, si veda, soprattutto, G. BRANCA, *Accessione* (voce), in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 260 ss. e A. MONTEL, *Accessione* (voce), in *Nuoviss. Dig. It.*, I, Torino, 1957, p. 132. È però necessario evidenziare che, a seguito della modifica degli artt. 942, 945, 946 e 947 c.c., introdotta con la l. 5 gennaio 1994, n. 37, il regime generale in tema di accessione (nella specie dell'alluvione impropria) è stato profondamente modificato. In particolare, l'art. 942 c.c., nella formulazione originaria del testo, prevedeva che «*il terreno abbandonato dall'acqua corrente, che insensibilmente si ritira da una delle rive portandosi sull'altra, appartiene al proprietario della riva scoperta, senza che il confinante della riva opposta possa reclamare il terreno perduto. Questo diritto non ha luogo per i terreni abbandonati dal mare*».

La Corte di Cassazione, nell'interpretare tale disposizione, aveva inoltre, rilevato che «*il fenomeno di incremento fluviale disciplinato, nella particolare forma di accessione denominata alluvione impropria, dall'art. 942 c.c., consiste nell'acquisto, da parte del proprietario o dei proprietari dei fondi posti lungo una delle due rive del fiume, della proprietà del terreno abbandonato dall'acqua corrente che ritirandosi insensibilmente e per cause naturali da una delle rive, si è spostata insensibilmente impercettibilmente ma definitivamente verso l'altra, rivando la riva abbandonata dalle acque della originaria funzione di pubblico interesse dalla quale dipendeva la sua demanialità necessaria; tale fenomeno si distingue, quindi, da quello affine dell'alveo abbandonato di cui all'art. 946 c.c., che consiste nel repentino abbandono, da parte del fiume, del proprio letto originario per aprirsi un nuovo corso*» (Cass. civ. Sez. II, 10 novembre 1994, n. 9376).

E più recentemente, il Tribunale di Catania, con sentenza del 19 aprile 2005 (decidendo un caso risalente a prima dell'entrata in vigore della modifica del 1994) ha evidenziato come fosse senza dubbio condivisibile la tesi, affermata in giurisprudenza, secondo cui «*la proprietà di un terreno, originariamente, demaniale (in quanto appartenente al demanio idrico ex art. 822 c.c.), rimasto scoperto, venga acquistata dal titolare del fondo latitante al corso d'acqua (abbandonato), senza che a suo carico sorga alcun obbligo o dovere di comportamento nei confronti dei proprietari frontisti, titolari dei fondi insistenti sull'opposta riva. Invero, il terreno rimasto abbandonato dall'acqua corrente, viene, a seguito della cessazione della materiale destinazione all'uso pubblico, implicitamente sdemanializzato ed accede al fondo privato in conseguenza della estinzione della proprietà della p.a. ed in virtù della forza assorbente della proprietà, senza alcuna correlazione fra il fenomeno giuridico della sdemanializzazione della riva abbandonata e quello della sussunzione nel demanio fluviale di quella ricoperta di acque, intercorrendo tali fenomeni tra i singoli proprietari da un lato e la p.a. dall'altro (in questo senso, Cassazione n. 5868/1998; più risalente, Cassazione n. 2640/1969)*».

La riforma del 1994, "ribaltando" il significato originario della norma in questione, ne ha però così riformato il testo: «*i terreni abbandonati dalle acque correnti, che insensibilmente si ritirano da una delle rive portandosi sull'altra, appartengono al demanio pubblico, senza che il confinante della riva opposta possa reclamare il terreno perduto. Ai sensi del primo comma, si intendono per acque correnti i fiumi, i torrenti e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia. Quanto stabilito al primo comma vale anche per i terreni abbandonati dal mare, dai laghi, dalle lagune e dagli stagni appartenenti al demanio pubblico*».

(³) Così, in particolare, F. DE MARTINO, *Della proprietà*, cit., p. 528.

(⁴) È interessante rilevare che l'analogia disposizione contenuta nel codice civile del 1865, all'art. 455, prevedeva che «*l'alluvione non ha luogo riguardo ai laghi e agli stagni, il proprietario dei quali conserva sempre il terreno che l'acqua copre, quand'esso è all'altezza*

Nell'interrogarsi sul significato di tale disposizione, gli studiosi che se ne sono occupati in passato si sono però domandati se, in forza di tale norma, potesse comunque ammettersi l'acquisto, rispettivamente, del fondo rivierasco in favore del proprietario del lago o dello stagno, oppure, del lago o dello stagno in favore del proprietario del fondo rivierasco⁽⁵⁾.

E, pur tentando di fornire una risposta a tale domanda, gli stessi hanno evidenziato che, comunque, un caso di questo genere difficilmente si sarebbe potuto registrare nella prassi⁽⁶⁾.

Orbene, tale ipotesi si è invece posta in concreto, sebbene in termini singolari, in relazione ad una delle vicende che più ha interessato la giurisprudenza negli ultimi anni: quella attinente alla determinazione della condizione giuridica delle cd. "darsene a secco"⁽⁷⁾.

2. L'ammissibilità della proprietà privata delle cd. "darsene a secco": dalla teorizzazione della dottrina alle aperture della giurisprudenza

Com'è noto, con l'espressione "darsene a secco" si fa tradizionalmente riferimento a quei porti turistici che sono realizzati mediante lo scavo, su terreni di proprietà esclusivamente privata, di un vaso collegato al

dello sbocco dello stagno, ancorché il volume dell'acqua venga a diminuire. Reciprocamente il proprietario dello stagno non acquista alcun diritto sulle terre rivierasche che la sua acqua ricopre in accrescimenti straordinari»: cfr. sul punto, G. BAUDRY, LACANTINERIE, Trattato di diritto civile, Dei Beni (tradotto sulla terza edizione originale a cura dei proff. P. BONFANTE, G. PACCHIONI, A. SRAFFA), Milano, 1905, p. 276 ss., recante una comparazione rispetto alla corrispondente disposizione del cod. Napoleone.

⁽⁵⁾ Lo esclude radicalmente F. DE MARTINO, *op. cit.*, p. 528; più possibilisti sembrano, apparentemente, R. ALBANO, G. PESCATORE, F. GRECO, *op. cit.*, p. 573, i quali però rilevano che l'acquisto debba avvenire con le forme dell'usucapione. La prima possibilità pare essere, comunque, attualmente esclusa dall'art. 942, co. 3, c.c., nel testo modificato nel 1994 (v. *supra*, nt. 2).

⁽⁶⁾ Così, infatti, R. ALBANO, G. PESCATORE, F. GRECO, *op. cit.*, p. 573, secondo cui, questioni come quella di cui si tratta, «*raramente presentatasi in pratica per il passato (non ci risultano infatti precedenti giurisprudenziali) sono ancor più difficili a verificarsi oggi, dato che i laghi e la maggior parte degli stagni sono di natura demaniale e quindi è ancor meno possibile l'acquisto in proprietà della riva da parte dei privati*».

⁽⁷⁾ Tra le decisioni che, a vario titolo, si sono occupate di tale vicenda, è possibile, infatti, richiamare: Cass. civ., Sez. I, 27 gennaio 1975, n. 316; Cass. civ., Sez. I, 14 febbraio 1979, n. 968; Cass. civ., SS. UU., 6 giugno 1994, n. 5491; Cass. civ., SS. UU., 19 dicembre 1994, n. 10908; Cass. civ., SS. UU., 6 novembre 1998, n. 11211; Cass. civ., SS. UU., 25 ottobre 2002, n. 1552; Cons. Stato, Sez. VI, 27 marzo 2003, n. 160; Trib. Venezia, 16 dicembre 1994, n. 3114; App. Bologna, 22 marzo 1999, n. 559; Trib. Venezia, 28 gennaio 2011, n. 272.

mare o ad un fiume mediante la costruzione di un canale artificiale o il taglio dell'arginatura⁽⁸⁾.

In relazione a tale fattispecie, che non trova, ad oggi, una espressa disciplina nel nostro ordinamento, si è posto il seguente problema: se le darsene scavate a secco, dovessero essere considerate, necessariamente, quali beni aventi natura demaniale, oppure se delle stesse potesse essere ammessa anche la proprietà privata.

A grandi linee, la vicenda giurisprudenziale che le ha interessate è stata esaminata in questi termini: (A) innanzitutto, si è posto il problema se le darsene a secco potessero avere natura privata, sebbene, apparentemente, palesassero le medesime caratteristiche che contraddistinguono la categoria dei "porti", che il nostro ordinamento qualifica espressamente come beni del demanio marittimo; (B) inoltre, proprio al fine di comprendere la loro natura giuridica, si è posto l'accento sulla configurabilità, nei casi esaminati, dell'elemento fisico-morfologico della comunicazione della darsena con il mare, nonché della conseguente accessione alla demanialità dell'acqua pubblica.

Queste prospettive, tra di loro complementari, sono state esaminate dalle Corti adite in modo sostanzialmente contestuale; si tenterà nondimeno di esporle nell'ordine sopra indicato, per mere ragioni di chiarezza.

(A) È generalmente risaputo che la questione della proprietà privata delle darsene scavate a secco è stata posta, soprattutto, dall'Impallomeni⁽⁹⁾, che per primo, ed in polemica con il Querci⁽¹⁰⁾, ha ritenuto ammissibile una siffatta ipotesi.

In particolare, l'Impallomeni è pervenuto a tale conclusione applican-

⁽⁸⁾ Così, in particolare, M. OLIVI, *La proprietà dei porti turistici*, in *Foro Amm. - C.st.*, 2009, 11, p. 2685 ss.; sull'argomento, si veda altresì, S. ZUNARELLI, *Osservazioni in merito alla qualificazione giuridica delle darsene scavate a secco su aree private*, in *Dir. mar.*, 4, 2009, p. 1144 ss., A. CLARONI, *La natura giuridica delle darsene scavate a secco su aree private*, in *Dir. trasp.*, 2004, p. 484 ss. e FG. COCA, A. FORZA, *Darsene a secco e pericolose derive concettuali*, in *Foro Amm. - C.st.*, 2003, 3, p. 1108 ss.; G. DI GIANDOMENICO, *Demanialità marittima e subingresso nella concessione dei porti turistici*, in *Foro Amm. - C.st.*, 7-8, p. 2354 ss.

⁽⁹⁾ G. IMPALLOMENI, *L'ammissibilità della proprietà privata sulle darsene interne*, in *Riv. dir. civ.*, Padova, 1975, p. 482 ss. e, più di recente, G. IMPALLOMENI, *Le rade, i porti, le darsene e le opera a terra*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, p. 1182 ss.

⁽¹⁰⁾ F.A. QUERCI, *Demanio marittimo (voce)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 94, secondo cui, invece, «qualificando come demaniali i porti e le rade, il codice civile e quello della navigazione vogliono ricomprendere tra i beni demaniali marittimi ogni insenatura delle coste atta ad agevolare la sosta alla navi e a servire al traffico marittimo, tanto le insenature naturali, con o senza costruzioni ed altri apprestamenti, quanto i porti artificiali, che possono essere realizzati in zone più o meno interne del territorio nazionale. Sicché sono pure demaniali le zone di terraferma (oltre il lido e la spiaggia) occupate dalle costruzioni e da altre opere portuali (...)».

do il "metodo storico-comparatistico"⁽¹¹⁾: esaminando cioè l'art. 822 c.c. e gli artt. 28 e 56 cod. nav., da cui si evince la disciplina che regola la materia in questione, alla luce dei principi del diritto romano ed in comparazione con i testi normative delle altre codificazioni europee posti a regolare il regime giuridico dei beni pubblici.

Ad esito della propria disamina, l'Autore giungeva a sostenere che, allorché nel diritto romano e nei testi normativi degli altri Paesi europei si erano annoverati i porti tra i beni demaniali, ci si era riferiti ai soli porti di mare, ossia esclusivamente alle sole zone di mare chiuse, atte al rifugio.

Da ciò conseguendo che, poiché una semplice derivazione artificiale d'acqua non avrebbe potuto certamente qualificare come "mare" lo specchio d'acqua confluito nella darsena, quest'ultima non avrebbe trovato che natura privata.

Ad avviso dello stesso Autore, l'esame della disciplina vigente nell'ordinamento italiano, rappresentata soprattutto dagli artt. 822 c.c. e 28 cod. nav., non avrebbe potuto condurre a conclusioni diverse, a maggior ragione, se si considerava che, nella disciplina interna, i porti venivano inclusi tra i beni demaniali marittimi, proprio per la loro conformazione naturale: il che dunque escludeva che le strutture destinate alla nautica da diporto, che venivano realizzate, per l'appunto, artificialmente, potessero essere assimilate, quanto alla loro natura giuridica, ai porti.

Peraltro, l'Impallomeni sosteneva che, a sostegno della propria tesi, soccorressero ulteriori disposizioni presenti nella disciplina vigente, ed, in particolare: l'art. 842 c.c., allorché impone per l'esercizio della pesca il consenso del proprietario ed fondo, riconoscendo implicitamente che un fondo private possa essere costituito da uno specchio d'acqua; l'art. 943 c.c., laddove riconosce implicitamente la possibilità di una proprietà privata per laghi e stagni e, infine, l'art. 56 cod. nav., che riguardando i soli porti ed approdi adibiti al pubblico servizio della navigazione interna su laghi, fiumi e canali, implicherebbe che tali beni possano anche non essere adibiti ai fini previsti dalla norma.

Con il che, qualora si fosse stati in presenza di bacini creati artificialmente mediante l'escavazione del terreno e l'inondazione delle acque e comunicanti con queste attraverso canali, non si sarebbe potuto parlare né di laguna, né di bacini naturali comunicanti liberamente con il mare.

Questa tesi, in un primo momento non accolta pienamente dalla Corte di Cassazione sul presupposto che le darsene così ricavate sarebbero state comunque da ritenere idonee all'uso pubblico⁽¹²⁾, veniva, in seguito,

⁽¹¹⁾ F.G. SCOCA, A. FORZA, *Darsene a secco e pericolose derive concettuali*, cit.

⁽¹²⁾ Si veda Cass. civ., Sez. I, 27 gennaio 1975, n. 316, relativa agli stagni di Cabras, su

recepita dalla stessa Cassazione, con la sentenza n. 968 del 14 febbraio 1979⁽¹³⁾, con la seguente argomentazione: distinguendo tra beni rientranti nel demanio di origine naturale e demanio “accidentale”, la Suprema Corte rilevava cioè che la destinazione di un bene, ai fini di pubblico interesse, non sarebbe stata sufficiente a determinare la demanialità del bene stesso se non in correlazione all’acquisto da parte dell’ente pubblico.

Cosicché, evidenziava la Corte di Cassazione, «*diversamente dai beni del demanio marittimo necessario, che l’art. 28 c. nav. individua in beni di origine naturale, la cui proprietà non può che essere pubblica, le costruzioni e le opere (...) quali i moli, le dighe, le darsene ecc. possono appartenere, nel regime giuridico vigente, anche ai privati*».

L’esistenza dell’elemento di natura funzionale non era dunque ritenuta più sufficiente per impedire la proprietà privata delle darsene a secco, tanto da indurre la stessa Cassazione a concludere per «*l’infondatezza della tesi che vorrebbe inferire dal solo fatto della destinazione del manufatto all’approdo delle imbarcazioni (...) il sorgere della demanialità e, correlativamente, la cessazione del diritto private di proprietà (...) in materia di demanio accidentale*» in forza dell’art. 29 cod. nav.

Dello stesso tenore risultava la più recente pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 marzo 2003, n. 160⁽¹⁴⁾ – la prima del Giudice amministrativo d’appello sull’argomento⁽¹⁵⁾ – con la quale si riteneva che le darsene a secco «*non sono riconducibili alla nozione di “porto” di cui alla lett. a) art. 28 Cod. Nav. (e art. 822 Cod. Civ.), né possono considerarsi quali “pertinenze del demanio marittimo” ai sensi dell’art.29*».

Ciò, in quanto «*la nozione di porto cui fa riferimento l’art. 28 Cod. Nav. presuppone una realtà che deve esistere naturalmente, e come tale*

cui per una disamina critica, G. IMPALLOMENI, *Le rade, i porti, le darsene e le opera a terra*, cit., p. 1192 ss.

⁽¹³⁾ Che però è rimasta “inascoltata” per quasi un decennio, continuandosi ad applicare la circolare del Ministero della Marina Mercantile, n. 172 del 2 marzo 1978 che *tout court* affermava la necessaria natura demaniale delle darsene scavate a secco (e denominate «porticcioli»), cfr., G. IMPALLOMENI, *Le rade, i porti, le darsene e le opera a terra*, cit., p. 1196 ss.

⁽¹⁴⁾ In particolare, l’oggetto del giudizio verteva sull’impugnazione del dm 30 luglio 1998, n. 343, con il quale il Ministero dei trasporti e della Navigazione, in sede di rideterminazione dei “canoni per concessione di beni del demanio marittimo e di zone del mare territoriale aventi ad oggetto la realizzazione e la gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto”, aveva previsto all’art. 5, 2 co., che acquisissero immediatamente la qualificazione demaniale marittima (con conseguente assoggettamento al pagamento del canone) i “canali di comunicazione con il mare”, gli “specchi acquei portuali realizzati in base alla concessione” e le “relative sponde, per l’ampiezza di banchina ritenuta dall’autorità concedente tale da assicurare la funzione portuale delle strutture e comunque non inferiore a metri sei dal ciglio”.

⁽¹⁵⁾ F.G. COCA, A. FORZA, *Darsene a secco e pericolose derive concettuali*, cit.

assolvere alla funzione sua propria, anche senza opere di adattamento o perfezionamento, intendendosi con tale nozione il tratto di mare chiuso che per la sua particolare natura fisica è atto al rifugio, all'ancoraggio ed all'attracco delle imbarcazioni provenienti dall'alto mare. In questo contesto è evidente che la darsena costruita a secco su area privata non è assimilabile al porto e non fa parte del demanio marittimo naturale. La demanialità non deriva, infatti, dall'aver realizzato un bacino mediante lo scavo artificiale del terreno e dalla conseguente utilizzazione dello specchio d'acqua per le necessità dei natanti, ma solo dalla particolare natura fisica di tale specchio d'acqua, e cioè dal fatto che esso costituisce un tratto di mare chiuso».

D'altra parte, aggiungeva il Consiglio di Stato, non è possibile neppure considerare le darsene quali pertinenze del demanio marittimo alla stregua dell'art. 29 cod. nav., «dal momento che, "le costruzioni e le altre opere" realizzate "entro i limiti del demanio marittimo" entrano a far parte di detto demanio solo in ragione della loro appartenenza allo Stato», né «possono annoverarsi tra i beni del demanio marittimo, (...) i "canali di comunicazione con il mare" (e "relative sponde...") costruiti in funzione della darsena: e ciò per la decisiva considerazione che, ai sensi dell'art. 28, lett. c) Cod. Nav., sono definiti come demaniali i soli canali "utilizzabili ad uso pubblico marittimo", mentre il canale che colleghi al mare una darsena, ove questa sia privata, non assolve certamente ad un uso pubblico».

Con ciò dunque riprendendo le medesime considerazioni già sviluppate sul punto dalla Cassazione.

(B) Una volta ritenuto tendenzialmente superato il presupposto della compatibilità delle darsene realizzate mediante l'escavazione su terreni di proprietà rispetto al regime privatistico, la giurisprudenza ha orientato l'oggetto della propria indagine verso una direzione diversa, ponendo cioè l'accento, ai fini della determinazione della natura della darsena realizzata su aree private, sull'elemento fisico-morfologico della comunicazione della darsena stessa con il mare e della conseguente accessione alla demanialità dell'acqua pubblica.

In questo senso, si pronunciavano, ad esempio, il Tribunale di Venezia, con sentenza del 16 dicembre 1994, n. 3114 e la Corte d'Appello di Bologna con decisione del 22 marzo 1999, n. 559⁽¹⁶⁾ e, specialmente in quest'ultimo caso, si evidenziava come il fattore decisivo che contraddistingue un bene del demanio marittimo risiederebbe nel fatto che esso è posto al servizio dei pubblici usi del mare, come già autorevolmente

⁽¹⁶⁾ Richiamate proprio da F.G. SCOCA, A. FORZA, *Darsene a secco*, cit.

sostenuto dalla dottrina⁽¹⁷⁾: in tal senso, la Corte osservava, infatti, che «*la darsena essendo destinata alla creazione di un approdo privato per imbarcazioni da diporto, ha un'utilizzazione limitata dai singoli utenti specificatamente ammessi all'approdo, cosicché si deve escludere la sua idoneità attuale a servire all'uso pubblico del mare, che presuppone il diritto di accesso alla generalità degli utenti*».

Anche in questa ipotesi, dunque, il requisito della libera comunicazione con il mare di cui all'art. 28 cod. nav., «*pur essendo indispensabile, non costituisce il solo fattore decisivo e qualificante della demanialità*», configurandosi come recessivo rispetto all'*effettivo uso del bene* circoscritto ai soli utenti ammessi all'approdo.

3. *Le modalità operative dell'art. 943 c.c. in relazione al caso delle darsene a secco*

Parallelamente a questi approdi, la giurisprudenza ha tuttavia maturato un diverso orientamento, essenzialmente incentrato sul presupposto per cui, ai fini della determinazione della natura della darsena, sarebbe necessario fare riferimento all'art. 943 c.c.

Di tale orientamento, costituiscono ampia testimonianza le decisioni degli ultimi anni, sulla questione delle darsene a secco⁽¹⁸⁾: a partire dalla sentenza delle SS.UU. della Corte di Cassazione, 6 novembre 1998, n. 11211, con la quale la Suprema Corte ha espresso, per la prima volta, il seguente principio di diritto: «*nell'ipotesi in cui il proprietario di un suolo sito sull'alveo di un lago realizzi una darsena mediante escavazione del proprio suolo, facendo sì che l'acqua lacustre allaghi lo scavo, non è possibile scindere tra proprietà privata del suolo e proprietà demaniale dell'acqua e così ritenere che la darsena appartenga al privato, salvo il diritto della p.a. alla derivazione. Al contrario, posti i principi di inseparabilità tra acqua ed alveo e di inalienabilità dei beni del demanio pubblico, deve ritenersi che, per accessione alla cosa principale, il terreno, originariamente privato, ma trasformato in darsena, sia divenuto anch'esso demaniale*»

E ciò, proprio alla stregua di quanto previsto dall'art. 943 c.c., in forza del quale, «*l'astensione dell'alveo (...di un lago o di uno stagno, ndr) deve essere determinata con riferimento al livello delle piene ordinarie*

(17) F.A. QUERCI, *op. cit.*, p. 97.

(18) Si veda, infatti, tra le altre, Cons. Giust. Amm., Regione Sicilia, 5 maggio 2009, n. 346; Trib. Trieste, 27 luglio 2010, n. 721; e, da ultimo, Cass. civ., Sez. II, 31 gennaio 2012, n. 1379.

allo sbocco del lago, senza che si possa tener conto del perturbamento determinato da cause eccezionali».

La Cassazione ha cioè statuito che ove una darsena privata sia realizzata in prossimità del sedime di un lago, di proprietà del demanio idrico, mediante l'allagamento dello scavo con l'acqua del bacino stesso, essa acquisirebbe carattere demaniale, non essendo più possibile separarla dal bacino. A ciò soccorrendo quanto previsto dall'art. 943 c.c., in quanto esso «*non prevede frazionamenti del regime proprietario, tanto più in combinato disposto con i menzionati artt. 822 e 823 c.c., primo comma, con riferimento a laghi demaniali*».

In tal quadro, dunque, salvo i casi di piena straordinaria⁽¹⁹⁾, il fondo rivierasco, invaso in modo permanente dall'acqua del lago o dello stagno, accederebbe ad essi - quale bene accessorio rispetto al bene principale - venendo acquisito dal medesimo proprietario di questi ultimi beni.

E ciò, sulla base di due considerazioni, ossia: a) l'art. 943 c.c. non permette il frazionamento proprietario dei beni da esso regolati; b) un tale frazionamento è, oltretutto, contrario ai principi posti dagli artt. 822 e 823, co. 1, c.c. in materia di beni del demanio dello Stato.

La Cassazione, ritenendo che nel caso di specie la disposizione in esame dovesse intendersi come una delle forme in cui si manifesta il principio di accessione di cui agli artt. 934 c.c. ss., ha dunque "ribaltato" la tradizionale prospettiva elaborata dalla dottrina in relazione all'art. 943 c.c.: laddove cioè era stato ritenuto che tale disposizione configurasse un'ipotesi in cui il principio di accessione non operava, le Sezioni Unite implicitamente rilevavano che, invece, in un caso specifico, tale interpretazione non potesse essere accettata.

E che, in quel caso, proprio in forza dei presupposti indicati dalla norma, si sarebbe verificata un'ipotesi di accessione.

Tale insegnamento è stato in seguito integrato dalla sentenza 25 ottobre 2002, n. 1552, con la quale le stesse SS.UU. della Cassazione hanno chiarito che è comunque «*esclusa la demanialità della darsena costruita su suolo privato circondato da proprietà privata con accesso al lago mediante un lungo canale che regola il flusso e il deflusso delle acque, in assenza di una modificazione strutturale del lago, quale situazione di fatto, mediante espansione dell'alveo fino alla darsena, valevole come modo di acquisto per tale bene artificiale della qualità di bene pubblico*».

Con quest'ultima pronuncia, le SS.UU. della Cassazione hanno cioè osservato che, al fine di far acquisire alla darsena natura demaniale, non è sufficiente che le acque del lago la "invadano", essendo invece

⁽¹⁹⁾ Cfr. Cass. civ., SS.UU., 6 giugno 1994, n. 5491; Cass. civ., SS. UU., 19 dicembre 1994, n. 10908; Trib. Reg. Acque Lombardia, 26 gennaio 1988.

necessario che ciò si sia verificato in forza di una modifica strutturale dell'alveo dello stesso lago. E così le SS.UU. hanno delimitato in modo sensibile l'ambito di operatività della disposizione *de qua*.

Senonché, questa prospettiva, alla quale si è allineata -seppure con pronunce alterne- la giurisprudenza successiva, ha introdotto una questione ulteriore che può essere così esposta: benché l'ambito di operatività di cui all'art. 943 c.c. sia apparentemente circoscritto all'ipotesi dei laghi e degli stagni, tale disposizione non esclude la possibilità che la regola da esso formulata operi anche in circostanze diverse da quelle espressamente indicate. Ciò solleva dunque il dubbio che lo stesso art. 943 c.c. possa configurarsi quale vero e proprio principio di accessione di "ordine generale", applicabile cioè anche al di là delle fattispecie (lago o stagno) strettamente contemplate dalla norma (come, ad esempio, nel caso in cui i beni interessati dall'accessione siano beni del demanio marittimo, quali i bacini di acqua salmastra, o le lagune).

Orbene, tale possibilità, sebbene sia stata del tutto respinta dalla giurisprudenza degli anni passati⁽²⁰⁾, è stata recentemente riproposta in occasione di due recenti giudizi⁽²¹⁾.

⁽²⁰⁾ Non del tutto favorevole all'estensione del principio di cui all'art. 943 c.c. potrebbe sembrare, apparentemente, Cass. civ. Sez. Unite, 6 novembre 1998, n. 11211 essendosi la Cassazione limitata a rilevare, come sopra rilevato, che l'art. 943 cc «*non consente dunque frazionamenti del regime proprietario, tanto più, in combinato disposto con i menzionati artt. 822 e 823 c.c., primo comma, con riferimento a laghi demaniali*», senza pertanto sostenere apertamente una generale applicazione di tale istituto.

Di tale avviso è parso anche Cons. Giust. Amm., Regione Sicilia, 5 maggio 2009, n. 346, che, proprio con riferimento proprio alla menzionata sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione ha ritenuto che «*in verità il principio affermato dalla sentenza citata non è rapportabile alla situazione qui in esame, essendo stato costruito esclusivamente in relazione alla situazione del Demanio lacuale*».

La stessa interpretazione restrittiva è stata accolta anche in tempi più recenti ed in modo più esplicito dal Tribunale di Trieste, con la decisione 27 luglio 2010, n. 721, che ha escluso «*l'applicabilità dell'insegnamento di Cass. Sent. n. 11211 del 1998, in quanto la sentenza era relativa ad una darsena ricavata nell'alveo di un lago. Piuttosto, da tale sentenza occorre prendere le mosse per escludere che sia l'accesso dell'acqua - res comune omnium - a determinare una inammissibile accessione al demanio di un bene immobile privato*».

Un'ulteriore conferma di questo orientamento si rinviene, infine, nella decisione della Cass. civ. Sez. II, 31 gennaio 2012, n. 1379, la quale ha escluso l'estensione dell'art. 943 cc all'ipotesi in cui una darsena costruita da un privato a ridosso del sedime di un fiume, essendo «*diverse le norme che identificano da un lato il demanio marittimo e i porti naturali, che ne fanno parte, e dall'altro il demanio lacuale, sicché non è comprensibile l'assimilazione delle due prospettazioni*».

⁽²¹⁾ Si veda, infatti, Trib. Venezia, 28 gennaio 2011 n. 272 e App. Venezia, 14 luglio 2005, n. 1142: quest'ultima però cassata con rinvio ad altra sezione della medesima Corte d'Appello da Cass. civ. Sez. II, 31 gennaio 2012, n. 1379. In entrambi i giudizi oggetto dell'accessione sarebbero beni demaniali (riconducibili alla Laguna di Venezia).

Si premette che la giurisprudenza che se ne è occupata si è solo limitata a negare (più sovente) o ad ammettere (più raramente) la valenza generale dell'art 943 c.c.: senza cioè apportare alcuna ragione a supporto delle rispettive conclusioni, né, tantomeno, formulando alcuna argomentazione a detrimento della tesi contraria⁽²²⁾. E ciò, sorprendentemente, trattandosi di una questione che è spesso risultata centrale al fine di decidere le vertenze sottoposte alla attenzione delle Corti⁽²³⁾.

Non pare dunque inutile riflettere su talune delle ragioni che potrebbero essere poste a sostegno delle due opposte posizioni.

4. Il problema dell'interpretazione estensiva del principio di accessione di cui all'art. 943 c.c.

4.1. A supporto della prevalente tesi giurisprudenziale, contraria alla generale applicazione dell'art. 943 c.c., depone sia il testo della norma sia la sua rubrica: il primo, perché circoscrive l'operatività della disposizione alle ipotesi espressamente indicate; la seconda, per il solo fatto di essere intitolata ai «*laghi e ai fiumi*».

Alle medesime conclusioni si perviene, inoltre, ragionando su un piano diverso: ove cioè ci si interroghi sulla possibilità che una disposizione prevista espressamente in relazione ai soli beni riconducibili al cd. demanio idrico, qual è l'art. 943 c.c., possa essere estesa a beni facenti parte di un'altra categoria, consistente in quella del demanio marittimo.

È, infatti, noto che la giurisprudenza ha avuto modo di rilevare, sin da tempo risalente, la profonda distinzione tra i beni del demanio marittimo e quelli appartenenti al demanio idrico, sostenendo, ad es., che «*le opere idrauliche, le golene e le terre emergenti, che si trovino alla foce di un fiume, in zona di demanio marittimo, non fanno parte di tale demanio, poiché la compresenza di un interesse marittimo non priva il demanio idrico e le opere idrauliche della loro specifica funzione pubblica*» (Trib. Sup. Acque, 5 giugno 1990, n. 45; sulla differenza tra demanio idrico e marittimo, v. anche Cass. civ., Sez. II, 31 gennaio 2012, n. 1379).

In tale prospettiva, mentre i beni del demanio idrico sarebbero preordinati alla fruizione dell'acqua per usi di pubblico generale interesse ed

⁽²²⁾ Si discosta parzialmente da tale considerazione Cons. Giust. Amm. Regione Sicilia, 5 maggio 2009, n. 346, che però, come evidenziato *supra* nel testo, ha escluso l'operatività dell'art. 943 cc sul presupposto che il caso di specie riguardava l'accessione di un bene, essenzialmente al mare.

⁽²³⁾ Che è proprio l'oggetto su cui verte Trib. Venezia, 28 gennaio 2011, n. 272 e Cass. civ., Sez. II, 31 gennaio 2012, n. 1379.

alla difesa del territorio dai danni derivanti da un regime non controllato dalle acque, i beni del demanio marittimo si contraddistinguerebbero, invece, in relazione alla loro funzione strumentale alla navigazione ed al traffico (essendo connessi ai c.d. “pubblici usi del mare”).

Con il ch , l’estensione al demanio marittimo del principio *de quo* sarebbe esclusa anche sotto quest’ultimo profilo.

È per  evidente che quest’ultima considerazione, non potendo essere riferita al caso in cui i beni in considerazione siano in propriet  di privati (e non del demanio), lascia, in ogni caso, impregiudicata la questione principale: ossia, se l’art. 943 c.c. possa essere interpretato alla stregua di un principio di accessione di ordine generale⁽²⁴⁾.

4.2. Pi  articolate appaiono, invece, le argomentazioni che possono essere sollevate a sostegno della tesi che ritiene ammissibile la generale applicazione dell’art. 943 c.c.

a) Un primo argomento a favore di questa tesi si deduce dalla stessa sentenza delle SS.UU. della Corte di Cassazione, 6 novembre 1998, n. 11211, laddove si sottolinea come l’art. 943 c.c. non consenta un frazionamento della propriet  dei beni da esso regolati. Ci  significa, infatti, che laddove le acque di un lago, di uno stagno, o di quei beni che morfologicamente sono ad essi assimilabili, invadono in modo definitivo un fondo rivierasco, il proprietario dei primi non pu  che coincidere con il proprietario di quest’ultimo. Nello stesso tempo, la conclusione raggiunta dalle SS.UU. (e confermata dalla giurisprudenza successiva) esclude peraltro il caso contrario: ossia, l’ipotesi in cui il proprietario del fondo rivierasco acquisisca la parte del bacino lasciata scoperta in modo permanente dalle acque. Ove si ammettesse una tale possibilit , infatti, si frazionerebbe proprio il regime proprietario del bene in questione, che, come specificato dalle stesse SS.UU. nella sent. n. 1552/2002, coincide con il suo alveo⁽²⁵⁾.

b) Una seconda argomentazione a supporto della generale applicabilit  dell’art. 943 c.c. proviene dalla stesso Autore che, per primo, ha affermato l’ammissibilit  della propriet  privata delle darsene a secco. Nel sostenere che si doveva certamente ritenere ammissibile l’esistenza

⁽²⁴⁾ Tale considerazione sembra inoltre trovare un ostacolo ove si consideri che l’art. 942, co. 3, c.c., in seguito all’entrata in vigore della l. 5 gennaio 1994, n. 37, ha “equiparato” la situazione dei fiumi a quella di laghi, lagune e stagni «*appartenenti al demanio pubblico*», con riferimento al riferimento alla fattispecie ivi regolata (si veda, in particolare, *supra*, nt. 2).

⁽²⁵⁾ Senza peraltro contare che quest’ultima ipotesi sarebbe del tutto vietata nel caso in cui la propriet  del bene fosse demaniale, dato che essa comporterebbe, del tutto illegittimamente, la sua sdemanializzazione.

di canali e bacini naturali di proprietà privata, l'Impallomeni aveva, infatti, rilevato espressamente che ciò poteva avvenire proprio in forza della regola contenuta nell'art. 943 c.c., avendo tale disposizione «*carattere generale (...dato che, ndr.) per estensione, è applicabile pure ai canali anch'essi bacini di acqua ferma, prescindendo dalla salinità o dalla comunicazione con il mare o con un fiume o con altre acque demaniali*»⁽²⁶⁾. Il che era assolutamente in linea con la tesi da Egli prospettata, secondo cui i laghi e gli stagni (e, dunque, le darsene) potevano senza dubbio avere natura privata.

c) Alla medesima conclusione sembrano inoltre condurre, seppure indirettamente, le considerazioni svolte da talune delle stesse sentenze che escludono una siffatta possibilità⁽²⁷⁾.

A ciò soccorre, in particolare, la decisione del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia, 5 maggio 2009, n. 346, che, pur escludendo al caso da essa esaminato l'applicazione del principio formulato nella sentenza della Corte di Cassazione n. 11211/1998, ha però osservato che quest'ultima «*ha applicato il principio derivante dalla definizione di "lago" scaturente sia dal linguaggio scientifico proprio della geografia fisica, sia del diritto. Il lago, infatti, è costituito da una depressione del terreno colma di acqua, alimentata in varia natura. Per lago, sotto un profilo giuridico, quindi si intende non già la massa acquea interclusa tra le sponde in quanto elemento liquido, ma la sua stessa esistenza quale superficie utilizzabile nonché l'alveo, vale a dire la porzione di terreno ricoperta dalle acque, ed infine le rive. Da ciò deriva che l'escavazione di un tratto di riva per la creazione di una darsena determina una situazione di accessione alla cosa principale (il lago) a causa della sostanziale estensione dell'alveo e la pratica modificazione della linea di riva. In parole semplici, l'escavazione determina una situazione simile ad un "allargamento" del lago ma appunto ciò induce che si sia verificata anche un ampliamento della res demaniale "lago"*».

Il Giudice amministrativo siciliano ha cioè ritenuto che il principio di accessione, regolato dall'art. 943 c.c., presuppone che l'escavazione della darsena, pur determinando una situazione simile ad un "allargamento" di un lago, importa un ampliamento del suo alveo e, di conseguenza, una alterazione dello stato dello stesso bene demaniale, di modo che la creazione della darsena darebbe luogo ad una situazione di accessione alla cosa principale (rappresentata dal lago).

Sennonché, così inteso, il principio della norma potrebbe certamente

⁽²⁶⁾ G. IMPALLOMENI, *Le rade, i porti, le darsene e le opera a terra*, cit., p. 1187.

⁽²⁷⁾ V. *supra*, nt. 20.

essere esteso ad altri beni facenti parte del demanio, laddove si profilassero le medesime condizioni “morfologiche”: essendo sufficiente ai fini della sua operatività il mero ampliamento dell’alveo in cui è ricondotto il bene demaniale, a prescindere dal suo inquadramento giuridico.

E, peraltro, la stessa Corte ha escluso l’operatività di tale principio solo sul presupposto che «nel caso di specie riguardante il mare, e negli altri presenti in Italia del tutto consimili, riguardanti la contiguità con la costa e quindi con il mare, l’accessione sarebbe del tutto contraria oltre che alle norme del codice civile, anche ai principi risalenti sopra enunciati, oltre che, soprattutto, al buon senso, atteso che non si tratta, sicuramente, di una situazione nella quale si sia verificato un “allargamento del mare”».

Il che implicitamente potrebbe confermare che esso trovi applicazione in tutti i casi in cui sussistano i presupposti per l’accessione.

d) Un’ulteriore argomentazione a favore della generale applicabilità dell’art. 943 c.c., si trae, infine, da una lettura più approfondita della stessa sentenza della Cass. civ., SS.UU., 6 novembre 1998, n. 11211.

In tale decisione, la Corte di Cassazione ha, infatti, espressamente rilevato che «non può trascurarsi di considerare che la legge prevede una serie di limitazioni quanto alle facoltà di godimento delle proprietà limitrofe a beni pubblici: e così, tra l’altro, l’art. 879 c.c., (...) e gli artt. 55 e 77 del codice navale (...) Disposizioni, queste, che sono dirette ad apprestare una maggior tutela, per così dire esterna, ai beni demaniali, al fine di impedire che ne siano compromesse le facoltà di godimento. In tale quadro normativo devono essere esaminati gli effetti giuridici prodotti dalle modificazioni strutturali dei beni, le quali possono essere naturali o artificiali: ipotesi, quest’ultima, che ricorre nella specie, nella quale, come detto, una porzione di terreno, originariamente privata, è stata trasformata in darsena mercé opere di escavazione, sbancamento ed allagamento».

In questa prospettiva, la valenza generale del “principio di accessione”, di cui all’art. 943 c.c., si trarrebbe non solo dalla considerazione per cui la regola ivi enunciata opera sempre ove vi siano le condizioni fisiche previste dalla norma (prescindendo cioè dal fatto che si tratti di un lago o di uno stagno), ma anche in relazione allo scopo generale perseguito da tale disposizione: consistente, ad avviso della Cassazione, nella tutela “esterna” dei beni demaniali, onde impedire una qualsivoglia limitazione del loro godimento.

Cosicché, l’accessione ex art. 943 c.c. troverebbe applicazione, a maggior ragione, per il fatto che viene in rilievo un bene del demanio marittimo: ossia, un bene il cui godimento spetta, senza alcuna limitazione di specie, alla collettività; e a cui verrebbe parzialmente sottratto ove si perpetuasse a ritenere privata la darsena la cui esistenza e funzionalità dipende esclusivamente dalle acque del bene demaniale stesso.

Elevando su un piano più generale le considerazioni esposte dalla Corte di Cassazione, si dovrebbe, di conseguenza, dedurre che il principio di accessione tratto dall'art. 943 c.c. può essere suscettibile di configurare (e legittimare) un'ipotesi di sottrazione della proprietà privata, in risposta ad una esigenza intrinseca della collettività⁽²⁸⁾.

Ciò solleva però il seguente interrogativo: la *ratio* sottesa all'art. 943 c.c. può essere effettivamente ritenuta rispondente ad una tale finalità? Orbene, ad avviso di chi scrive, la risposta può essere di due tipi.

Una prima risposta è di ordine essenzialmente "formale": in questa prospettiva cioè l'art. 943 c.c. regolerebbe una fattispecie ben precisa, relativa a beni determinati, e non suscettibile di estensione ad altri beni; ciò a maggior ragione laddove si arrivi ad interpretare tale disposizione alla stregua di una delle manifestazioni del principio di accessione.

Viceversa, secondo una diversa interpretazione, la norma in questione opererebbe in tutte le sue forme, ove siano presenti i requisiti "morfologici" da essa tratteggiati: ossia, sia come divieto all'incremento della proprietà nel caso di accrescimento o decrescimento "straordinario" delle acque del bene interessato, sia quale modalità in cui si estrinseca il principio di accessione, laddove l'inondazione abbia prodotto un effetto non estemporaneo.

In questo secondo approccio, la norma sarebbe dunque da interpretarsi in modo estensivo a tutti i beni che possono presentare le medesime caratteristiche di quelli da essa disciplinati.

Se così è, il principio di accessione tratto dall'art. 943 c.c. dovrebbe allora operare a maggior ragione ove si tratti di beni aventi natura demaniale, in quanto tale principio si integrerebbe con la disciplina del codice civile, volta a tutelare proprio tale categoria di beni⁽²⁹⁾.

Orbene, ove si esamini la giurisprudenza successiva a Cass. civ., SS.UU., 6 novembre 1998, n. 11211, sembra possibile rilevare che le Corti investite del potere di decidere della questione abbiano tendenzialmente cercato di accogliere questa seconda interpretazione⁽³⁰⁾.

⁽²⁸⁾ Conclusione peraltro del tutto avversata da F.G. SCOCA, A. FORZA, *Darsene a secco e pericolose derive concettuali*, cit.

⁽²⁹⁾ Una conferma di tale considerazione sembra potersi evidenziare laddove si consideri che la finalità espressa posta alla base della già citata l. 5 gennaio 1994, n. 37, consisteva proprio nel tutelare le aree demaniali dei fiumi, dei torrenti, dei laghi e delle altre acque pubbliche.

⁽³⁰⁾ Si è, infatti, rilevato che già con la sentenza n. 1552/2002 le Sezioni Unite avevano rimodulato la propria precedente decisione del 1998, interpretando l'art. 943 c.c. in senso più restrittivo, con riferimento alle modalità in cui esso dovrebbe operare: ossia, ritenendo che l'accessione potesse avvenire solo qualora la realizzazione della darsena avesse comportato una modifica strutturale del bene demaniale delle cui acque il privato si serviva.

L'approccio della giurisprudenza rispetto alla questione in esame parrebbe dunque consentire un'interpretazione del principio di accessione, di cui all'art. 943 c.c., più estensiva rispetto al suo contenuto dispositivo, pur con i limiti "operativi" sopra riferiti⁽³¹⁾.

Circostanza che potrebbe indurre a propendere per un'applicazione meno rigida della disposizione in questione.

Tale insegnamento integrativo, osservato anche nella giurisprudenza successiva, non ha però mutato il presupposto da cui le Sezioni Unite erano partite nel 1998, consistente nel fatto che il principio di accessione ex art. 943 c.c. opera in favore del proprietario del lago o dello stagno, nel momento in cui non è più possibile scindere tra proprietà del suolo e proprietà dell'acqua.

Presupposto che, nella genericità della sua formulazione, sembrerebbe suscettibile di poter essere esteso, senza difficoltà, anche ad altre ipotesi analoghe.

⁽³¹⁾ Sintomatico di tale approccio sembra essere la già citata decisione della Corte di Cassazione n. 1552 del 2002, nella quale si rileva che la fattispecie da essa esaminata si distinguerebbe rispetto a quella oggetto della sentenza delle SS.UU. della Cass. civ. n. 11211/1998, perché, in quest'ultimo caso, «l'inscindibilità tra proprietà privata del suolo e proprietà demaniale dell'acqua con conseguente demanialità per accessione del terreno privato trasformato in darsena è stata affermata sul presupposto che il privato sia proprietario di un suolo "sito sull'alveo del lago" e che tale suolo sia stato trasformato in darsena mediante "opere di escavazione, sbancamento ed allagamento". Ed in effetti, posto che "la demanialità del lago comporta che siano assoggettate al relativo regime giuridico non solo le acque, ma anche l'alveo e le rive che lo delimitano" e che "la legge prevede una serie di limitazioni quanto alle facoltà di godimento delle proprietà limitrofe a beni pubblici", la suddetta sentenza n. 11211 del 1998 ha esaminato "gli effetti giuridici prodotti dalle modificazioni strutturali dei beni demaniali", potendo tali modificazioni strutturali "essere naturali o artificiali", affermando con riguardo a quest'ultime che, "in tema di individuazione dei terreni ricompresi nel demanio per la loro contiguità a laghi pubblici", opera il principio desumibile dall'art. 943 c.c.».

Diverso sarebbe invece il caso specifico, invece, in cui «il suolo privato non è ubicato sull'alveo del lago o in continuità a questo, ma è "completamente circondato da proprietà" privata, e che la darsena (parola di origine araba che generalmente sta ad indicare la parte più interna del porto o del lago, fornita di officine ed eventualmente di uno o più bacini di carenaggio per l'esecuzione dei lavori di riparazione e rimessaggio delle navi, ma anche zona privata attrezzata per accogliere e tenere al coperto piccole imbarcazioni) "è stata costruita" lontano dal lago, al quale si accede mediante "un lungo canale" che regola "il flusso e il deflusso delle acque"; per cui nella fattispecie non ricorrono i presupposti per ritenere, in base all'invocato precedente di queste Sezioni Unite e alla normativa codicistica (artt. 812, 822, 934 e 943 c.c.), che la darsena sia entrata a far parte del demanio pubblico. Ed invero per la non demanialità del bene, nel caso specifico, militano in modo convergente la rilevata ubicazione e struttura della darsena, priva di quelle caratteristiche fisico-naturali che ne fanno un bene pubblico, l'utilizzazione dell'acqua demaniale del lago per uso privato, esistendo al riguardo specifico atto (disciplinare del settembre-novembre 1917 intercorso fra la Provincia di Como e i "danti causa" dei resistenti) e l'assenza di una modificazione strutturale del lago, quale situazione di fatto, mediante espansione dell'alveo fino alla darsena, valevole come modo di acquisto per simile bene artificiale della qualità di bene pubblico».

5. Conclusioni

L'art. 943 c.c. regola una fattispecie che tradizionalmente è stata interpretata come un'ipotesi in cui non opera il principio di accessione previsto dagli artt. 934 ss. del codice civile.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella riferita vicenda delle cd. "darsene a secco", hanno però ritenuto che, in presenza di determinati presupposti ed alla luce degli artt. 822 e 823, co. 1, c.c., tale disposizione configuri proprio un caso di accessione: laddove il bene principale è rappresentato dal lago o dallo stagno ed il bene accessorio è costituito dal fondo rivierasco su cui è stata realizzata una darsena privata. E la giurisprudenza successiva si è sostanzialmente allineata a questa interpretazione.

Ciò ha però ingenerato un secondo problema: se, così inquadrato, l'art. 943 c.c. possa cioè operare anche al di là delle ipotesi (lago o stagno) previste dalla stessa norma.

A riguardo, è possibile ritenere che, benché la giurisprudenza che ha sollevato tale questione non abbia ritenuto di approfondirla, possano rinvenirsi ragioni, tanto contrarie, quanto favorevoli, rispetto ad una siffatta possibilità.

Nello specifico, è possibile rilevare che mentre le prime appaiono essenzialmente ancorate al testo della norma (ed alla relativa rubrica), nonché alla ripartizione sistematica che riterrebbe non sovrapponibile la disciplina del demanio marittimo a quella del demanio idrico, le seconde sembrano, invece, più varie ed articolate e, forse, anche più persuasive.

L'accoglimento di queste ultime non è però affatto privo di difficoltà, sia di carattere sistematico, sia di ordine pratico⁽³²⁾.

In particolare, sotto quest'ultimo profilo non si può ignorare che la soluzione dell'applicazione estensiva dell'art. 943 c.c. (così come peraltro quella già adottata dalla giurisprudenza, in relazione ai soli beni previsti espressamente dalla norma) lascia insoddisfatti proprio in punto di remunerazione delle opere e degli investimenti che il privato potrebbe aver sostenuto per la realizzazione della darsena: la quale gli verrebbe, in sostanza, sottratta senza alcun indennizzo, ristoro o rimborso spese di qualsivoglia natura.

⁽³²⁾ Per le prime, v. *supra* nel testo; per le seconde basti pensare al fatto che, alla privazione della proprietà privata per effetto dell'accessione al bene demaniale della darsena, non corrisponderebbe alcun indennizzo in favore del soggetto, privato della sua proprietà: a tale soggetto, infatti, non sarebbe riconoscibile alcunché, avendo acquisito il fondo rivierasco (trasformato in darsena) natura demaniale *ex re*.

Così però provocando - insieme con la titolarità demaniale - un arricchimento ingiustificato in capo al soggetto pubblico.

Peraltro, una siffatta situazione, che non è presente neppure nel regime del possesso di mala fede, non trova riscontro nella disciplina generale dell'accessione: basti pensare, ad esempio, alla soluzione prevista nel secondo comma dell'art. 936 c.c., che consente al proprietario del fondo di ritenere le opere realizzate su di esso da un terzo, ma solo a fronte del pagamento, in favore di quest'ultimo, o del valore dei materiali e del prezzo della mano d'opera, oppure dell'aumento di valore recato al fondo.

Né, peraltro, essa sembrerebbe giustificabile alla luce della protezione dell'interesse pubblico che sorreggerebbe l'applicazione estensiva dell'art. 943 c.c.: posto che il soggetto pubblico acquisterebbe non (solo) un bene presumibilmente ascrivibile al demanio dello stato per proprie caratteristiche naturali, bensì, per l'appunto, un bene già attrezzato da un soggetto privato per l'esercizio di tutte quelle funzioni che contraddistinguono un "porto turistico".

E, dunque, un bene su cui il privato ha apportato un proprio contributo, che pare ingiustificato non riconoscergli.

Abstract

The article focuses on the art. 943 of the Italian civil code, which provides that land appearing at the upper levels of a lake or pond, however, belongs to the owner of the sheet of water. The Italian courts decided that this rule would allow the State (who traditionally owns lakes and ponds) to acquire the property of a (private) land area that is intentionally inundated by the water of the lakes (and ponds), to create a private port (the so-called "darsene a secco"). Overturning, in that way, the purpose of the aforementioned rule of the civil code.

The Italian courts perspective leads to wonder if this interpretation of the art. 943 could be extended to other cases not specifically regulated by the article (i.e., for instance, lagoons), providing a new general principle of civil law.

PARTE II

PAPERS

Joint Venture tra concentrazione e cooperazione

Alessandro Massolo e Giovanni Spedicato

Dottorandi di ricerca in Law Economics nell'Università LUISS "Guido Carli" di Roma

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. La nozione di *Joint Venture*. - 3. I diversi tipi di *Joint Ventures*. - 4. *Joint Ventures* cooperative vs concentrative. La normativa comunitaria antitrust. - 5. Applicazioni pratiche della normativa sulle imprese comuni. Il caso Mondadori Electa Réunion des musées nationaux/JVCO. - 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Lo scopo del presente lavoro è quello di ricostruire la distinzione tra *Joint Ventures* cooperative e concentrative alla luce della normativa comunitaria.

In particolare, il lavoro muoverà dalla definizione economico giuridica di *Joint Venture*, per poi evidenziare le diverse modalità con le quali viene a costituirsi un'impresa comune. Dall'analisi condotta emergerà che la distinzione di fondo tra imprese comuni concentrative e cooperative, nella pratica assume rilevanza primaria per la valutazione delle operazioni che comportano la costituzione di *Joint Ventures* tra imprese concorrenti. Al fine di illustrare al meglio il percorso logico interpretativo seguito dalle diverse autorità antitrust, si cercherà di presentare un caso pratico recentemente esaminato dall'Autorità Garante per la Concorrenza e del Mercato.

2. La nozione di Joint Venture

Il termine *Joint Venture* ha una derivazione anglosassone. In particolare, all'interno dello stesso si ricomprendono le diverse forme di accordo con le quali due o più imprese (le imprese madri) cooperano per un

periodo limitato nel tempo al fine di esercitare un'attività economica di comune interesse⁽¹⁾.

Questa nozione generale presenta al suo interno diverse sfaccettature. Infatti, lo strumento delle *Joint Ventures* si caratterizza per un elevato grado di elasticità, che permette alle imprese madri di modularne le caratteristiche interne a seconda delle esigenze economiche delle stesse.

Le ragioni economiche che inducono due o più imprese a costituire una *Joint Venture* sono molteplici. Specificamente, lo strumento delle imprese comuni è spesso usato nell'ambito della R&S, per affidare la fase di ricerca e sviluppo ad una nuova entità costituita *ad hoc*, ovvero per la distribuzione o la vendita di prodotti delle società madri, l'acquisto di materie prime, o lo svolgimento in comune di una fase della catena produttiva.

In tal modo si consente alle imprese madri di beneficiare di importanti vantaggi competitivi ottenuti mediante il raggiungimento di economie di scala⁽²⁾ o di scopo⁽³⁾, la promozione di processi di integrazione verticale⁽⁴⁾ od orizzontale⁽⁵⁾ e la riduzione dei rischi connessi agli investimenti⁽⁶⁾.

(¹) Cfr. DI ROSA, *Joint Venture*, in *Inadempimento contrattuale e risarcimento del danno. Il diritto vile nella giurisprudenza*, a cura di Cendon, Torino, 2006, p. 534 ss.; FONTANA, CAROLI, *Economia e gestione delle imprese*, Milano, 2009, p. 107 ss.; WERDEN, *Antitrust Analysis of Joint Venture - An Overview*, in *Antitrust Law Journal*, 1997, p. 701 ss.

(²) Si hanno economie di scala quando il costo medio diminuisce all'aumentare della quantità prodotta, fino al punto di dimensione ottima minima. Ciò è dovuto alla riduzione dell'incidenza dei costi fissi all'aumentare dell'output. FONTANA, CAROLI, *op. cit.*, p. 92 ss.; CARLTON, PERLOFF, *Organizzazione industriale*, Milano, 2005, p. 30.

(³) Descrivono la riduzione dei costi medi all'aumentare dei tipi di output prodotti dall'impresa. Ciò è dovuto alla condivisione di fasi della produzione per i diversi output. FONTANA, CAROLI, *op. cit.*, p. 97 ss.; CARLTON, PERLOFF, *op. cit.*, p. 38.

(⁴) Con tale espressione ci si riferisce all'internalizzazione di una serie di attività verticalmente correlate. L'integrazione può essere fatta a monte, con l'assunzione del controllo o della proprietà della produzione dei suoi attuali input; ovvero a valle, con l'assunzione del controllo dei suoi attuali clienti. La scelta di integrare dipende dalla volontà di ridurre i costi di transazione, per acquisire un vantaggio competitivo attraverso il controllo sulla fornitura di materie prime o sulla distribuzione o per la possibilità di entrare nei business siti a monte o a valle della catena produttiva. FONTANA, CAROLI, *op. cit.*, p. 126 ss.; CARLTON, PERLOFF, *op. cit.*, p. 292.

(⁵) Attraverso una politica di integrazione orizzontale nel medesimo mercato si è nelle condizioni di espandersi in mercati geografici in cui non si è ancora presenti e sfruttare i vantaggi competitivi già maturati precedentemente. In tal caso, la *Joint Venture*, costituisce uno strumento con il quale agganciarsi ad operatori già presenti sul mercato nei quali si vuole penetrare. FONTANA, CAROLI, *op. cit.*, p. 113; CARLTON, PERLOFF, *op. cit.*, p. 292.

(⁶) Ovviamente, la creazione di una impresa comune comporta non solo la divisione dei profitti che questa realizza, ma anche la divisione dei costi, che soprattutto in una fase iniziale del progetto possono essere notevoli. In tal senso un'operazione di *Joint Venture*

3. Diversi tipi di Joint Ventures

Come detto, le *Joint Ventures* posso realizzarsi in diverse forme. Alla luce di ciò, non è possibile parlare di una disciplina comune applicabile a tutte le *Joint Ventures*. Pertanto, la soluzione dei problemi giuridici che queste pongono dipendono dalle svariate forme negoziali ed organizzative nelle quali possono concretizzarsi i *Joint Venture agreements* e dalla legislazione nazionale a questi applicabili.

Le *Joint Ventures* si possono classificare a seconda dello scopo per le quali sono poste in essere. In particolare, si distingue tra: a) *Joint Ventures* strumentali, le quali nascono con la sola finalità di eseguire contratti complessi, di cui un esempio è costituito dalle ATI⁽⁷⁾; e b) *Joint Ventures* operative costituite al fine di esercitare effettivamente un'attività imprenditoriale congiuntamente⁽⁸⁾.

Una seconda distinzione si basa sulla costituzione o meno di una società *ad hoc*. In tal senso, si suole individuare: a) *incorporated Joint Ventures*, nelle quali vi è la creazione di un'organizzazione comune, ad esempio una società; b) *unincorporated Joint Ventures*, in cui manca del tutto la creazione di un'entità diversa dalle imprese madri⁽⁹⁾.

Ai sensi dell'art. 21 del regolamento CE, del 20 gennaio 2004, n. 139/2004, «il presente regolamento è il solo applicabile alle concentrazioni quali definite dall'articolo 3, e i regolamenti (CE) n. 1/2003 (1), (CEE) n. 1017/68 (2), (CEE) n. 4056/86 (3) e (CEE) n. 3975/87 del Consiglio (4) non sono applicabili, fuorché per imprese comuni che non hanno dimensione comunitaria ed hanno per oggetto o per effetto il coordinamento del comportamento concorrenziale di imprese che restano indipendenti». Alla luce di ciò, la normativa comunitaria pone la fondamentale distinzione tra *Joint Ventures cooperative* e *Joints Venture concentrative*. Le prime vengono assoggettate alla disciplina delle

rappresenta senza dubbio uno strumento attraverso il quale le imprese ma ripartiscono i rischi di un investimento. GRANT, *L'analisi strategica per le decisioni aziendali*, Bologna, 2003, p. 385 ss.

(7) ATI è l'acronimo di Associazione temporanea d'impresе, questa forma di cooperazione prevede capogruppo, detta *mandataria*, alla quale le altre aziende che ne fanno parte, dette *mandanti*, danno l'incarico di presentare un'offerta o di trattare con il committente per l'esecuzione di un'opera, quasi sempre tale figura viene utilizzata per la partecipazione a bandi di gara.

(8) Cfr. CAROLI, FRATTOCCHI, *Nuove tendenze nelle strategie di internazionalizzazione delle imprese minori*, Milano, 2000, p. 296 ss.

(9) Cfr. LUO, *Transactional Characteristic, institutional enviroment and Joint Venture contracts*, in *Journal of business studies*, 2004, p. 209 ss.; CORAPI, *Joint Venture (aspetti societari)*, in *Digesto*, sez. comm., VIII, Torino, 1992, p. 74 ss.

intese restrittive della concorrenza, mentre le seconde alla disciplina delle operazioni di concentrazione, a seconda che la *Joint Venture* abbia o meno per oggetto o per effetto il coordinamento del comportamento concorrenziale di imprese che restano indipendenti.

4. *Joint Ventures cooperative vs concentrative. La normativa comunitaria antitrust*

Da quanto precede si può dedurre che le *Joint Ventures* concentrative vadano considerate come vere e proprie operazioni di concentrazione, in quanto a seguito dell'operazione deriva la costituzione di una nuova entità economica autonoma, quale è, ad esempio, una società partecipata dalle società madri e come tali vengono assoggettate dalla Commissione europea alla disciplina contenuta nel Regolamento concentrazioni.

A tal fine, la Commissione ha delineato le condizioni in base alle quali un'impresa comune si può considerare concentrativa. Specificamente, si richiede che: (i) la società frutto della *Joint Venture*, sia controllata congiuntamente da due o più imprese indipendenti; e (ii) che l'impresa creata con la *Joint Venture* operi sul mercato come un ente autonomo, ossia che eserciti stabilmente tutte le funzioni di un'entità economica autonoma.

Una sottocategoria di imprese comuni concentrative, è quella delle c.d. *Joint Ventures* concentrative con effetti cooperativi. In tale evenienza, una *Joint Venture* concentrativa, produce altresì degli effetti di coordinazione tra le imprese madri. Pertanto, occorrerà, affinché questa sia assoggettata alla disciplina delle concentrazioni, che la Commissione Europea valuti la prevalenza degli effetti concentrativi sui possibili effetti coordinativi dell'operazione⁽¹⁰⁾.

Le *Joint Ventures* cooperative, invece, concretizzandosi in un coordinamento tra le società madri con riferimento ai prezzi, al volume di produzione, all'innovazione etc., sono riconducibili all'alveo delle intese restrittive della concorrenza e, pertanto, trattate alla stregua dei cartelli tra imprese vietati ai sensi dell'art. 101, par. 1, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (di seguito "TFUE"). Va segnalato, che l'elemento distintivo delle *Joint Ventures* cooperative, è che queste non comportano la costituzione di entità economiche autonome nei confronti

⁽¹⁰⁾ FATTORI, TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2004, p. 213 ss.; PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2007, p. 74 ss.; BELLAMY, CHILD, *European Community Law of Competition*, London, 2001, p. 284 ss.; MOTTA, POLO, *Antitrust Economia e Politica della concorrenza*, Bologna, 2005, p. 189 ss.

delle società madri. In altre parole, è proprio l'autonomia dell'ente costituito a seguito di *Joint Ventures* concentrative, che è in grado di escludere o limitare la presenza di un possibile fenomeno di coordinamento tra le imprese madri⁽¹¹⁾. Quindi, in mancanza di una qualsiasi forma di autonomia dell'impresa comune, si è necessariamente di fronte ad un fenomeno di concertazione tra imprese concorrenti, che in quanto tale ricade nell'ambito applicativo della normativa sulle intese restrittive della concorrenza, in quanto l'impresa comune diviene lo strumento attraverso il quale il comportamento coordinato e concertato viene ad estrinsecarsi.

Affinché si possa avere una forma di impresa comune concentrativa si richiede, come detto precedentemente, sia il controllo congiunto da parte di due o più imprese, sia l'autonomia economica e organizzativa dell'impresa comune stessa rispetto alle imprese madri.

Appare utile esplicitare le due caratteristiche summenzionate. In particolare, il controllo congiunto si realizza nel caso in cui almeno due parti abbiano la necessità di accordarsi al fine di adottare le decisioni concernenti la definizione delle strategie imprenditoriali che l'impresa comune dovrà perseguire. Esempi di tale situazione sono: a) quando le parti controllano ciascuna non più del 50% del capitale; b) quando le parti possano nominare non più della metà dei membri dell'organo direttivo; c) quando uno o più azionisti di minoranza sono in grado di esercitare un potere di veto; d) quando due o più parti si siano accordate per esercitare congiuntamente la gestione dell'impresa (patti parasociali)⁽¹²⁾.

Il criterio dell'autonomia economica dipende, essenzialmente da quattro elementi: a) l'impresa comune deve disporre di risorse sufficienti a consentire all'impresa di operare autonomamente; b) l'impresa comune non deve svolgere una funzione specifica e limitata nell'ambito delle attività delle controllanti; c) l'impresa comune nei rapporti commerciali

⁽¹¹⁾ Allo scopo di sgombrare il campo da possibili equivoci, è bene puntualizzare che la distinzione tra imprese comuni concentrative e cooperative serve esclusivamente a determinare quale disciplina applicare (*Merger control* oppure *antitrust*) per la valutazione della liceità o meno dell'operazione. Quindi, stabilire che la costituzione di una impresa comune ha effetto concentrativo oppure coordinativo, non significa necessariamente che le prime sono lecite e le seconde illecite o viceversa. Quest'ultima valutazione sarà il frutto delle diverse procedure di analisi utilizzate nel *Merger control* e nella disciplina *antitrust*. CANGEMI, *Le imprese comuni nella politica comunitaria della concorrenza*, in *Dir. com. sc. int.*, 1998, IV, p. 711 ss.

⁽¹²⁾ Cfr. sul punto OSTI, *Diritto della concorrenza*, Bologna, 2007 p. 170; MOTTA, POLO, *op. cit.*, p. 189 ss.; GAMBUTO, *Il controllo delle concentrazioni*, in *La concorrenza*, a cura di FRIGNANI, PARDOLESI, in *Tratt. di diritto privato dell'Unione Europea*, diretto da Ajani e Benacchio, VII, Torino, 2006, p. 404 ss.

con le controllanti deve essere considerata come un soggetto terzo; d) deve operare per un periodo sufficientemente lungo⁽⁴³⁾.

5. Applicazioni pratiche della normativa sulle imprese comuni - Il caso Mondadori Electa Réunion des musées nationaux/JVCO

Il 30 settembre 2010 è stato notificato, ai sensi dell'art.16, comma 1, l. 10 ottobre 1990 n. 287, un progetto di costituzione di un'impresa comune (denominata "JVCO") da parte di Réunion Musées Nationaux⁽⁴⁴⁾ (di seguito "RMN") e Mondadori Electa S.p.A.⁽⁴⁵⁾ (di seguito "ELECTA"). Il contratto quadro (di seguito il "*Framework Agreement*"), sottoscritto dalle Parti l'8 settembre 2010, ha ad oggetto un progetto di *partnership* tra RMN e ELECTA, principalmente nel mercato italiano della fornitura di servizi di gestione di librerie museali, ed in quello dell'organizzazione di mostre ed eventi culturali.

Il progetto di *partnership* riguarda essenzialmente la partecipazione congiunta di RMN ed ELECTA alle gare bandite in Italia, aventi ad oggetto la fornitura dei servizi di gestione di librerie museali e dei servizi di produzione di libri e oggettistica da rivendere in librerie o musei. Dal *Framework Agreement* risulta che JVCO è stata costituita, in particolare, per l'aggiudicazione delle concessioni relative alla fornitura dei servizi e dei beni, che l'impresa comune dovrà produrre, nei siti culturali italiani più importanti.

Il progetto prevede, inoltre, che l'impresa comune venga costituita in

⁽⁴³⁾ Cfr. la Comunicazione della Commissione, del 1998, relativa alla nozione di imprese comuni che esercitano tutte le funzioni di una entità economica autonoma (*full-function Joint Venture*) in GUCE C 66 del 2 marzo 1998; OSTI, *op. cit.*, p. 173; RADICATI DI BROZOLO, GUSTAFSON, *Full-function Joint Ventures Under the Regolamento concentrazioni: The Need for Clarification*, in *European Competition Law Review*, 2003, n. 11, p. 574 ss.; BERGQVIST, *The Concept of an Autonomous Economic Entity*, in *European Competition Law Review*, 2003, n. 10, p. 498 ss.

⁽⁴⁴⁾ Société Editions d'Art LYS, è una società attiva nel campo editoriale e nel settore dei servizi aggiuntivi museali ed è controllata da RMN attraverso il possesso del 99,99% del capitale sociale. RMN è un ente pubblico di diritto francese ed è attiva nel settore dei servizi museali aggiuntivi in Francia.

⁽⁴⁵⁾ Electa Mondadori S.p.A. è un operatore italiano attivo nel mercato dell'editoria dell'arte e nel settore dei servizi aggiuntivi museali mediante la gestione di librerie museali e l'organizzazione di mostre ed eventi espositivi temporanei. ELECTA è soggetta a controllo della società Arnoldo Mondadori Editore S.p.A. (di seguito "AME"), attivi nel mercato dell'editoria e dell'informazione, che ne detiene l'intero capitale sociale. Il capitale sociale di AME è detenuto, per il 50,1%, dalla società finanziaria d'Investimento Fininvest S.p.A. e, per il restante da altri azionisti tra cui la stessa AME, che detiene azioni proprie pari al 7,75%.

tre fasi. Con la prima fase si avvia il progetto di *partnership* mediante la costituzione di una società a responsabilità limitata di diritto italiano, soggetta al controllo esclusivo di ELECTA, denominata JVCO, il cui capitale sociale è detenuto per il 25% da RNM e per il 75% da ELECTA. Da subito fino all'eventuale conferimento del ramo aziendale di ELECTA in JVCO, quest'ultima opererà attraverso un *service agreement*, concluso tra JVCO ed ELECTA, per la fornitura a JVCO di:

- Servizi e risorse necessarie a JVCO per la gestione delle concessioni eventualmente aggiudicate
- Servizi legali, amministrativi, di gestione e controllo e di IT.

La remunerazione di tali servizi, tra le Parti, verrà effettuata secondo un prezzo di mercato. Le Parti hanno, anche, previsto che le decisioni relative alla predisposizione delle offerte delle gare, durante questa prima fase, debbano essere assunte sulla base di accordi conclusi di volta in volta tra le due società madri in relazione a ogni singola gara.

La seconda fase prevede la costituzione dell'impresa comune e cioè l'acquisto del controllo congiunto da parte di RMN e di ELECTA su JVCO. Il capitale sociale di quest'ultima verrà suddiviso in parti uguali.

Con la terza fase in cui si dovrebbe verificare il conferimento del ramo aziendale da parte di RMN relativo alla gestione delle librerie museali in JVCO, quest'ultima potrebbe essere considerata un'entità autonoma *full-function*. Il passaggio di tale ramo aziendale è, però, incerto in quanto le Parti hanno condizionato la realizzazione di questa cessione, alla realizzazione del c.d. *concession event*, ossia dell'aggiudicazione di almeno tre concessioni per la gestione delle librerie museali nei 5 "*major sites*".

Va evidenziato, al fine di meglio comprendere situazione concorrenziale del mercato, che un'indagine effettuata dalla società di consulenza *PriceWaterHouse&Coopers* nel 2010, su incarico del Ministero per i beni e le attività culturali (di seguito "MIBAC"), dimostra che il settore per i servizi aggiuntivi museali presenti ampi margini di crescita e che la maggior parte dei ricavi proviene dall'attività di bookshop per un totale di circa 20 milioni di euro. Pertanto, la pubblicazione di gare per i servizi di gestione di librerie museali in Italia, ha destato l'interesse di molti operatori europei. Per tale ragione, il MIBAC ha bandito gare europee in cui sono ammessi espressamente a partecipare anche soggetti che risultano iscritti "in uno dei registri professionali o commerciali dello Stato di residenza che si tratta di uno Stato dell'UE, in conformità con quanto previsto dall'art. 39 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Inoltre, nei bandi il MIBAC ha anche inserito la clausola pro concorrenziale che li-

mita il ricorso alle RTI⁽¹⁶⁾ ai soli casi in cui le imprese, parte delle stesse, singolarmente non siano dotate di requisiti per partecipare alla gara. La realtà, dimostra invece che RMN costituisce un soggetto qualificato concorrente di ELECTA nei due mercati rilevanti in grado di competere efficacemente nelle gare citate. In ragione di ciò, l'Autorità sottolinea che RNM da solo potrebbe rappresentare un potenziale importante concorrente interessato a entrare nei mercati rilevanti qualora non fosse legato a ELECTA. Quest'ultima, è anch'essa un operatore nei due mercati rilevanti che, in quanto tale, non avrebbe bisogno di ricorrere alla costituzione di una *partnership* temporanea in RTI per partecipare alle gare indette dal MIBAC. Appare, perciò evidente, che nessuna delle due imprese avesse l'effettiva necessità di costituire un'impresa comune al solo fine di partecipare alle gare.

Pertanto, la creazione di JVCO sarebbe solamente strumentale alla realizzazione di una strategia di coordinazione che ha la finalità di acquisire il controllo dei mercati rilevanti.

L'AGCM, inoltre, ha effettuato alcune considerazioni sulla natura dell'impresa comune, in particolare sulla sua autonomia *full-function*. JVCO sarà, infatti, operativa soltanto in seguito al verificarsi di due eventi incerti. Vale a dire quando nella terza fase verrà effettuato il conferimento del ramo di azienda da parte di RMN. Quest'ultimo, come detto, è legato alla realizzazione del c.d. *concession event*. L'incertezza dell'evento è chiaramente legata al fatto che il suo verificarsi non dipende dalle Parti, ma dalla valutazione delle offerte da parte della stazione appaltante. L'incertezza del conferimento del ramo aziendale è ulteriormente data dal fatto che sono previste 2 *put option* in favore di RMN. La prima prevista, nel caso in cui la partecipazione ad una gara si verifichi per decisione soltanto di ELECTA, laddove le due imprese madri non trovassero un accordo. La seconda riconosciuta a RMN per l'intera partecipazione in JVCO, che può essere esercitata qualora la nuova impresa non si aggiudichi il *concession event*.

Alla luce anche di questa valutazione, l'Autorità sostiene, quindi, che l'impresa comune, la cui funzionalità e autonomia è incerta, è stata fondata con il solo obiettivo di coordinare le azioni delle società madri nei mercati della gestione delle librerie museali e dell'organizzazione delle mostre ed eventi culturali, e con particolare riferimento alla par-

⁽¹⁶⁾ RTI è l'acronimo di Raggruppamento Temporaneo d'Imprese. Questo strumento viene usato dalle imprese per partecipare a gare d'appalto quando non possiedono le caratteristiche, categorie o classifiche richieste nel bando. Art. 37 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE» pubblicato nella Gazz. Uff. n. 100 del 2 maggio 2006.

tecipazione alle gare bandite dal MIBAC. In tal senso, merita di essere evidenziato come sia previsto un patto di non concorrenza fra le Parti volto a rafforzare gli effetti di coordinamento tra le società madri. Infatti, lo stesso prevede, che le società madri non possano competere direttamente o indirettamente con JVCO nell'attività di gestione di librerie museali in Italia nel periodo di attività della JVCO e per i due anni successivi alla cessione della partecipazione nell'impresa comune. In aggiunta, nel periodo in cui RNM deterrà una partecipazione in JVCO, essa non potrà svolgere in Italia l'attività di gestione del servizio soltanto in caso di rifiuto di JVCO.

Alla argomentazioni, l'Autorità ha ritenuto che tale patto diversamente da quanto sostenuto dalle Parti, non può essere qualificato come restrizione accessoria non ravvisandosi la costituzione dell'impresa comune, e che l'operazione, sin qui descritta, deve essere valutata come intesa restrittiva della concorrenza ai sensi dell'art. 101 del TFUE⁽¹⁷⁾.

6. Conclusioni

In conclusione, si può notare che la distinzione tra *Joint Ventures* cooperative e concentrative, seppur in linea teorica appaia sufficientemente chiara, nella realtà richiede un'attenta valutazione da parte delle autorità su tutti quanti gli aspetti di un accordo.

Infatti, è apparso evidente come lo strumento delle imprese comuni, per la sua stessa doppia natura di accordo cooperativo, si presti a facili abusi, tali da trasformare un'operazione sulla carta di concentrazione, in un'operazione in realtà meramente elusiva della normativa sulle intese restrittive della concorrenza.

Abstract

The scope of the following paper is to reconsider and redefine the difference between cooperative and full function Joint Ventures under the meaning of the EU legislation. For this purpose, the work will carefully elaborate an exhaustive definition of Joint Venture and attempt to draw a broad picture of the different ways in which firms may enter into such cooperative agreements. Consequently, it will be discovered that the difference between cooperative and full function Joint Ventures is

⁽¹⁷⁾ Provvedimento del 15 dicembre 2010, Autorità Garante per la Concorrenza e del Mercato. Disponibile su www.agcm.it.

not clearly defined. Therefore, this lack of clarity could also mislead the European regulator. The risk is that the parties could build a full function Joint Venture with the scope of making an illicit horizontal agreement, for which there is no adequate sanction under the EC Merger Regulation (139/2004).

Tendenze regolative e convergenze nei sistemi europei di contrattazione collettiva: l'esperienza italiana e francese a confronto

Giuseppe Paone

*Dottore di ricerca in Diritto europeo dei contratti civili, commerciali
e del lavoro nell'Università Ca' Foscari Venezia*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Funzione della contrattazione collettiva e congiuntura economica. - 3. La valorizzazione della dimensione aziendale della contrattazione collettiva in Italia. - 4. La marginalizzazione del principio di favore nell'esperienza francese. - 6. Riflessioni conclusive.

1. Premessa

La contrattazione è fondamentalmente un processo e cioè un'attività⁽¹⁾; ciò a prescindere dal contesto delle relazioni industriali. È sempre disagevole analizzare il profilo giuridico di un'attività soprattutto se l'analisi si sviluppa secondo l'elaborazione teorica approntata dal diritto privato⁽²⁾. L'attività non si esaurisce in un'unica manifestazione di volontà ma si sostanzia in una serie fatti giuridici (siano essi negozi o fatti in senso stretto) che si suppone essere teleologicamente orientati e comunque interconnessi. La contrattazione collettiva è peraltro un'attività che il giurista osserva cercando di rinvenire le tracce di un sistema in quanto è interessato, sia dal punto di vista teorico che sotto il profilo pratico, a verificare le condizioni di validità degli accordi ed il loro ambito di efficacia sia in linea orizzontale che verticale. Il sistema rappresenta un insieme organizzato di relazioni tra oggetti (ovvero fatti giuridici) risultante da un processo di riduzione del disordine e cioè dal grado di entropia. Tanto più sono presenti dei criteri ordinatori tanto più si riduce il rischio di antinomie in grado di paralizzare l'attività dell'interprete. Mutuando una terminologia di matrice fisica potremmo dire

(¹) JEAMMEAUD, LE FRIANT, LYON CAEN, *Droit du travail*, 1998, p. 367: «*la négociation collective est une procédure susceptible de déboucher sur un accord doté d'effet normatif*».

(²) VARDARO, *Differenze di funzioni e di livelli tra contratti collettivi*, in *Lav. dir.*, p. 229, si esprime nei termini di sostanziale irrilevanza nel diritto privato del concetto di attività.

che mentre il contratto collettivo appartiene alla statica la contrattazione collettiva rientra nel campo della dinamica per cui gli oggetti sono in movimento e sono in funzione dello spazio e del tempo⁽³⁾. Il senso di insoddisfazione per i risultati raggiunti è sempre in agguato in quanto sovente il grado di disordine è tale da non consentire la l'enucleazione di una *ratio* unificatrice anche per la concorrenza ed a volte competizione tra fonti regolative differenti (legge e contrattazione). Essendo oggetti in movimento il rischio incombente su chi si accinge a tentare un'analisi è che l'istantanea produca un'immagine sfuocata⁽⁴⁾. Rimane ancora attuale l'opinione secondo la quale nell'analisi del sistema contrattuale la struttura è senza dubbio una chiave interpretativa dell'azione sindacale: ma vale anche l'inverso. Difficile dire se venga prima un certo modo di negoziare o di organizzarsi anche per la contrattazione⁽⁵⁾. Ciò che desta interesse è spunti i analisi è il fatto che sistemi di relazioni industriali di diversa tradizione si muovono su traiettorie convergenti⁽⁶⁾. La struttura della contrattazione collettiva dell'ordinamento italiano di relazioni industriali, tradizionalmente di stampo volontaristico, ha registrato un improvviso attivismo legislativo volto a disciplinare sia l'efficacia degli accordi aziendali o territoriali (c.d. contrattazione di prossimità) che la capacità derogatoria dei medesimi. Lo stesso fenomeno si è palesato nell'ordinamento francese intensamente giuridificato, e tradizionalmente sorretto da un criterio ordinatore dei rapporti tra fonte legislativa e fonte collettiva nonché quello tra livelli diversi della contrattazione e costituito dal tradizionale principio di favore. Lo scopo del presente contributo è quello di mostrare come ordinamenti provenienti da tradizioni differenti si muovono su traiettorie convergenti non solo di decentramento regolativo ma di destrutturazione dell'impianto dei rapporti

(3) BALLESTRERO, *Diritto sindacale. Lezioni*. Torino, 2004, p. 199; BORTONE, *Il contratto collettivo tra funzione normativa e funzione obbligatoria*, Bari, 1992, p. 151: «non vi è coincidenza tra contratto collettivo e contrattazione collettiva giacché il primo non è che uno dei tanti atti nei quali è possibile scomporre, a posteriori, il continuo processo negoziale rappresentato dalla seconda»..

(4) SCIARRA, *L'evoluzione della contrattazione collettiva. Appunti per una comparazione dei Paesi dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, p. 447: «per sistema di contrattazione collettiva si intende la complessa rete di rapporti fra agenti contrattuali ai diversi livelli in cui si svolge la negoziazione. Nel sistema confluiscono norme e procedure, in modo da riconoscere a chi contrae specifici poteri di negoziazione, specialmente nelle situazioni in cui l'esito della contrattazione consiste nella riduzione degli standard normativi o nella diversa distribuzione di talune risorse».

(5) MARIUCCI, *La contrattazione collettiva*, Bologna, 1985.

(6) CARUSO, *Sistemi contrattuali e regolazione legislativa in Europa*, in *Dir. rel. ind.*, 2006, p. 581.

tra fonti di regolazione attraverso l'introduzione di vincoli di scopo alla contrattazione collettiva che hanno come presupposto una congiuntura economica sfavorevole.

2. *Funzione della contrattazione collettiva e congiuntura economica*

In senso generale per funzione si intende non solo il compito affidato ad un soggetto ovvero la destinazione di un oggetto ma anche l'attività rivolta a quel fine; nel diritto pubblico tale attività viene generalmente collegata ad un ufficio⁽⁷⁾. L'apprezzamento dell'attività come funzione si misura nella sua globalità e continuità anche sotto il profilo dell'attitudine dei mezzi scelti per il conseguimento del fine. La logica dell'analisi funzionale appartiene al rapporto mezzo fine per cui un obiettivo, una volta raggiunto, diventa un mezzo per il conseguimento di un altro e così di seguito sino a che ci si ferma ad un fine posto ed accettato come ultimo⁽⁸⁾.

La nozione di funzione, seppur foriera di approfonditi studi da parte degli studiosi del diritto pubblico non appartiene solo a questo ramo dell'ordinamento ma fonda le sue radici sul terreno del diritto privato. Nel corso di una relazione letta nell'ambito di un Congresso dell'AIDLASS il prof. Gino Giugni, alla fine degli anni 60, introdusse il tema della possibile diversificazione del contratto collettivo con riferimento al suo oggetto di tutela immediato; egli concluse per l'unitarietà della fattispecie, considerata dal punto di vista funzionale, come mezzo di tutela dei lavoratori suscettibile di essere realizzata «in guise diverse»⁽⁹⁾ pertanto anche mediante la contrattazione collettiva relativa al potere organizzativo dell'imprenditore. La prospettiva di Giugni inaugurava il dibattito sulla pluralità di traiettorie con cui l'autonomia privata collettiva sceglie le forme di tutela dell'interesse collettivo e si misurava con lo spettro dell'affievolimento del modello di tutela incrementale. Il dibattito diveniva serrato e peraltro mostrava un'innata vocazione comparata. Con riferimento all'ambito nazionale si sosteneva che, diver-

(7) MODUGNO F., *Funzione* (voce), in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 303: «il significato proprio e più comprensivo del termine funzione consiste dunque nell'indicazione di un'attività globalmente rilevante: il che significa attività attribuita ad un *munus*, ad un *officium*, ad un ente pubblico o privato, prefigurata nel contenuto e nello scopo, vertente su un certo effetto, anche se liberamente prescelta, alla quale acceda una potestà».

(8) BOBBIO, *Analisi funzionale del diritto: tendenze e problemi* in *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, pp. 89-121.

(9) GIUGNI, *La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro* in *Atti del congresso AIDLASS, Il contratto collettivo di lavoro*, Milano, 1968.

samente da quanto accade in altri ordinamenti⁽¹⁰⁾, l'art. 39, co. 1, Cost., nel sancire il principio della libertà sindacale, garantisce implicitamente ma inscindibilmente la libertà dei contenuti dell'autonomia collettiva. Osservando il fenomeno dal punto eminentemente giuridico e comune a vari ordinamenti, l'attività di contrattazione collettiva è oggetto protezione nel sistema multilivello⁽¹¹⁾. Il concetto a cui le fonti rinviano è peraltro presupposto. E' un'attività tutelata da indebite restrizioni ed è pertanto libera; è una libertà il cui esercizio si misura con altre libertà ed altri interessi antagonisti la cui composizione, almeno secondo recenti acquisizioni comunitarie, è affidata al principio del bilanciamento declinato secondo i *tests* di proporzionalità ed adeguatezza⁽¹²⁾. L'oggetto della contrattazione collettiva è identificato dalla convenzione n. 98 dell'OIL, come negoziazione volontaria (tra datori di lavoro e lavoratori o loro rappresentanti) con il fine di regolamentare i termini e le condizioni di lavoro attraverso accordi collettivi. L'ambito corrisponde grosso modo a quella che tradizionalmente viene definita funzione normativa. L'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE sancisce che i lavoratori e i datori di lavoro, o le rispettive organizzazioni hanno "conformemente al diritto comunitario alle prassi nazionali e il diritto di negoziare e di concludere contratti collettivi ai livelli appropriati...". Le fonti citate proteggono l'esercizio di una libertà il cui oggetto è storicamente definito ma non vincolante e che è suscettibile di essere implementato in virtù delle peculiarità e delle prassi in essere negli ordinamenti nazionali. Considerato in sé il termine negoziazione non ha una particolare valenza euristica visto che, sotto tale locuzione, si possono ricomprendere molte attività; probabilmente l'utilizzo di tale espressione risente della natura delle fonti sovranazionali destinate a coprire una varietà di contesti politico sociali e riferibili pertanto ad un'ampia serie di ordinamenti diversi. Una certa rigidità

⁽¹⁰⁾ DE LUCA TAMAJO, *L'evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 1985, p. 16, rinvia espressamente al caso dell'ordinamento francese.

⁽¹¹⁾ Essa è contemplata fra l'altro dalla convenzione Oil n. 98, che risale al 1949 unitamente al diritto di organizzazione sindacale. La convenzione n. 98 è stata poi completata dalla convenzione n. 154 e dalla raccomandazione n. 163, che promuove la contrattazione collettiva; la Corte europea dei diritti dell'uomo il 12 novembre 2008 nel caso *Demir et Baykara contro Turchia* ha statuito che il diritto di condurre relazioni contrattuali collettive con il datore di lavoro è un diritto protetto dalla Convenzione in quanto mezzo insopprimibile per la tutela della libertà sindacale protetta dall'art. 11 della CEDU.

⁽¹²⁾ Corte Giust., 12 giugno 2003 in causa 112/00, *Eugen Schmidberger; Internationale Transporte und Planzüge c. Republik Österreich*; Corte Giust. 14 ottobre 2004 in causa 36/02 *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*.

concettuale si registra nell'elaborazione giurisprudenziale della CGCE che interpreta l'attività di negoziazione collettiva come attività rivolta in via diretta al miglioramento delle condizioni di lavoro e, solo in questo caso, la rende immune dalla violazione della libertà di concorrenza⁽¹³⁾. La contrattazione collettiva è in sintesi la forma assunta da un processo di regolazione orientato ad un fine: la tutela delle condizioni di lavoro. Tale tutela non si è manifestata storicamente solo nella forma della tutela incrementale in quanto sovente la congiuntura economica ha dettato l'agenda delle parti sociali e del legislatore imponendo sacrifici⁽¹⁴⁾. Gli inizi degli anni '80 hanno segnato l'emersione della contrattazione, soprattutto aziendale, distributiva di sacrifici in contesti di crisi economica in cui l'interesse primario era divenuto quello del mantenimento dei livelli occupazionali e quindi ispirati ad una logica difensiva. Iniziava allora a circolare la formula dei contratti gestionali sia che fossero il veicolo di allentamenti alle tutele delegati dalla legge sia che si ponessero come la fonte di ripartizione dei sacrifici. Il tutto in un'ottica, per lo meno sindacale, di minimizzazione delle perdite. I profili giuridicamente rilevanti di tali fenomeno furono sinteticamente identificati nella questione: fino a che punto *rectius* con quale legittimazione, l'autonomia collettiva è dotata di capacità derogatoria delle posizioni giuridiche afferenti al singolo lavoratore? E di conseguenza qual è la disciplina che regge l'efficacia soggettiva delle deroghe? Stante l'insostenibile leggerezza (ai fini dell'efficacia *erga omnes*) delle soluzioni reperite all'interno del sistema del diritto dei contratti si invocava un intervento legislativo di sostegno in grado di mettere in sicurezza la contrattazione aziendale ablativa e comunque dispensativa di sacrifici mediante il rafforzamento dell'efficacia nei confronti dei singoli lavoratori (iscritti e non iscritti) che caratterizzasse il superamento del contratto collettivo come atto di autonomia provvisto solo di tipicità sociale e che riducesse il rischio di dissenso. Il suggerimento era per un meccanismo di approvazione dell'accordo dalla base fondato sull'ipotesi maggioritaria. Un ulteriore profilo atteneva alla valutazione della tecnica della giuridificazione dell'autonomia collettiva. Nell'operazione di delega di contenuto (c.d. norma in bianco) che la legge talvolta operava a vantaggio della contrattazione collettiva ovvero nell'attitudine a cadenzarne le modalità di estrinsecazione, si intravedeva il rischio che la proceduralizzazione

⁽¹³⁾ KESSLER, *Le droit fondamental à la négociation collective n'existe, en Europe, que sous condition in Dr. soc.*, 2010, p. 1233 con riferimento a Corte Giust. 15 luglio 2010 in causa 271/08, Commissione Europea/ Repubblica federale di Germania.

⁽¹⁴⁾ PERULLI, SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it - 132/2011.

dell'autonomia collettiva fosse un modo anche per controllarne i risultati. Tale sospetto può oggi ritenersi fondato in quanto come si dirà tra breve l'introduzione della c.d. norma di sostegno alla contrattazione di prossimità realizza un intervento sull'autonomia collettiva alterando il tradizionale rapporto tra legge e contrattazione collettiva e che risulta tanto più evidente tenuto conto del lasso temporale intercorso tra la stipula dell'Accordo interconfederale per l'industria del 28 giugno 2011 e l'intervento legislativo⁽¹⁵⁾.

3. *La valorizzazione della dimensione aziendale della contrattazione collettiva in Italia*

Il contratto collettivo (concordato di tariffa) su cui riflettevano i pionieri degli inizi del '900 era fondamentalmente il contratto collettivo aziendale quello cioè stipulato dal datore di lavoro con coalizioni spontanee dei lavoratori o con forme embrionali di associazioni sindacali e che, per sua natura, doveva avere efficacia al solo interno dell'impresa di riferimento; esso rappresenta oggi l'approdo delle nuove frontiere del diritto sindacale globalizzato che vorrebbe il perimetro aziendale come principio e fine della relazioni industriali⁽¹⁶⁾.

Il Protocollo del 1993 nel ridisegnare la struttura della contrattazione collettiva stabilì che tra il livello nazionale e quello aziendale intercorresse un nesso funzionale: il contratto aziendale era suscettibile di regolare materie ed istituti non ripetitivi rispetto a quelli definiti dal contratto collettivo nazionale. Nel contempo operava una connessione di tipo gerarchico secondo cui il contratto collettivo nazionale determina sia le materie riservate alla regolamentazione del contratto collettivo aziendale attraverso la clausola di rinvio dal primo al secondo sia la tempistica delle materie e le voci nelle quali il contratto aziendale si articola⁽¹⁷⁾.

Nell'ordinamento italiano, anche dopo che le parti sociali hanno ten-

⁽¹⁵⁾ SCARPELLI, *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT -127/2011, p. 7.

⁽¹⁶⁾ Per una recente ricostruzione storica delle prime forme di contrattazione di categoria in un ambito territoriale ristretto (la tariffa dei tipografi torinesi) CASTELVETRI, *Il profilo storico: dagli antichi concordati di tariffa alla contrattazione collettiva nazionale ed aziendale*, in *Arg. dir. lav.* 2010, p. 845; sul tema anche PASSANTI, *Storia del diritto del lavoro, I, La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale (1865-1920)*, Milano, 2006, p. 415.

⁽¹⁷⁾ Cass., 18 giugno 2003, n. 9784, in *Rep. Foro it.*, 2003, (voce lavoro), ribadisce che, atteso il rilievo paritetico dei due contratti, la violazione della clausola di competenza non è suscettibile di produrre l'inefficacia della pattuizione difforme; App. Milano, 4 marzo 2003, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 411.

tato di dar vita ad un sistema di contrattazione attraverso la competenza dei livelli, la giurisprudenza ha manifestato una certa riluttanza a leggere l'ordinamento sindacale come sistema, vale a dire come ordinamento autonomo di produzione normativa articolato su una complessa rete di rapporti tra gli agenti contrattuali ai diversi livelli in cui si svolge la negoziazione. I limiti di una tale impostazione sono particolarmente evidenti in alcune pronunzie che si sono occupate dell'efficacia soggettiva dei contratti aziendali in cui sovente è emersa una valutazione atomistica dell'accordo aziendale⁽¹⁸⁾. Inoltre le materie di cui il livello aziendale si è progressivamente appropriato tra cui la funzione di gestione delle crisi aziendali, la riorganizzazione dell'impresa anche attraverso la cessione di rami d'azienda, la deroga ai trattamenti standards previsti dal contratto nazionale in cambio della difesa occupazionale, il governo in partnership dei mercati del lavoro e dello sviluppo locali (i patti sociali territoriali) hanno fatto ritenere il livello di categoria uno strumento obsoleto ed inidoneo a governare la complessità del sistema produttivo.

Nei recenti approdi contrattuali delle parti sociali si è però ribadita la funzione del contratto di categoria il quale ambisce ancora a conservare la funzione di definire trattamenti minimi omogenei per tutti i lavoratori rientranti nel suo ambito di applicazione. Con l'accordo quadro sulla riforma degli assetti contrattuali del 2009 le parti firmatarie hanno confermato l'assetto della contrattazione su due livelli. Il contratto collettivo nazionale di categoria mantiene la funzione di "garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori del settore ovunque impiegati nel territorio nazionale"; contemporaneamente impegna le parti al rispetto del principio secondo cui le competenze del contratto aziendale sono delegate dal contratto nazionale o dalla legge e devono riguardare materie ed istituti che non siano già negoziati in altri livelli di contrattazione. Nel medesimo testo le parti confermano che l'obiettivo dell'intesa è il rilancio della crescita economica, lo sviluppo occupazionale e l'aumento della produttività e rimanda a specifiche intese attraverso le quali vengano individuate le procedure per modificare in tutto o in parte, anche in via sperimentale e temporanea singoli istituti economici o normativi dei contratti collettivi nazionali di categoria. Circa due anni dopo, con l'accordo interconfederale unitario del giugno 2011, le parti sociali (compresa la CGIL) si sono sforzate di raggiungere un'intesa che regolamenti non solo gli assetti della contrattazione in relazione al rapporto tra i livelli e alla clausole d'uscita, ma hanno collegato questa dimensione con quella relativa all'efficacia *erga omnes* delle intese derogatorie. Da un lato le

(18) FERRARO, *Il contratto collettivo oggi dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". It - 129/2011

parti sindacali contraenti hanno rivendicato, come è nella tradizione del sindacalismo italiano, la propria identità a rappresentare gli interessi professionali di tutti i lavoratori, dall'altro accettano di sottoporsi alle sfide dell'eventuale dissenso istituzionalizzandone però le concrete modalità di misurazione in modo differenziato a seconda che nella specifica realtà produttiva siano presenti una RSU ovvero una molteplicità di RSA e hanno introdotto una clausola di salvaguardia che si sostanzia nella possibilità di sottoporre il contratto ad una consultazione referendaria, qualora ciò sia richiesto da una delle associazioni firmatarie l'accordo interconfederale stesso o da una quota di lavoratori non inferiore al 30 per cento dei destinatari finali dei trattamenti. Si è pertanto introdotto un ribaltamento di prospettiva rispetto alla tradizione: non una preventiva verifica della capacità rappresentativa dell'agente negoziale che si candida a stipulare un accordo avente efficacia generale ma «il concreto esercizio dell'autotutela il cui risultato diviene oggetto di verifica della propria capacità di tenuta in relazione all'eventuale dissenso»⁽¹⁹⁾. L'effettività degli assetti regolativi incarnata dalle vicende legate agli stabilimenti Fiat⁽²⁰⁾, ha indotto a riproporre il tema della vincolatività generalizzata del contratto collettivo aziendale in presenza di un dissenso pur minoritario ma non residuale⁽²¹⁾. Mentre una parte della dottrina insiste sulla garanzia di libertà consustanziale al dissenso e vivificata dalla c.d. efficacia soggettiva limitata degli accordi sindacali, altra parte ha sottolineato l'assenza nel testo dell'art. 39 Cost. di qualsiasi riferimento al livello aziendale di contrattazione collettiva e la conseguente possibilità di considerarlo estraneo al modello costituzionale. Il meccanismo individuato si giova di strumenti che non negano la natura privatistica del contratto aziendale ma che ne consentono l'opponibilità anche a quanti ritenessero di sottrarsi a quella verifica democratica non partecipando all'elezione delle RSU o al referendum; in tal caso lo strumento ritenuto invocabile appare quello dell'accettazione da parte dei lavoratori della disciplina del contratto nazionale di categoria e, più in generale, di livello superiore: accettando la tutela del sistema negoziale nazionale i lavoratori accettano anche le competenze derogatorie che esso

⁽¹⁹⁾ LIEBMAN S., *Sistema sindacale di fatto, efficacia del contratto collettivo aziendale e principio di effettività*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 6, I, p. 1285.

⁽²⁰⁾ Sulla evoluzione delle relazioni sindacali in Italia alla luce delle recenti vicende che hanno visto l'industria automobilistica Fiat come protagonista CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT - 133/2011

⁽²¹⁾ Tra i numerosi accordi c.d. separati vi è da segnalare, successivamente all'A.I. del 2011 citato nel testo, l'accordo separato sulla produttività del novembre 2012 non siglato dalla CGIL.

riconosce al livello periferico e, per questa via, non possono sottrarsi alle deroghe concretamente adottate, a condizione che esse siano coerenti con i limiti qualitativi e quantitativi (individuati dalle materie oggetto di deroga) e procedurali (soggetti sottoscrittori, procedure referendarie) stabiliti ai livelli superiori⁽²²⁾. Proprio quando le parti sociali avevano ritrovato un'identità di vedute il legislatore italiano interviene realizzando quello che è stato descritto come il più incisivo caso di sovrapposizione della sfera dell'eteronimia a quella dell'autonomia mai attuato dai pubblici poteri nel periodo post-costituzionale: l'art. 8, l. 13 agosto 2011 n. 138⁽²³⁾. La discontinuità rispetto all'accordo interconfederale sottoscritto appare netta soprattutto con riferimento ad una questione: l'ammorbidimento delle rigidità della disciplina giuslavoristica può essere attuata attraverso deroghe *in peius* non solo dei contratti collettivi nazionali di categoria ma anche della disciplina legale con riferimento ad una serie di materie elencate con molta approssimazione⁽²⁴⁾. Tali intese beneficiarie della c.d. efficacia *erga omnes*, devono essere finalizzate alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, all'emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario alla gestione di crisi aziendali e occupazionali agli investimenti e all'avvio di nuove attività. Sebbene si possa pensare che l'efficacia *erga omnes* sia riservata al catalogo citato in realtà la sua vaghezza autorizza a pensare ad una sorta di delega in bianco che potenzialmente può destrutturare l'intero sistema giuslavoristico inserendo una galassia di micro-sistemi. Le clausole in deroga dovrebbero essere tollerate a condizione che introducano differenziazioni di trattamento retributivo compatibili con altri obiettivi sociali misurabili: la difesa dell'occupazione esistente, la creazione di nuova occupazione ma l'efficacia di tali strumenti è non solo incerta ma non dimostrata⁽²⁵⁾. Non è certo ipotizzabile che il legislatore volesse delegare al giudice il controllo di razionalità volto a determinare la validità dell'accordo derogatorio in relazione al rapporto mezzo fine; è invece probabile che il giudice non eserciti nessun sindacato data l'indeterminatezza dei concetti utilizzati e l'impossibilità di effettuare un controllo di congruenza. Mentre le parti sociali delegavano al CCNL l'individuazione delle materie suscettibili di essere oggetto di deroga, il

(22) LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, Relazione tenuta al Congresso AIDLASS, Pisa 2012, p. 13, consultabile in www.aidlass.org.

(23) LECCESE, *op. cit.*, p. 18.

(24) GARILLI, *L'art. 8 della legge 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". It 139/2011, p. 7.

(25) PERULLI, SPEZIALE, *op. cit.*, p. 23.

legislatore improvvido si è arrogato questo potere espropriando l'autonomia collettiva e non ha consentito alle parti sociali nazionali, certamente più lontane dal fenomeno da regolare, ma forse maggiormente indipendenti, di esercitare nessun controllo. L'art. 8 da un lato fornisce un sostegno al sistema previsto dalle parti sociali perché consente all'autonomia collettiva di realizzare obiettivi che essa non potrebbe efficacemente perseguire (vale a dire l'efficacia generalizzata degli accordi e la derogabilità di disposizioni di legge); d'altro canto sovverte la disciplina dell'accordo con riferimento alle regole relative alla competenza degli agenti abilitati alla conclusione delle intese derogatorie. La legge attribuisce direttamente agli agenti collettivi previsti dall'art. 8 il potere di stipulare i contratti di prossimità per cui l'eventuale violazione delle regole dell'Accordo interconfederale non è causa di invalidità o di inefficacia dei medesimi⁽²⁶⁾. Si potrebbe sostenere che il riferimento contenuto agli accordi interconfederali vigenti ed in particolare all'accordo del 2011 consenta il riallineamento dell'ambito di applicazione delle due fonti con la conseguenza che il contratto di prossimità possa essere stipulato solo dalle imprese che siano aderenti a quel sistema, ma ciò comporterebbe un privilegio nei confronti di imprese aderenti ad un determinato sistema contrattuale con conseguente vizio di incostituzionalità della disposizione così interpretata⁽²⁷⁾.

Diversa è la soluzione adottata nell'ordinamento francese ove pure si è introdotta una massiccia potestà derogatoria dei livelli inferiori della contrattazione ma ove, come si vedrà, al contratto nazionale è stato lasciato l'enorme facoltà di inibire espressamente il meccanismo derogatorio.

4. La marginalizzazione del principio di favore nell'esperienza francese

L'architettura delle relazioni industriali francesi si è sviluppata, originariamente e tradizionalmente attraverso l'opera di fonti di promanazione statale (c.d. *droit étatique*); diversamente dalle tradizioni anglosassoni e renane⁽²⁸⁾ nonché da quella italiana, essa ha risentito probabilmente dell'eco di una tradizione intrisa di sfiducia verso le po-

⁽²⁶⁾ CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT - 133/2011, p. 33.

⁽²⁷⁾ TREMOLADA, *Contrattazione di prossimità: gli organismi legittimati a concludere le specifiche intese*, in *Il lav. nella giur.*, 2012, p. 22.

⁽²⁸⁾ MAZEAUD, *Droit du travail*, Montchrestien, 2008, p. 46.

tenzialità creatrici della società civile e di eccessiva fiducia nella sovraesposizione dello Stato regolatore quale unico soggetto in grado di bilanciare la disuguaglianza tra il potere datoriale e quello del lavoratore⁽²⁹⁾. Mentre nell'ordinamento italiano l'autonomia collettiva si è caratterizzata storicamente come fenomeno autogeneratosi e sostanzialmente autoregolamentatosi, seppur con dosi crescenti di sostegno legislativo, nel diritto francese essa ha generato un diritto assorbito dal diritto statutale e che si è persino appropriato dei suoi meccanismi giuridici.

I primi studi sulla contrattazione collettiva hanno avuto ad oggetto la natura del contratto collettivo ed hanno trascurato invece l'aspetto dinamico-procedurale della contrattazione⁽³⁰⁾. La fase della contrattazione inizia ad assumere un ruolo crescente con il riconoscimento della sussistenza di un diritto dei lavoratori alla negoziazione dell'insieme delle condizioni di lavoro e delle garanzie sociali e con la progressiva affermazione dell'impresa come luogo di contrattazione e di conclusione di contratti collettivi. A seguito di interventi legislativi sempre più frequenti la contrattazione collettiva non è stata più concepita come attività avente ad oggetto la disciplina del contratto collettivo ma come attività creatrice di posizioni giuridiche dal contenuto procedurale ed il cui esercizio è tutelato al fine di consentire la conclusione dell'accordo⁽³¹⁾.

Le norme di origine statutale hanno costituito storicamente la fonte di legittimazione del potere normativo di matrice collettiva ed il sistema è stato tradizionalmente imperniato sul divieto legale di deroghe suscettibili di introdurre condizioni peggiorative del trattamento economico e normativo del lavoratore. La coesistenza di gruppi eterogenei di regole originatesi da fonti di produzione diverse (lo Stato e ed i privati seppur raggruppati in rappresentanze professionali) è stata ritenuta ammissibile solo in quanto è stato possibile individuare l'esistenza di un principio di articolazione che storicamente si è espresso dalla regola del principio di favore⁽³²⁾. Questo principio, comune peraltro a molte tradizioni giuridiche nazionali, rimane ancora scolpito nel *Code du travail* che, all'art. L. 2251-1 recita : « *Une convention ou un accord collectif du travail peut comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère de ordre public* »; esso costituisce la sublimazione

(29) PELISSIER, SUPIOT, JEAMMEAUD, *Droit du travail*, XXIV, ed. Dalloz, 2008, p. 1300.

(30) DURAND, *Le dualisme de la convention collective* in *Rev. trim. dr. comm.*, 1939, p. 353.

(31) KATZ, *La négociation collective et l'emploi*, LGDJ, 2007, p. 2.

(32) JEAMMEAUD, *Le principe de faveur: enquête sur une règle émergente*, in *Dr. soc.*, 1999, p. 115.

del principio di favore nei rapporti tra contrattazione collettiva e fonte statutale primaria ed è considerato dalla giurisprudenza dominante un principio fondamentale del diritto del lavoro⁽³³⁾. L'insieme delle fonti di regolamentazione che pongono una disciplina inderogabile, in quanto minimale, ha costituito per lungo tempo il c.d. corpus dell'*ordre public social*⁽³⁴⁾. Questo tipo di ordine pubblico ha però natura relativa appunto in quanto diretto solo ad impedire mutamenti *in peius* del trattamento economico normativo e si contrappone al c.d. *ordre public absolu* che invece implica l'impossibilità di qualunque deroga⁽³⁵⁾.

Il diritto alla contrattazione collettiva dei lavoratori è contenuto nell'art. L. 2221-1 del codice ed esso ha ad oggetto l'insieme delle «*conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que de leurs garanties sociales*». Differenziando non solo linguisticamente ma anche contenutisticamente i termini *emploi* e *travail* si può notare come il legislatore abbia manifestato la tendenza a concepire in modo sempre più estensivo l'orizzonte di competenza della contrattazione collettiva comprendendovi quindi la regolamentazione riferita all'accesso al lavoro (apprendistato, inserimento al lavoro e assunzione, formazione professionale) ma anche gli accordi relativi alla protezione dell'occupazione. Da fattore di determinazione del contenuto dei contratti di lavoro la contrattazione collettiva è divenuta fattore di mantenimento o di sviluppo dell'impiego con un'accentuazione della funzione c.d. gestionale di limitazione e controllo del potere direttivo.

L'autonomia collettiva può germinare nella stipula di: «*1) la convention collective a vocation à traiter de l'ensemble des matières mentionnées à l'art. L. 2221-1 pour toutes les catégories professionnelles intéressées; 2) l'accord collectif traite un ou plusieurs sujets déterminés dans cet ensemble*». Il criterio di distinzione tra l'uno o l'altro contratto collettivo è pertanto di natura eminentemente quantitativa e comporta una relazione da *genus* a *species*.

Il principio di favore regola non solo i rapporti tra fonte legale e fonte collettiva ma naturalmente anche quelli tra contratto collettivo e contratt-

(33) Cass. soc., 26 Ottobre 1999, in *Dr. soc.*, 2000, p. 281, annotata da RADÉ. La giurisprudenza costituzionale francese considera il principio di favore come un principio fondamentale del diritto del lavoro e non un principio fondamentale dell'ordinamento; tale distinzione è gravida di conseguenze in quanto comporta che il legislatore è libero di ridurne la portata.

(34) GAUDU, *L'ordre public en droit du travail*, in *Etudes offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001 p. 363.

(35) Sono ad esempio assolutamente inderogabili le disposizioni che prevedono la competenza territoriale in relazione alla giurisdizione ovvero le disposizioni che stabiliscono poteri e competenze dell'ispettore del lavoro ma anche l'introduzione di sanzioni penali.

to individuale: l'art. L. 2254-1 del *Code du travail* infatti espressamente recita: «*Lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables*».

Attraverso la mediazione del principio di favore la contrattazione collettiva ha storicamente svolto la primigenia funzione acquisitiva dei diritti.

Il sistema di relazioni industriali francese di matrice convenzionale si è stratificato su tre livelli: 1) *niveau national interprofessionnel* cioè corrispondente al livello confederale che comprende tutto il territorio e raggruppa tutte le categorie professionali⁽³⁶⁾; all'interno di questo livello è già possibile operare una diversificazione funzionale. Ogni accordo di questo tipo contiene, accanto ad una componente di clausole aventi natura precettiva, spesso una componente dichiarativa che raggruppa opinioni, osservazioni, propositi spesso di natura macroeconomica. Quanto al contenuto esso può assumere la forma di un accordo quadro (*accord cadre*) cioè di un accordo che disciplina il contenuto ovvero l'articolazione di futuri accordi collettivi ovvero di accordo di regolamentazione che, nell'ottica delle parti firmatarie, mira ad essere trasfuso nella legge; 2) *niveau de branche professionnelle* che su scala nazionale regionale o locale raggruppa un insieme di attività economiche che hanno la medesima finalità (ad es. industria chimica, società di assicurazione); 3) *entreprise ou établissement* cioè l'ambito relativo ai lavoratori dell'impresa stipulante o di stabilimento. Una legge di riforma del 2004 ha previsto inoltre gli accordi di gruppo cioè quelli conclusi nell'ambito di imprese appartenenti allo stesso gruppo; essi sono assimilati, relativamente alla loro disciplina, a quelli d'impresa. Il legislatore francese attribuisce una rilevanza particolare al fenomeno del gruppo prevedendo da un lato la possibilità di concludere contratti collettivi che riguardino tutti i lavoratori impiegati presso le imprese che allo stesso appartengano e, dall'altro, la possibilità di costituire un organo che rappresenti i lavoratori impiegati nelle imprese del gruppo.

Il Preambolo della Costituzione fin dal 1946 già prevedeva infatti che : «*tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail, ainsi qu'à la gestion des entreprises*». A tale importante riconoscimento non corrispondeva però alcun apparato sanzionatorio in caso di inadempimento. L'anno 1982 segna per il sistema di relazioni industriali francese una svolta. Attraverso tale riforma il legislatore francese incide sul rapporto tra legge e contratto collettivo ed accentua l'importanza riconosciuta alla fonte con-

⁽³⁶⁾ BARTHELEMY, *Les accords nationaux interprofessionnels*, in *Dr. soc.*, 2008, p. 34.

venzionale e impone un' obbligazione di contrattare a livello nazionale di categoria e di azienda con cadenza annuale⁽³⁷⁾. Alla fonte collettiva di livello nazionale non è più delegata solo la classica funzione c.d. acquisitiva attraverso il miglioramento delle condizioni di lavoro del lavoratore e il rispetto delle norme di ordine pubblico⁽³⁸⁾. Con l'introduzione del potere derogatorio da parte della contrattazione collettiva aziendale ovvero della contrattazione nazionale fatta oggetto della procedura di estensione, si è resa possibile la deroga alle condizioni fissate dalla legge seppur dietro espressa autorizzazione della medesima e nei soli casi espressamente contemplati. Trattandosi di una possibile contrazione di diritti il legislatore del tempo aveva ritenuto di prendere delle precauzioni: oltre alla tipizzazione dei casi di deroga, per i contratti nazionali di categoria doveva essere soddisfatta la condizione dell'estensione e, per quanto riguarda i contratti aziendali, si introduceva un diritto di opposizione. Questi contratti venivano soprannominati "derogatori". Molto opportunamente qualche acuto commentatore osservava che più di un contratto derogatorio poteva trattarsi di una clausola derogatoria inserita in un contratto⁽³⁹⁾. Dal 1986 il numero di autorizzazioni legislative alla deroga si è moltiplicato. Il dibattito su questa diversificazione di struttura è stato molto vivace in quanto ci si interrogava se si trattasse di un arricchimento e di una complementarietà reciproca tra il livello nazionale e quello aziendale oppure di un declino inesorabile del primo a vantaggio del secondo⁽⁴⁰⁾. Con la legge dell'1982 si stabiliva una bipartizione netta a seconda che il contratto aziendale fosse successivo a quello nazionale ovvero che fosse anteriore. Nel primo caso esso svolgeva una triplice funzione: 1) miglioramento del trattamento previsto dal livello nazionale; 2) regolamentazione di istituti non disciplinati dal livello nazionale; 3) adattamento del contratto nazionale alle condizioni dell'impresa. Nel secondo caso esistesse già un contratto aziendale, il contratto nazionale sopravvenuto imponeva un adattamento del livello inferiore. In ogni caso qualsiasi conflitto doveva essere risolto mediante l'applicazione della regola di favore e, per i casi in cui questo principio non era suscettibile di applicazione, la disciplina prevedeva una primazia del livello nazionale.

(37) ROTSCCHILD SOURIAC, *Le droit à la négociation et sa sanction*, in *Dr. soc.*, 1982, p. 729.

(38) CHAUCHARD, *La conception française de la négociation et de la convention collectives de travail*, Thèse, 1984, p. 10.

(39) POIRIER, *La clause derogatoire in pejus*, in *Dr. soc.*, 1995, p. 885.

(40) SOURIAC, *L'articulation des niveaux de la négociation collective*, in *Dr. soc.*, 2004, p. 580.

Si è ben presto posta la questione dell'autorità del modello legale e cioè in che misura esso potesse ammettere la concorrenza di modelli differenti ed alternativi a quello previsto⁽⁴¹⁾. In realtà, anche sotto l'egida della riforma del 1982 era possibile che in materia salariale ovvero di orario di lavoro il contratto aziendale potesse derogare anche in *peius* al contratto nazionale, ma oltre ad essere espressamente prevista dal legislatore, tale deroga era comunque considerata un'eccezione al principio generale. Anche la giurisprudenza concordava sul fatto che solo la legge potesse consentire la disapplicazione del principio di favore e giammai la contrattazione salvo espressa autorizzazione.

Dal 1995 il dibattito sulla rimodulazione dei rapporti tra diversi livelli diventa più serrato. In particolare globalizzazione degli scambi, disoccupazione, evoluzione dei prodotti e dei servizi, sviluppo della contrattazione aziendale, eccessivo intervento del legislatore, difficoltà di miglioramenti continui su una medesima materia disposti da un livello all'altro, avevano indotto le parti sociali a manifestare una crescente insoddisfazione verso l'assetto della contrattazione su tre livelli ed alcuni commentatori a parlare di un «*contrat collectif d'entreprise devastateur*»⁽⁴²⁾. La contrattazione collettiva nazionale sembrava dovesse mantenere da una parte il suo tradizionale ruolo normativo e dall'altra regolare la contrattazione di secondo livello attribuendo a quest'ultima spazi di libertà ed allo stesso tempo consentirle di elaborare regole applicabili dove la contrattazione nazionale non si fosse dimostrata efficace. In pratica non era ancora possibile una lettura della legislazione vigente che consentisse uno sconvolgimento dell'articolazione delle fonti collettive. Qualora si fosse inteso cambiare il sistema era necessaria una riforma legislativa. Con legge del 12 novembre 1996, facendo seguito ad un accordo interconfederale del 1995, si dava la stura, seppur in via sperimentale, ad un ampliamento degli agenti negoziali in seno all'azienda; le imprese prive di rappresentanti sindacali, dietro espressa autorizzazione del contratto di categoria, potevano avere come controparte negoziale o il rappresentante dei lavoratori eletto in seno al comitato d'impresa ovvero un lavoratore mandatario di una o più organizzazioni sindacali rappresentative. Prontamente adito il *Conseil Constitutionnel* francese aveva sancito il seguente principio: «i sindacati non godono del monopolio della rappresentanza degli interessi dei lavoratori che si esprime essenzialmente mediante la contrattazione collettiva»⁽⁴³⁾. La legge del

(41) RODIERE, *op. cit.*, p. 711.

(42) PASCRE, *Le contrat collectif devastateur* in *Dr. ouvr.*, 1985, p. 266.

(43) Cons. Cost., 96-383 DC: «*si ces dispositions confèrent aux organisations syndicales*

4 maggio 2004 (*c.d. legge Fillon sur le dialogue social*) si inserisce in questo filone di destrutturazione degli assetti precedenti ed asseconda le esigenze datoriali di spostamento del baricentro della contrattazione verso il livello d'impresa: consacra il principio maggioritario come condizione di validità dell'accordo collettivo; consente inoltre l'ammissione di nuovi agenti contrattuali nelle imprese prive di rappresentanza sindacale (eletti all'interno del comitato d'impresa delegati del personale, mandatari del sindacato); pone al centro della contrattazione il livello d'impresa dotandolo di una maggiore autonomia funzionale rispetto al livello nazionale di categoria e sconvolgendo la precedente articolazione dei livelli dominata dal principio di favore.

Come principio generale si afferma quindi la concezione della sussidiarietà verticale ovvero l'applicazione del livello superiore solo qualora manchi la fonte regolatrice d'impresa. Tuttavia la marginalizzazione del principio di favore dipende sempre di più da quanto previsto nel contratto di livello superiore che è in grado di definire i margini di autonomia degli accordi decentrati e quindi i requisiti di validità di questi ultimi.

L'articolazione delle fonti e delle loro possibili antinomie non obbedisce più ad un modello generale. L'autorità che la legge attribuisce agli accordi collettivi è modulata e questa modulazione è la risultante di una combinazione di regole legali e di norme convenzionali. La legge inoltre arricchisce la diversità dei modi di formazione degli accordi collettivi disinteressandosi del legame che deve intercorrere tra procedura di formazione dell'accordo e grado d'intensità⁽⁴⁴⁾. L'esame degli articoli seguenti del *code de travail* che appartengono alla Seconda Parte, Libro Secondo, Capitolo III, rubricato «rapporti tra contratti aziendali o di stabilimento e accordi relativi ad aree territoriali o professionali più estese» appare illuminante⁽⁴⁵⁾.

Il contratto aziendale potrà avere un contenuto difforme dal contratto nazionale (di categoria o interconfederale) e prevedere disposizioni anche peggiorative. La subordinazione relativa del primo rispetto al secondo basata non solo sul concetto di ordine pubblico sociale ma anche ad un'esigenza di conformità di direttive introdotte dal contratto

vocation naturelle à assurer, notamment par la voie de négociation collective la défense des droits et intérêts des travailleurs, elles n'attribuent pas pour autant à celles-ci un monopole de la représentation des salariés».

⁽⁴⁴⁾ LYON CAEN A., *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, 2005, p. 6.

⁽⁴⁵⁾ Art. L. 2253-1: «Une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement peut adapter les stipulations des conventions de branche ou des accords professionnels ou interprofessionnels applicables dans l'entreprise aux conditions particulières de celle-ci ou des établissements considérés».

di categoria non costituisce più una regola⁽⁴⁶⁾. Il contratto nazionale, in linea di principio, assume carattere di fonte suppletiva. La riforma autorizza però la previsione di disposizioni in deroga a quelle applicabili in virtù dell'accordo collettivo di livello superiore. Il silenzio del contratto nazionale sulla capacità derogatoria di quello aziendale equivale ad autorizzazione a derogarvi. Se si intende impedire la deroga è necessario che la contrattazione di categoria si esprima espressamente sul punto. Il concetto di deroga (*derogation*), secondo il parere di un'attenta dottrina, viene inteso come un'eccezione prevista per una materia speciale o per un caso particolare ad una regola che comunque ancora resta in vigore. I concetti di fonte derogatoria e di fonte suppletiva non coincidono. La deroga infatti contempla l'esistenza di una regola che essa temporaneamente disattende. La norma derogata mantiene quindi il proprio valore di riferimento mentre la disposizione derogante deve essere interpretata restrittivamente. La fonte suppletiva invece è cedevole di fronte alla fonte primaria. Quando questa esiste la fonte suppletiva cessa di produrre i suoi effetti.

I conflitti tra fonti collettive sono peraltro risolti alla radice. Quando il contratto aziendale prevede una disposizione in deroga al contratto nazionale non vi è più spazio per l'operatività del principio di favore. La fonte di regolamentazione aziendale ha un'applicazione esclusiva e si evita un conflitto tra fonti. Come acutamente osservato la regola è ormai quella secondo cui *specialia generalibus derogant*. La riforma assicura l'applicazione esclusiva dell'accordo aziendale facendo salvi dei casi tassativamente previsti dalla legge ovvero salva previsione dalla contrattazione collettiva.

La funzione tradizionale della contrattazione nazionale riemerge in quelle materie che per loro natura devono trovare una composizione e regolamentazione in un; in particolare la contrattazione nazionale mantiene la sua tradizionale funzione in materia di determinazione della retribuzione minima (*salaires minima*) e di inquadramento del personale (*classement*).

Un ulteriore fattore di destrutturazione del sistema risiede nel fatto che, salvo che in poche e determinate materie, un contratto aziendale può divenire lo strumento per l'applicabilità di una disposizione di legge bisognosa di completamento al pari di un contratto nazionale. L'equiparazione del contratto aziendale a quello di categoria a questi fini è stata considerata come un fattore di ulteriore indebolimento del livello categoriale ma anche del potere legislativo. Nel caso poi di contempo-

(46) SOURIAU, *op. cit.*, p. 582.

raneo intervento dei due livelli di contrattazione la predetta regola della prevalenza del livello inferiore *rectius* speciale è in grado di spiazzare il contratto nazionale. La regola della suppletività viene esportata sia nei rapporti tra accordi intercategoriaли e accordi di categoria ma anche tra accordi nazionali, regionali e locali.

L'introduzione degli accordi in deroga ha comportato la marginalizzazione progressiva del principio di favore al fine di temperare la rigidità legislativa. Il mutamento di funzione é pertanto evidente. Dalla classica funzione acquisitiva realizzata mediante la «*negociation collective d'addiction*» la contrattazione diviene un modo per rendere più flessibili le norme statuali. Emerge così il nuovo ruolo della contrattazione (*accords donnant-donnant*) in cui ciascuna parte fa delle concessioni a condizione di riceverne delle altre in cambio. Gli spazi di manovra sempre maggiori lasciati all'impresa hanno contribuito, secondo alcuni autori, a svilire il ruolo classico del livello nazionale di categoria in materia di uniformazione delle regole nelle imprese che operano su un medesimo mercato concorrenziale. Il contenuto del contratto di categoria si rivela essere sempre meno innovativo fino quasi a divenire una copia del codice del lavoro. La richiesta datoriale di maggiore flessibilità si incanala quindi verso il livello d'impresa ritenuto quello più idoneo a soddisfare tale esigenza. Naturalmente, se non esiste un contratto nazionale di categoria ovvero se la contrattazione di secondo livello è abilitata a derogarvi anche in peius si ripropone il rischio di una concorrenza al ribasso delle condizioni di lavoro. La legge del 2004 ha secondo un'autorevole dottrina ha quindi messo in discussione la funzione unificatrice della convention di branche. Qualora il contratto nazionale non è stato fatto oggetto estensione la sfera di efficacia soggettiva del medesimo dipende, secondo la tradizionale regola di diritto dei contratti, prima di tutto dall'affiliazione del datore. Con la legge del 1982 per temperare la fragilità di questo meccanismo il legislatore aveva disposto che il recesso del datore dall'associazione stipulante non faceva venire meno l'obbligo di applicazione del contratto collettivo. Con la riforma del 2004 un datore, se il contratto collettivo nazionale nulla dispone, potrà sottrarsi all'applicazione del medesimo tramite la stipula di un contratto aziendale. La legge di riforma snatura quindi il senso dell'affiliazione e le organizzazioni sindacali dei lavoratori sono lo strumento di tale possibilità di fuga⁽⁴⁷⁾. Per contro, secondo un autorevole commentatore della legge l'obiettivo della medesima è lampante: fare del contratto collettivo aziendale il centro di gravità della contrattazione collettiva, liberarlo da vincoli esterni

(47) NADAL, *Le destin de la convention de branche in La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, 2005, p. 63.

ed in sintesi promuovere l'autoregolamentazione dell'impresa. In realtà il contratto nazionale mantiene la sua tradizionale vocazione normativa laddove non esiste contrattazione collettiva di nessun livello. Mantiene inoltre il ruolo di regolatore in quanto può espressamente disinnescare il meccanismo derogatorio.

6. Riflessioni conclusive

L'esame dell'evoluzione dei due ordinamenti consente di operare qualche riflessione. La progressiva valorizzazione della dimensione aziendale quale centro nevralgico del sistema di contrattazione è una linea di tendenza che, per lo meno nelle intenzioni dei legislatori, accomuna ordinamenti di tradizione giussindacale diversa. Formule quali tutela dell'occupazione, sfida alla globalizzazione, aumento della competitività dell'impresa costituiscono la ragioni giustificatrici (cause anche in senso giusprivatistico e non solo motivi) delle deroghe agli standards fissati dal livello nazionale di categoria. La misurazione dei risultati in virtù dei quali l'accordo è concluso è verificabile *ex post* poiché *ex ante* è solo possibile una prognosi sull'esito di una determinata strategia aziendale. Sempre di più la contrattazione diviene uno strumento attraverso cui veicolare scelte di contrazione delle tutele imposte da congiunture economiche sfavorevoli; il diritto alla negoziazione collettiva rischia di divenire espressione di un diritto di partecipazione alla decisione del datore che la ragione economica apparentemente impone. La norma negoziata viene percepita come una norma imposta da ineffabili leggi economiche e la deroga, di per sé istituto di natura eccezionale, diviene misura di competitività di un sistema. La dimensione costituzionale della contrattazione e cioè la riorganizzazione degli assetti della medesima si rivela uno schema idoneo a veicolare ipotesi di deroghe all'infinito con un intenso quanto talvolta inopportuno intervento di sostegno del legislatore. Da attività ad oggetto definito la contrattazione si è trasformata in processo a contenuto variabile in cui lo strumento della deroga è divenuto il fattore trainante del sistema. L'intervento legislativo in entrambi gli ordinamenti rappresenta solo una nuova manifestazione della tendenza legislativa ad assecondare l'obiettivo manageriale di affrancarsi da vincoli derivanti dalla legge e dai contratti collettivi (nazionali di categoria) e che utilizza il contratto aziendale come strumento in vista di tale obiettivo. La valorizzazione delle funzioni della contrattazione decentrata può essere valutata come una lacerazione della funzione di regolazione uniforme e standard dei trattamenti affidata al contratto nazionale, ovvero come un virtuoso strumento di adattamento della con-

trattazione collettiva alle esigenze della competitività e del mercato, in virtù di rapporti di forza che vedono le esigenze dell'impresa prevalenti e la cui pressione il sindacato non riesce più ad arginare⁽⁴⁸⁾. Diversamente dal modello francese ove il contratto nazionale mantiene ancora il potere di inibire il processo derogatorio e difformemente da quanto previsto dalle parti sociali nell'accordo del giugno 2011, il legislatore italiano ha ulteriormente indebolito il livello nazionale non contemplando il potere di disinnescare le deroghe. Deve però essere riconosciuto che ciò che non è previsto dalla disciplina statutale è possibile all'interno dell'ordinamento intersindacale ove le parti sono libere di limitare l'autonomia derogatoria del livello di prossimità; rimane però preclusa al legislatore un'incursione che imponga il congelamento in via definitiva della capacità di regolamentazione di un livello a favore di un altro⁽⁴⁹⁾. Con la c.d. liberalizzazione del sistema contrattuale si è ratificata la possibilità di rendere la contrattazione aziendale autonoma e incitato l'ammutinamento da parte delle strutture sindacali periferiche.

Abstract

This paper is based on a comparative research aimed at bringing forward and analysing main changes occurred in collective bargaining in the recent years. The evolution of collective bargaining is then described with the help of comparative methods. Examples chosen from national reports and in particular italian and french labour system, prove that nation-wide collective agreements are significant sources in most legal systems, whether they precede legislation or accompany statute law in an auxiliary fashion. Decentralised agreements play instead a more controversial role, not easy to be compared. The function of collective bargaining has changed. From the initial purpose to balance the power of the employer, it is becoming a way to promote the competitiveness by the instrument of "derogations" from labour standards fixed by law or by nation-wide level agreement.

⁽⁴⁸⁾ Sulla clausole di apertura nel modello tedesco SANTAGATA, *La contrattazione collettiva in Germania: Tecniche di decentramento e vincoli costituzionali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2005, p. 638.

⁽⁴⁹⁾ DE LUCA TAMAJO, *Prime valutazioni e questioni di legittimità costituzionale dell'art. 8 della legge 148 del 2011*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, p. 24.

PARTE III

OSSERVATORIO

CORTE DI APPELLO DI ROMA,
Sezione lavoro, previdenza e assistenza obbligatorie,
19 ottobre 2012, TORRICE Presidente, ORRÙ Relatore.

LAVORO SUBORDINATO - DISCRIMINAZIONE - CONDOTTA ANTISINDACALE -
AZIONE COLLETTIVA - INTERVENTO

(d.lgs n. 150/2011, art. 28; d.lgs. 216/03, art. 4; art. 344 c.p.c.)

Costituisce un comportamento perseguibile ex art. 28, co. 1, d.lgs. n. 150/2011, relativo alle discriminazioni dirette collettive (art. 5. co. 2, d.lgs. n. 216/2003), ed al conseguente diritto alla parità di trattamento (art. 4 del d.lgs. n. 216/2003), la mancata assunzione di alcuni lavoratori fondata sulle « convinzioni personali » dei medesimi, nelle quali deve essere compresa la libertà ideologica (o sindacale o politica, o etica, o filosofica), non potendosi configurare nella fattispecie una deroga, pure prevista dall'art. 3, co. 3, del medesimo d.lgs. n. 216/2003, concernente l'ipotesi che la convinzione personale del lavoratore consiste e può essere utilizzata quale requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività lavorativa.

(Omissis) - MOTIVI DELLA DECISIONE. - L'appello è infondato nei termini e per le ragioni che seguono che integrano e sostituiscono in parte qua la motivazione della pronunzia impugnata.

Rilievi preliminari di carattere processuale.

Il rito d'appello: La FIP in applicazione del richiamato principio espresso da Cass. 9694/2010 per cui il regime di impugnazione astrattamente esperibile va individuato in base al tipo di procedimento effettivamente svoltosi, a prescindere dalla congruenza delle relative forme rispetto alla materia controversa, ha correttamente adito la Corte di Appello di Roma in funzione di giudice del Lavoro (conforme anche Cass. 3712/2011 per cui l'individuazione del mezzo di impugnazione esperibile contro un provvedimento giurisdizionale va effettuata facendo esclusivo riferimento alla qualificazione data dal giudice all'azione proposta con il provvedimento impugnato, a prescindere dalla sua esattezza e dalla qualificazione dell'azione data dalla parte, in base al principio dell'apparenza).

La FIP non ha proposto impugnazione nei confronti della specifica statuizione del Tribunale in merito alla ritenuta competenza del giudice del lavoro a conoscere della controversia in esame che deve pertanto ritenersi definitivamente affermata.

A) - Ammissibilità del ricorso nelle forme dell'art. 28 d.lgs. 150/2011

L'ordinanza impugnata ha ritenuto ammissibile il ricorso proposto dalla Fiom nelle forme dell'art. 28 d.lgs. 150/2011 respingendo le contrarie argomentazioni della FIP sulla base di tre distinte considerazioni:

1)- il diverso ambito di applicazione della tutela prevista dall'art. 28 St. Lav. (richiamata dalla FIP) rispetto all'ipotesi speciale di cui all'art. 28 d.lgs. 150/2011;

2)- Fiom ha proposto un'azione a tutela del diritto dei lavoratori alla parità di trattamento in materia di occupazione, volta all'accertamento e alla rimozione di una discriminazione diretta collettiva disciplinata dall'art. 4 dlgs 216/03 che si caratterizza quanto a causa petendi per la violazione del principio di parità di trattamento nell'assunzione e quanto al petitum per richiesta di cessazione del comportamento discriminatorio, rimozione effetti e risarcimento del danno;

3)- l'affiliazione sindacale (oggetto della discriminazione) è sicuramente riconducibile al concetto di convinzioni personali, ipotesi espressamente prevista e tutelata dall'art. 4 d.lgs. 216/03.

La parte appellante contrasta le argomentazioni del tribunale riproponendo la linea difensiva già sostenuta in primo grado.

Evidenzia innanzitutto che l'art. 28 L. 150/11, richiamando espressamente una serie di norme a tutela di forme tipiche di discriminazione tra cui quelle previste dall'art. 4 d.lgs 216/2003, nulla dispone in merito alla discriminazione per motivi sindacali. A parere dell'appellante il d.lgs. n. 216/2003 interessa solo le discriminazioni dovute ai fattori ivi elencati tassativamente (artt. 1 e 2: religione, convinzioni personali, handicap, età, orientamento sessuale) e, ovviamente, disciplina la tutela giurisdizionale solo di queste come si desume dalla formulazione dell'art. 4: «discriminazioni di cui all'art. 2» e dell'art. 5: «legittimate ad agire ai sensi dell'art. 4».

Le discriminazioni causate dalla affiliazione sindacale non possono perciò ritenersi regolate dal d.lgs. n. 216/2003, essendo disciplinate specificamente dall'art. 15 Stat. Lav. (art. 15, co. 1, lett. a) «subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad un'associazione sindacale ovvero cessi di farne parte»; art. 15, co. 1, lett. b) «a causa della sua affiliazione o attività sindacale»).

Il comportamento ascritto a FIP può perciò trovare tutela esclusivamente nelle forme dell'art. 28 L. 300/70 che predisponendo uno speciale procedimento rende inammissibile la diversa tutela azionata.

A sostegno dell'assunto la FIP ritiene che, con l'azione collettiva proposta, la Fiom abbia agito per la tutela dell'interesse individuale di ciascun lavoratore così tutelando il proprio interesse collettivo e che perciò l'azione si qualifichi negli esatti termini previsti dall'art. 28 St. Lav. che individua la causa petendi nella asserita lesione della libertà sindacale ed il petitum nel-

la richiesta di cessazione condotta antisindacale e rimozione degli effetti.

Sempre secondo l'appellante la questione decisa dall'ordinanza impugnata riguarda una discriminazione nell'assunzione per affiliazione sindacale identica a quella tipizzata nella disposizione dell'art. 15, lett. a), St. Lav. con conseguente impossibilità di assimilazione della fattispecie alle discriminazioni per convinzioni personali.

Di conseguenza secondo la FIP l'ordinanza è erronea ed ingiusta nella parte in cui applica ad una asserita discriminazione per affiliazione sindacale la tutela sommaria di cognizione e l'agevolazione probatoria previste per le discriminazioni per convinzioni personali, sostenendo che «l'affiliazione sindacale del lavoratore è sicuramente riconducibile al concetto di convinzioni personali».

Questa Corte territoriale osserva, al contrario, che il legislatore distingue i due tipi di discriminazione e la rispettiva disciplina, che è comune solo con riferimento alla regola sostanziale di nullità dei relativi atti, non a caso mediante la disposizione espressa di equiparazione (art. 4, co. 1, d.lgs. n. 216/2007, che integra l'elenco di cui all'art. 15, co. 2, St. Lav.).

La disciplina processuale e probatoria resta, invece, completamente diversa, poiché alle discriminazioni per ragioni sindacali si applica per le azioni individuali l'ordinario rito del lavoro e per l'azione sindacale l'art. 28, St. Lav.

Al fine di meglio comprendere e risolvere le complesse questioni trattate dalle parti è opportuno premettere alcune considerazioni sulla disciplina dettata in tema di discriminazione.

Le disposizioni sostanziali in materia di discriminazione, come del resto quelle processuali, sono il frutto della stratificazione di varie norme che non ne rende facile la ricostruzione.

Recentemente con la legge sulla semplificazione dei riti (art. 28 d.lgs. 150/2011 che ha dato attuazione alla delega contenuta nell'art. 54 l. n.69/2009), tutte le controversie introdotte, a decorrere dal 7.10.2011, in materia di discriminazione di cui all'articolo 44 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, quelle di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215 (motivi razziali ed etnici), quelle di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216 (motivi inerenti la religione, le convinzioni personali, l'handicap, l'età, l'orientamento sessuale/con riferimento all'occupazione e alle condizioni di lavoro), quelle di cui all'articolo 3 della legge 1° marzo 2006, n. 67, (motivi legati alla disabilità) e quelle di cui all'articolo 55-quinquies del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, saranno regolate dal rito sommario di cognizione di cui al capo III bis del titolo I del libro quarto del codice di procedura civile (art. 702-bis, ter e quater del c.p.c.) e non più dal procedimento cautelare atipico di cui al vecchio art. 44 del T.U. immigrazione.

Il d.lgs. 150/2011 non ha però ridisegnato in modo completo il processo per la tutela delle discriminazioni, né ha rimandato in blocco alle norme sul rito sommario di cognizione.

A regolare questo processo confluiscono, infatti, gli artt. 702 *bis*, *ter* e *quater* c.p.c., - per le parti non derogate dal d.lgs. 150/2011 -; il d.lgs. 150/2011 (soprattutto gli artt. 3, 28 e 34, comma 32 e segg.); le diverse leggi che disciplinano i vari fattori di discriminazione.

La disposizione che ha uniformato gli strumenti processuali per la repressione delle diverse forme di discriminazione prevedendo un unico rito, non ha tuttavia modificato la disciplina sostanziale, ossia l'elenco dei possibili motivi di discriminazione.

I fattori di discriminazione restano infatti quelli indicati negli art. 2 comma 3) dei d.lgs. 215 e 216/03, nell'art. 2 comma 4 I. 67/2006 e nell'art. 55 *bis* comma 4 CPO introdotto dal d.lgs. 196/2007.

La procedura prevista dall'art. 28 d.lgs. 150/2011 può, pertanto, essere applicata in via esclusiva alle forme di discriminazione ricadenti nello specifico ambito di applicazione della norma medesima ogni qualvolta venga azionata la tutela verso forme di discriminazione, diretta o indiretta, individuale o collettiva, fondate sui fattori di rischio elencati mediante richiamo alle diverse previsioni normative che li disciplinano.

-A, 1-

Quanto detto è utile in primo luogo ad evidenziare le sostanziali differenze inerenti l'ambito di tutela della procedura azionata nel presente giudizio rispetto a quella prevista dall'art. 28 St. Lav.

Per integrare gli estremi della condotta antisindacale di cui all'art. 28 dello Statuto dei lavoratori è necessario innanzitutto che il comportamento datoriale comprometta oggettivamente l'efficace espletamento del ruolo delle organizzazioni sindacali.

L'art. 28 St. Lav. tutela un interesse collettivo del sindacato alla esplicazione della libertà sindacale distinto ed autonomo rispetto a quello attribuito ai singoli lavoratori.

Dalla natura degli interessi collettivi tutelati dalle organizzazioni sindacali deriva infatti che, nell'ipotesi di condotte datoriali plurioffensive, il sindacato non può disporre dei diritti individuali dei lavoratori e, di conseguenza, la tutela accordata a seguito di ricorso alla procedura di repressione della condotta antisindacale non può incidere su diritti acquisiti dai singoli lavoratori.

-A, 2-

L'oggetto della tutela azionata nel presente giudizio non è l'esercizio delle prerogative sindacali della Fiom, ma la discriminazione subita dai suoi iscritti in sede di assunzione a causa dell'affiliazione sindacale.

Sostanzialmente si è in presenza di una condotta della FIP astratta-

mente idonea a ledere sia l'interesse collettivo del sindacato sia l'interesse individuale dei singoli lavoratori affiliati; ognuno dei soggetti interessati (sindacato e lavoratori) ha a disposizione forme di tutela differenziate e non sovrapponibili in quanto volte a garantire diritti diversi attraverso forme, procedure e sanzioni diversificate in ragione della diversità dei soggetti e degli interessi tutelati.

Per tali motivi non vi è e non può esservi alcuna univoca correlazione tra i diritti protetti dall'art. 15 St. Lav. e la procedura di repressione della condotta antisindacale prevista dal successivo art. 28.

Il richiamato art. 15 St. Lav. (così come integrato dalle ipotesi previste art. 4, co. 1, d.lgs. n. 216/2003) è norma di carattere sostanziale idonea a definire e qualificare l'atto discriminatorio subito dal lavoratore, che in quanto invalido ed illecito può dar luogo ad una serie di tutele. Accanto alla tutela ordinaria ex art. 414 c.p.c. (risarcitoria o ripristinatoria) vi può essere una tutela cautelare o la speciale tutela sommaria dettata per la repressione delle condotte discriminatorie qualora sia esperibile, ma non la speciale tutela ex art. 28 St. Lav., se non nelle ipotesi in cui il sindacato faccia valere un interesse proprio e non dei singoli lavoratori discriminati.

Né può ritenersi che la Fiom attraverso la tutela dell'interesse individuale dei suoi affiliati con la procedura qui azionata abbia sostanzialmente tutelato il proprio interesse collettivo, in quanto la somma degli interessi individuali degli affiliati non corrisponde sicuramente all'interesse collettivo del sindacato posto a garanzia delle proprie prerogative sindacali e non invece alla difesa dell'insieme delle libertà dei singoli affiliati.

-A, 3-

Anche a voler ritenere la ritualità dell'azione proposta ex art. 28 d.lgs 150/11, a parere dell'appellante, il tribunale ha errato nel ritenerla ammissibile estendendone la disciplina alle ipotesi di discriminazione denunciata dagli odierni appellati, in quanto l'affiliazione sindacale non può essere assimilata alle convinzioni personali previste dall'art. 4 d.lgs.216/03 che possono essere riferite esclusivamente a convinzioni che per carattere di intrinseca pervasività siano assimilabili ad un credo religioso.

A dimostrazione della tesi sostenuta ha fatto riferimento al testo inglese della direttiva n. 2000/78/C.C. - di cui il d.lgs. 216/03 costituisce attuazione - ed alla trasposizione della stessa nei diversi ordinamenti nazionali tra cui quello britannico e tedesco.

La questione prospettata merita un approfondimento.

L'argomentazione dell'appellante, pregevole dal punto di vista metodologico, in quanto tenta una interpretazione della disposizione nazionale alla luce della direttiva europea, non esaurisce tuttavia l'ambito

sistematico di riferimento normativo.

La Direttiva 2000/78/C.C. del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, dopo aver definito la nozione di discriminazione, individua il campo di applicazione del provvedimento, le azioni e le misure specifiche dirette ad evitare le discriminazioni sul luogo di lavoro.

Essa trova fondamento nell'art. 13 del trattato di Amsterdam che modifica il trattato sull'Unione Europea, i trattati che istituiscono le Comunità Europee e alcuni atti connessi che, nella versione pubblicata nella Gazzetta ufficiale n. C 340 del 10 novembre 1997 testualmente recita « Fatte salve le altre disposizioni del presente trattato e nell'ambito delle competenze da esso conferite alla Comunità, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali ».

Nella versione in lingua inglese l'espressione "convinzioni personali" è indicato con il termine *belief*, separato dal termine *religion* dalla congiunzione *or*, come peraltro nella versione italiana.

Il testo normativo è connotato da un rigore terminologico già evidente nella struttura grammaticale del costrutto, laddove l'utilizzo della particella *or* (o) ha l'evidente significato di aggiungere un concetto ad un altro.

Inoltre la contiguità dei due termini separati dalle altre definizioni da una virgola, pone in rilievo l'affinità dei due concetti senza tuttavia confonderli.

Ma, all'analisi strettamente semantica del termine *belief*, proposta dall'appellante, pare preferibile l'accoglimento di una definizione del concetto richiamato dalla parola usata fondato sui principi generali contenuti nelle norme di riferimento europee, senza tuttavia tralasciare il riferimento testuale già contenuto nell'art. 3, comma 1 della Costituzione.

In sede internazionale la tutela delle "opinioni" politiche o di "altro genere" ha trovato garanzia contro ogni forma di discriminazione a partire dalla Convenzione Generale dell'Organizzazione internazionale del lavoro del 6/22 giugno 1962, ratificata con legge 13 luglio 1966, n. 657 (art. 14) secondo cui uno degli scopi della politica sociale degli Stati stipulanti o aderenti deve essere quello di sopprimere ogni discriminazione basata sulla razza, sul colore, sul sesso, sulla fede, sull'appartenenza ad un gruppo tradizionale o alla iscrizione sindacale, dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (art. 23), fino alla recente Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza) che riprende in un unico testo, per la prima volta nella storia dell'Unione europea, i di-

ritti civili, politici, economici e sociali dei cittadini europei, il cui art. 21 ribadisce il divieto di qualsiasi forma di discriminazione.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza congiuntamente da tre istituzioni europee (il Parlamento europeo, il Consiglio dell'Unione europea, la Commissione europea) il 7 dicembre 2000, è stata redatta in undici lingue ufficiali dell'Unione europea: italiano, inglese, francese, spagnolo, tedesco, greco, danese, olandese, portoghese, finlandese, svedese da parte di un organo, istituito nel giugno del 1999 e denominato "Convenzione", composto da quindici rappresentanti personali dei Capi di Stato o di governo degli Stati membri, un rappresentante della Commissione, sedici membri del Parlamento europeo e trenta membri dei Parlamenti nazionali (due per ciascun Parlamento), essa in virtù dell'art. 6 del TUE come riformulato dal Trattato di Lisbona ha valore giuridico analogo a quello dei Trattati.

Se si confronta il lessico della Carta nelle diverse lingue ufficiali emerge l'assoluta ambivalenza semantica dei termini utilizzati.

Ad esempio lo stesso termine *fair* costantemente utilizzato nella versione inglese è stato tradotto con termini di volta in volta diversi nelle altre lingue ufficiali.

Nel testo italiano sono state utilizzate espressioni quali giusto, imparziale, equo, a significare l'ampia possibilità di definizione dei concetti qualificatori.

Orbene la versione ufficiale dell'art. 21 testualmente recita:

«Non discriminazione 1. È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali».

Trattandosi, per quanto detto, di un testo in lingua ufficiale, esso può senz'altro costituire la fonte normativa primaria per l'interpretazione del contenuto degli atti normativi europei e nazionali in materia di discriminazione.

L'elenco dei possibili motivi di discriminazione contenuti nell'art. 21, tra cui le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, non è esauriente, ma costituisce solo un tentativo di esemplificazione espresso dalla formula «in particolare».

Ed è proprio in considerazione dell'ampiezza di contenuto delle nozioni dei motivi che possono fondare discriminazioni vietate, che si comprende la necessità per l'interprete di procedere alla esegesi delle norme nazionali quanto più consona alla ratio della norma comunitaria letta alla luce dei principi fondamentali del Trattato, tra cui figura quello di uguaglianza.

E così nel caso specifico, può senz'altro ritenersi che la direttiva 2000/78/C.C., tutelando le convinzioni personali avverso le discriminazioni, abbia dato ingresso nell'ordinamento comunitario al formale riconoscimento (seppure nel solo ambito della regolazione dei rapporti di lavoro) della ed. libertà ideologica il cui ampio contenuto materiale può essere stabilito anche facendo riferimento all'art. 6 del TUE e, quindi, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Infatti se il legislatore comunitario avesse voluto comprendere nelle convinzioni personali solo quelle assimilabili al carattere religioso, come ritenuto dall'appellante, non avrebbe avuto alcun bisogno di differenziare le ipotesi di discriminazione per motivi religiosi da quelle per convinzioni per motivi diversi.

Può perciò ritenersi che l'ampia nozione di "convinzioni personali" racchiude una serie di categorie di ciò che può essere definito il "dover essere" dell'individuo, che vanno dall'etica alla filosofia, dalla politica (in senso lato) alla sfera dei rapporti sociali.

L'espressa tutela accordata dal legislatore comunitario all'ambito delle convinzioni personali è collegabile, altresì, alla libertà di pensiero e di coscienza (non a caso accostate a quella di religione) di cui all'articolo 10 della Carta di Nizza.

In tal senso può perciò essere letta l'affinità dei due termini, (religion or belief), dove il concetto di convinzione personale evoca una sorta di "credo" laico (non contrapposto, ma complementare a quello religioso), che già riecheggiava nella formulazione dell'articolo 9 della CEDU, laddove «denota idee che raggiungono un certo livello di rigore, serietà, coerenza e importanza» (Cedu, sentenza 25 febbraio 1982, Campbell e Cosans c. Regno Unito (nn. 7511/76 e 7743/76), punto 36).

Recependo le indicazioni comunitarie il legislatore nazionale ha enunciato un ampio concetto di discriminazione non fondato su rigide categorie qualificatone che risultano espresse nei diversi testi normativi secondo terminologie anche parzialmente diverse.

Ne costituisce un esempio l'integrazione dell'art. 15 St. Lav. ad opera del d.lgs 216/03.

Dovendo coordinare il contenuto delle disposizioni nello specifico ambito inerente la presente controversia occorre, infine, evidenziare che l'art. 2, comma 2 d.lgs. 216/03 fa salvo il disposto dell'art. 43 del T.U. immigrazione così integrando le categorie concettuali.

Ed è proprio nell'ambito del citato art. 43 L 40/1998 che le discriminazioni vietate sono innanzitutto individuate in ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il sesso, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni personali, o le pratiche

religiose e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o compromettere il riconoscimento, godimento o esercizio dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale ed in ogni altro settore della vita pubblica.

Il contenuto dell'espressione «convinzioni personali» richiamato dall'art. 4 d.lgs. 216/03 non può perciò che essere interpretato nel contesto del sistema normativo speciale in cui è inserito, restando del tutto irrilevante che in altri testi normativi l'espressione «convinzioni personali» possa essere utilizzata come alternativa al concetto di opinioni politiche o sindacali.

Infine non può essere accolta l'argomentazione dell'appellante per cui il carattere potenzialmente mutevole dell'affiliazione sindacale non può che determinarne l'esclusione dall'ambito delle convinzioni personali caratterizzate al contrario da specifici connotati di pervasività.

In generale deve ritenersi che qualunque “credo” o ideologia personale è suscettibile di mutamento nel tempo, anche quella religiosa così come quella politica.

Nella fattispecie concreta non può infine essere desunto il carattere necessariamente mutevole dell'affiliazione sindacale dalla circostanza che numerosi iscritti alla Fiom abbiano disdetto l'affiliazione a seguito delle note vicende che hanno determinato un'aspra contrapposizione tra le parti.

Al contrario, è proprio in occasione delle vicende che hanno alimentato il forte contrasto tra la Fiom e la FIP, ed in precedenza la FGA, che si comprende come l'affiliazione sindacale nel caso di specie abbia rappresentato l'occasione per manifestare una concezione del lavoro e della dignità umana in esso realizzata fondata su precise opinioni e consolidati sentimenti, tale sicuramente da poter essere annoverata tra le “convinzioni personali”.

A tal riguardo può sostenersi che la tutela contro la discriminazione, operata a causa di “convinzioni personali”, non rileva solo per il fatto che una persona dichiari di nutrire una certa convinzione, ma attiene anche al fatto che un comportamento esteriore si configuri ispirato al rispetto di tale convinzione, o sia coerente con essa.

Sicuramente l'affiliazione sindacale rappresenta la professione pragmatica di una ideologia di natura diversa da quella religiosa, connotata da specifici motivi di appartenenza ad un organismo socialmente e politicamente qualificato a rappresentare opinioni, idee, credenze suscettibili di tutela in quanto oggetto di possibili atti discriminatori vietati.

Nella giurisprudenza di legittimità non si rinvencono precedenti specifici, tuttavia in alcune pronunce la Corte di Cassazione, sia pure in fattispecie aventi diverso oggetto, ha qualificato, *incidenter tantum*,

l'espressione convinzioni personali come professione di un'ideologia di altra natura rispetto a quella religiosa (in tal senso Cass. 10179/04 e da ultimo Cass. 3821/2011 che definisce la discriminazione per convinzioni personali come quella fondata su ragioni di appartenenza ad un determinato credo ideologico).

Accogliendo una interpretazione del concetto di convinzioni personali analoga a quella qui sostenuta, il Tribunale di Brescia, con l'ordinanza 7 febbraio 2011, ha confermato che l'esposizione del simbolo stilizzato del "Sole delle Alpi" quale simbolo partitico della Lega Nord all'interno della scuola pubblica ha determinato una discriminazione fondata sulle convinzioni personali a danno del personale insegnante, violando così le norme della direttiva europea sul divieto di discriminazioni nell'ambito lavorativo (n. 2000/78/C.C., recepita nell'ordinamento italiano con il d.lgs. n. 216/2003).

Come già ritenuto dal tribunale, pertanto nell'ambito della categoria generale delle convinzioni personali caratterizzata dall'eterogeneità delle ipotesi di discriminazione ideologica, può essere ricompresa anche la discriminazione per motivi sindacali, con il conseguente divieto di atti o comportamenti idonei a realizzare una diversità di trattamento o un pregiudizio in ragione dell'affiliazione o della partecipazione del lavoratore ad attività sindacali.

Deve perciò ritenersi l'ammissibilità del ricorso proposto dalla Fiom ai sensi dell'art. 28 d.lgs. 150/2011.

B)- Sussistenza dei presupposti dell'azione: azione collettiva per discriminazione diretta.

Il tribunale ha ritenuto che la Fiom ha agito con l'azione collettiva prevista dall'art. 5, comma 2, d.lgs. 216/03 stante l'impossibilità di individuare in modo diretto e immediato quanti e quali fossero al momento di proposizione del ricorso i suoi iscritti, ossia le persone potenzialmente lese dalla discriminazione.

Il tribunale ha a tal fine precisato che la legittimazione attiva della Fiom deve essere verificata con riferimento agli iscritti, presenti nell'organico di Pomigliano, non al momento di presentazione del ricorso, ma al momento di attuazione della condotta discriminatoria. Con la conseguenza che, in ragione della effettiva disdetta dell'appartenenza sindacale da parte di un considerevole numero degli stessi, non era possibile l'identificazione degli iscritti.

A parere della FIP il tribunale è incorso in un equivoco in quanto non avrebbe distinto l'azione collettiva quale azione sostitutiva dei lavoratori lesi dalla discriminazione e la pretesa di attribuire tale facoltà anche ai lavoratori che al momento della presentazione del ricorso non appartenevano più al sindacato.

In realtà per la procedura a carattere collettivo la legittimazione ad agire del sindacato o di altre associazioni in aggiunta a quella dei singoli lavoratori non necessita di delega o di rappresentanza specifica, diversamente da quanto accade per la procedura a carattere individuale ove l'associazione sindacale può agire solo su delega del singolo lavoratore.

Una volta dimostrata perciò l'impossibilità di identificazione dei soggetti lesi dalla discriminazione, ossia il presupposto per la legittimazione ad agire, è del tutto irrilevante che alcuni lavoratori affiliati alla Fiom al momento della condotta denunciata non lo siano più al momento della presentazione del ricorso. E come già ampiamente rilevato dal Tribunale la platea dei lavoratori potenzialmente lesi dalla condotta discriminatoria è mutata nel corso dell'intervallo di tempo trascorso fino al deposito del ricorso, senza che la Fiom abbia potuto averne tempestiva conoscenza - in quanto le disdette non risultano essere state comunicate al sindacato - con la conseguente impossibilità di determinazione e di identificazione degli stessi.

Ed è di tutta evidenza che la condotta lesiva si è potenzialmente verificata nei confronti di tutti i lavoratori affiliati alla Fiom al momento dell'inizio delle assunzioni, ossia al momento in cui è iniziata l'asserita condotta illecita, indipendentemente dalla circostanza che successivamente alcuni lavoratori abbiano dismesso l'appartenenza, rendendo così irrilevante - a tal fine - il dato numerico al momento di presentazione del ricorso.

Il ricorso proposto dalla Fiom quale titolare della posizione soggettiva disciplinata dal comma 2 dell'art.5 non va confuso con il ricorso presentato in rappresentanza dei 19 lavoratori nominativamente indicati, per il quale la legittimazione ad agire è disciplinata dall'art. 5, comma 1, d.lgs. 216/03.

Si tratta di due fattispecie concorrenti: una a tutela dell'interesse collettivo, l'altra a tutela dei singoli interessi individuali di ciascun lavoratore indicato.

Deve, infine essere precisato che il comportamento denunciato in relazione alla mancata assunzione da parte di FIP degli affiliati Fiom è suscettibile di essere configurato quale discriminazione diretta così definita dall'art. 2 d.lgs. 216/03: «a) discriminazione diretta quando, per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età' o per orientamento sessuale, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga».

NEL MERITO

1)- Inesistenza di un obbligo legale o contrattuale in capo a FIP di assumere i lavoratori di Pomigliano.

L'ordinanza impugnata ha fondato il presupposto della ritenuta discriminazione sulla circostanza che "la FGA sottoscriveva l'intesa del 6.7.2011 intervenuta dinanzi al Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali tra Fabbrica Italia stessa e FIM, UILM, FISMIC e UGL Metalmeccanici nazionali circa il piano di gestione delle eccedenze consistente «nella ricollocazione, presso la società FIP di tutto il personale in forza all'unità produttiva di Pomigliano d'Arco» con la specificazione che si tratta di «strumento idoneo a risolvere il problema occupazionale che richiede un ambito temporale di 24 mesi, sostanzialmente prendendo impegni per la FIP».

I dati da prendere in considerazione sono pertanto quelli relativi all'intera consistenza dello stabilimento di Pomigliano e questo perché, verosimilmente in base ad accordi di gruppo, la stessa società resistente è stata «"impegnata" pubblicamente, pur nei limiti dell'andamento del mercato, a riassorbire tutti i 4367 lavoratori in precedenza ad esso addetti».

Secondo l'appellante l'ordinanza è erronea in quanto FIP non si è mai obbligata ad assumere i lavoratori di Pomigliano, l'intesa del 06.07.2011, circa il piano di gestione delle eccedenze menzionata dal tribunale, è stata sottoscritta dalla FGA che è soggetto distinto dalla FIP, come risulta dall'art. 3 del contratto di rete tra imprese sottoscritto da FGA e FIP nel quale si sottolinea la totale autonomia di FIP nel procedere alle assunzioni e alla gestione del personale, e non vi è altro accordo intervenuto tra le parti valido a costituire in capo a FIP un obbligo di assumere i lavoratori di Pomigliano, né tra le due società è ipotizzabile un trasferimento di azienda ex art. 2112 c.c.

Secondo l'appellante pertanto in assenza di un obbligo da parte di FIP di assumere i lavoratori di Pomigliano già impiegati presso la FGA non può ravvisarsi alcuna ipotesi di discriminazione diretta.

A parere della Corte la risoluzione della questione prospettata non può prescindere dall'evidenza dei rapporti tra FGA e FIP nell'ambito della complessa operazione economica attraverso la quale al fine di riconvertire la produzione industriale dello stabilimento di Pomigliano di proprietà di FGA, vista l'incompatibilità del nuovo modello organizzativo con il contenuto del vigente CCNL, è stata creata una nuova società (la FIP) - non iscritta a Confindustria e quindi non tenuta ad applicare il CCNL di categoria - cui affidare la produzione della nuova Panda.

È pacifico che nel caso di specie non vi è stato un trasferimento di azienda o di un suo ramo e che perciò non è applicabile la disciplina di cui all'art. 2112 c.c.

È vero che l'accordo del luglio 2011 è stato sottoscritto solo da FGA e che esso non creava alcun obbligo giuridico di assunzione da parte di FIP, ma è altrettanto vero che FGA si è impegnata alla ricollocazione delle risorse umane già occupate a Pomigliano per il tramite di FIP e che quest'ultima ha onorato esattamente l'impegno assunto da parte di FGA.

È, infatti, innegabile che la FIP abbia dato attuazione alla suddetta intesa mediante l'assunzione nel primo semestre di una quota di lavoratori del sito di Pomigliano addirittura superiore a quella pattuita (del 40% degli occupati).

Resta poi del tutto irrilevante, ai fini che qui interessano, la circostanza che FIP abbia assunto anche lavoratori provenienti da diversa compagine sociale per motivi attinenti la produzione, in quanto la FIP era del tutto libera di operare le assunzioni ritenute necessarie per l'avviamento della produzione.

È perciò di tutta evidenza che le assunzioni dei lavoratori di Pomigliano effettuate da FIP erano volte a ricollocare il personale attingendo alla platea dei lavoratori già occupati nello stabilimento di Pomigliano.

Tale circostanza a ben vedere non è neppure negata dalla stessa FIP che nella memoria di costituzione del giudizio di primo grado (par. 35) precisa che «per dare luogo alla produzione della nuova Panda, iniziata a fine novembre 2011, la società ha dato luogo ad un processo coerente con il programma oggetto dell'intesa del 6 luglio 2011, procedendo ad un corposo numero di assunzioni, con un particolare picco nei primi mesi del 2012, fino ad arrivare all'attuale numero di 2091 unità., sottolineando (par. 37) che l'iter di assunzioni è ancora in atto ed in pieno sviluppo, sincronicamente agli step del programma di produzione previsto per il nuovo sito di Pomigliano».

La questione dell'assunzione o meno di un obbligo diretto a contrarre da parte di FIP è perciò del tutto irrilevante in quanto, come detto, la società ha proceduto all'assunzione dei lavoratori attingendo al bacino di provenienza della FGA, di fatto onorando l'impegno assunto per suo conto da FGA, e tale attività doveva essere svolta nel pieno rispetto di tutte le disposizioni di legge, anche quelle relative al divieto di discriminazioni.

2)- Inattendibilità e insufficienza della prova statistica posta dal tribunale a fondamento della discriminazione.

A parere dell'appellante la prova statistica utilizzata dal Tribunale per fondare la valutazione circa la sussistenza della condotta discriminatoria commessa da FIP sarebbe metodologicamente errata in quanto condotta con metodi non scientifici, valorizzando regole probabilistiche create attraverso il confronto di campioni non omogenei.

Prima di affrontare le singole censure è bene evidenziare, come già fatto dal tribunale, che con l'art. 28 d.lgs 150/2011 viene ribadito il prin-

cipio, del resto imposto dalle direttive n. 2000/43/C.C. e n. 2000/78/C.C., del bilanciamento dell'onere probatorio, per cui il ricorrente vittima di una discriminazione può limitarsi a fornire in giudizio gli elementi di fatto dai quali si può desumere prima facie l'esistenza della discriminazione, mentre spetterà al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione.

L'art. 28, comma 4, citato, in tema di onere probatorio, parifica tutti i casi ricondotti al rito sommario, eliminando ogni riferimento ai requisiti dell'art. 2729 c.c. e statuisce che «4. Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione. I dati di carattere statistico possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata».

Tale disciplina risponde perfettamente all'art. 19 della direttiva europea 54/2006, a norma del quale «Gli stati membri secondo i loro sistemi giudiziari adottano i provvedimenti necessari affinché spetti alla parte convenuta provare l'insussistenza della violazione del principio della parità di trattamento ove chi si ritiene leso dalla mancata osservanza nei propri confronti di tale principio abbia prodotto dinanzi ad un organo giurisdizionale ovvero dinanzi ad un altro organo competente elementi di fatto in base ai quali si possa presumere che ci sia stata discriminazione diretta o indiretta».

Non si tratta di una vera e propria inversione dell'onere probatorio, bensì di una agevolazione in favore del soggetto che si ritiene danneggiato e che potrebbe trovarsi in una situazione di difficoltà a dimostrare l'esistenza degli atti discriminatori soprattutto nel caso, come quello in esame, coinvolgente la posizione di migliaia di lavoratori.

In questo senso deve essere letto anche il richiamo alla possibilità di fornire elementi di fatto desunti anche da dati di carattere statistico.

Contrariamente a quanto ritenuto dall'appellante, i dati statistici non devono necessariamente avere le caratteristiche di scientificità tali da poter assurgere ad autonoma fonte di prova.

La norma, infatti, prevede l'onere del ricorrente di allegare elementi di fatto e tra questi anche i dati statistici sui quali fondare la presunzione dell'esistenza di atti o fatti discriminatori.

La prova è quindi tecnicamente una prova presuntiva in relazione alla quale spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione.

L'onere del ricorrente si esaurisce perciò nell'elencazione di una serie

di circostanze di fatto tali da dimostrare la sussistenza effettiva di una differenziazione di trattamento.

I dati offerti da chi si ritiene discriminato provano tuttavia solo una situazione di potenziale discriminazione alla quale può essere contrapposta la dimostrazione di controparte della liceità della disparità di trattamento in quanto fondata su circostanze ed elementi diversi ed estranei da quelli per i quali la legge vieta le diverse ipotesi di discriminazioni.

Nel caso in esame gli appellati hanno allegato quali elementi di fatto: la consistenza dell'organico dello stabilimento di Pomigliano al gennaio/luglio del 2011 (4.367 dipendenti); il numero degli assunti da FIP provenienti dal bacino di Pomigliano al giugno 2012 (1.893); il numero degli iscritti a Fiom al gennaio 2011 (382); nessun lavoratore iscritto alla Fiom assunto da FIP al momento di presentazione del ricorso.

Tali dati, non risultano contestati ed in ogni caso sono documentati in giudizio. L'unico dato contestato è la consistenza degli iscritti alla Fiom al momento di presentazione del ricorso.

Secondo la FIP il dato numerico è rappresentato dal numero dei lavoratori (104) che hanno disposto la cessione del credito per corrispondere la quota sindacale.

Ovvero in subordine il numero di lavoratori (207) risultanti all'esito della sottrazione delle disdette da FION (175).

La Corte ritiene che la cessione del credito non può essere ritenuta prova decisiva del numero degli iscritti alla Fiom, che resta perciò accertato con riferimento al dato delle disdette ossia nella misura di 207 lavoratori.

L'appellante deduce altresì l'erroneità del ragionamento del tribunale nella parte in cui ha effettuato il raffronto numerico con riferimento al gennaio 2011 e non al momento di proposizione del ricorso, allorquando gli iscritti alla Fiom erano diminuiti a 104 e cioè in una proporzione del 2,3% dell'originaria forza lavoro, del tutto insufficiente a giustificare la presunzione di discriminazione formulata nella ordinanza impugnata.

La prospettazione non convince.

Innanzitutto occorre distinguere la rilevanza della consistenza numerica dell'affiliazione sindacale ai fini probatori rispetto a quella dell'attuazione della tutela (di cui si dirà in seguito).

Con riferimento all'ambito probatorio appare assolutamente corretta sul piano metodologico la simulazione statistica formulata dal prof. Andrew Olson, prodotta in primo grado.

Il metodo matematico utilizzato per la formulazione del modello probabilistico relativo alla simulazione statistica ha preso come riferimento le grandezze omogenee costituite dal numero degli occupati al gennaio 2011 (dopo la CIGS e poco prima delle assunzioni da parte di FIP), il

numero degli iscritti alla Fiom nel medesimo periodo (ossia dopo il referendum del 2010 che aveva fatto registrare una notevole flessione degli affiliati) ed il numero delle assunzioni al 2012 (prendendo a riferimento un campione significativo del 40% del totale degli originari dipendenti).

L'esito della simulazione, come già ritenuto dal tribunale, ha dimostrato che in una selezione casuale, le probabilità che nessuno degli iscritti Fiom venisse selezionato per l'assunzione ammontano ad una su dieci milioni.

Si tratta di un dato estremamente rilevante e significativo che fa risaltare maggiormente la percentuale pari a zero di iscritti a Fiom e assunti da FIP al giugno del 2012.

Come detto, la correttezza delle premesse metodologiche seguite nella realizzazione del modello statistico impediscono di considerare logicamente assumibile come dato di base il numero degli iscritti Fiom al momento di presentazione del ricorso.

Nel caso in esame la discriminazione è avvenuta attraverso un processo svoltosi nel tempo, senza esaurirsi in un solo atto, è perciò evidente che il confronto numerico deve essere effettuato paragonando gli occupati originari e gli iscritti Fiom nel medesimo momento.

Poiché è solo al gennaio 2011 che si hanno dati certi circa l'affiliazione alla Fiom il confronto non può che essere svolto a tale data.

Anche le doglianze relative alla mancata considerazione nei dati di fatto prospettati, della limitazione delle aree produttive di interesse della FIP, rispetto alle caratteristiche produttive dello stabilimento di Pomigliano prima della riconversione, possono essere facilmente superate tenendo conto che il modello di simulazione statistica può fornire dati probabilistici e che spettava perciò alla FIP dimostrarne l'erroneità, documentando che la specifica area di occupazione dei 382 lavoratori iscritti alla Fiom era estranea alle lavorazioni rispetto alle quali erano state fatte le assunzioni.

Nell'atto di appello si deduce l'erroneità della pronuncia del tribunale che ha deciso nonostante non avesse a disposizione alcun documento o elemento che permettesse di conoscere in quali aree operassero i 382 dipendenti iscritti Fiom a gennaio 2011, precisando che il reparto stampaggio era rimasto in capo a FGA.

Come già rilevato, il tribunale ha correttamente deciso sulla base di una presunzione fondata su dati certi ed in assenza di specifica prova contraria.

In ogni caso dalla memoria di costituzione della Fiom risulta che uno dei lavoratori facenti parte dei 175 che hanno disdettato l'affiliazione a Fiom nel corso del 2001, il sig. N. A., è stato assunto nonostante fosse addetto al reparto stampaggio. Pertanto, anche a voler considerare il

fatto dedotto, ma non dimostrato dall'appellante, che 13 lavoratori iscritti alla Fiom risultavano addetti al reparto stampaggio, non più inserito nelle attività di FIP, il valore del dato statistico preso in considerazione non è in alcun modo inficiato né diminuito.

3)- Sempre con riferimento alla questione della consistenza numerica dell'affiliazione sindacale, la FIP ha ribadito anche in sede di gravame il difetto di interesse ad agire degli originari ricorrenti, potendolo stesso essere valutato solo all'esito del completamento delle assunzioni.

Sul punto oltre a quanto già osservato dal tribunale e non specificamente contestato vale ribadire, che essendo stata denunciata una condotta discriminatoria protratta nel tempo e suscettibile di prosecuzione, l'interesse ad agire non deve essere valutato con riferimento alla percentuale di assunti allo stato, ma con riferimento alla potenzialità lesiva della condotta fotografata al momento di proposizione del ricorso.

L'accertamento del tribunale ha dimostrato che i dati fattuali dedotti ed inerenti ad un campione significativo relativo al raggiungimento della verifica concordata al primo anno, costituiscono senz'altro una valida rappresentazione del *modus operandi* della società.

4)- Sulla mancata considerazione delle prove liberatorie offerte da FIP

I dati e gli elementi di fatto provati dagli originari ricorrenti dimostrano effettivamente l'esistenza di una disparità di trattamento e, quindi, una potenziale forma di discriminazione.

A parere del Tribunale la FIP non ha fornito una adeguata ed idonea prova contraria, non essendo riuscita a dimostrare che la disparità di trattamento sia ricollegata a situazioni di fatto diverse da quelle prospettate, ossia l'affiliazione alla Fiom.

Sotto questo profilo, ma con generiche motivazioni, l'appellante si duole che il tribunale non abbia preso in considerazione la circostanza dell'adozione da parte di FIP di criteri di assoluta oggettività, per l'assunzione dei dipendenti, necessari alla fase di ed. start up dell'azienda, peraltro frutto di selezione da parte di una società esterna del tutto all'oscuro dell'orientamento sindacale del personale.

Al contrario dalla lettura dell'ordinanza impugnata emerge che il tribunale ha dato atto che le assunzioni da parte della società esterna hanno riguardato il solo personale impiegatizio e i c.c.dd. team leader, ossia gli operai di categoria superiore, ai quali è stato affidato il compito di selezionare le maestranze appartenenti ai livelli operai inferiori.

Il tribunale ha altresì evidenziato, in assenza di contestazioni anche nella presente fase di appello, che gli iscritti Fiom sono tutti operai svolgenti mansioni esecutive ed inquadrati nei livelli IV e III. Essi, pertanto, appartengono a quella fascia di lavoratori selezionati direttamente dai team leader sulla base di indicazioni generiche e sicuramente inidonee

a fondare un giudizio oggettivo volto ad evitare la possibilità di discriminazioni (risorse dotate di particolari skills professionali: spiccata professionalità rispetto al processo produttivo, elevato grado di flessibilità e di attitudine al cambiamento e all'innovazione, in passato migliori performances in termini di attitudine al lavoro, spirito di collaborazione, affidabilità e presenza effettiva sul luogo di lavoro).

In ogni caso, la FIP, a fronte dei dati forniti dagli originari ricorrenti, non ha in alcun modo dimostrato che i lavoratori assunti da FIP possedevano, rispetto agli operai iscritti alla Fiom, una professionalità tale da integrare i requisiti richiesti, essendosi limitata a ribadire che la scelta è stata effettuata dai team leader sulla base delle personali conoscenze delle caratteristiche dei dipendenti selezionati.

In sostanza, ritiene la Corte che la FIP al fine di dimostrare la legittimità del suo comportamento avrebbe dovuto provare in concreto l'adozione dei criteri secondo i quali sarebbero state effettuate le assunzioni del personale operaio, ad esempio attraverso l'individuazione di una griglia di lavoratori in possesso dei requisiti necessari per essere assunti, predisposta secondo caratteristiche di precisione e determinatezza tali da consentire l'individuazione oggettiva dei lavoratori.

Tale incumbente non è stato né allegato né dimostrato.

A conforto di quanto detto va osservato che neppure nei confronti dei lavoratori originari ricorrenti - nominativamente indicati - la FIP ha fornito alcuna valida ed idonea indicazione circa la insussistenza dei requisiti ritenuti necessari per l'assunzione, in comparazione con i colleghi assunti.

In ogni caso va qui specificato che la violazione del principio di non discriminazione ha una portata assolutamente oggettiva e prescinde dalla volontarietà e dalla consapevolezza del comportamento che può essere sanzionato, qualora sussistente, anche se incolpevole.

È, infatti, del tutto irrilevante che la discriminazione sia frutto di una volontà, ciò che rileva è che per motivi connessi ad uno dei fattori vietati (nella specie convinzioni personali) una persona sia trattata meno favorevolmente di altre.

5)- sulla pretesa ricorrenza di un'ipotesi in deroga.

Lamenta l'appellante che il tribunale ha erroneamente negato la ricorrenza dell'eccezione prevista dall'art. 3, comma 3 d.lgs. 216/03 fondata sul presupposto che l'azienda non ha proceduto all'assunzione, quanto meno dei 19 ricorrenti perché, «per il contesto in cui l'attività lavorativa viene espletata la convinzione personale attinente l'accettazione delle regole contenute nel contratto di Pomigliano e nel CCSL concordato con FIP costituisce un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività lavorativa».

Il motivo d'appello presenta innanzitutto una intrinseca contraddizione nella parte in cui si sostiene che le assunzioni sono state regolate da FIP sulla base di criteri oggettivi e non soggettivi, e nella parte in cui afferma che raffinazione a Fiom costituisce un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività lavorativa e come tale può essere preso a giustificazione della mancata assunzione e della ricorrenza della deroga invocata.

In ogni caso ed in termini più generali l'ipotesi derogatoria configurata da FIP è del tutto inconferente con il dettato normativo non solo dell'art. 3, comma 3 d.lgs. 216/03 ma anche con la Direttiva da cui deriva.

La norma invocata da FIP testualmente dispone che «Nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza e purché la finalità sia legittima, nell'ambito del rapporto di lavoro o dell'esercizio dell'attività di impresa, non costituiscono atti di discriminazione ai sensi dell'articolo 2 quelle differenze di trattamento dovute a caratteristiche connesse alla religione, alle convinzioni personali, all'handicap, all'età o all'orientamento sessuale di una persona, qualora, per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima».

La sua interpretazione non può prescindere in ogni caso dalla Direttiva 2000/78/C.C., che introduce, infatti, una clausola derogatoria di ordine generale.

L'articolo 2 par. 5 afferma, che la direttiva lascia impregiudicate le misure previste dalla legislazione nazionale che, in una società democratica, si rendano necessarie alla sicurezza pubblica, alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione dei reati, alla tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui.

Ai sensi della Direttiva 2000/78/C.C. sussistono specifiche ipotesi derogatorie quali per quanto qui interessa:

- requisiti determinanti per lo svolgimento dell'attività lavorativa collegati alla professione di una religione o di una convinzione specifica (articolo 4, par. 1);

- quanto ai requisiti occupazionali, il Preambolo, all'art. 23 della Direttiva stabilisce chiaramente che l'interpretazione delle cause derogative deve essere restrittiva.

Nella sua giurisprudenza in materia di discriminazione, la CGE ha fornito indicazioni precise sulle caratteristiche legittimanti le ipotesi derogatorie (v. le sentenze Bilka, C- 170/84 e Nimz, C- 184/89.).

La CGE ha individuato i criteri per valutare se le giustificazioni opposte dal datore di lavoro costituiscano effettivamente una esimente.

Colui che è accusato di atti discriminatori nel lavoro deve allegare

e provare la finalità della disposizione adottata, del criterio o pratica seguiti, dimostrando:

1) che tale obiettivo corrisponde a un'esigenza reale dell'azienda, o coincide con una finalità necessaria della politica sociale di uno Stato membro (vedi ad es. *Bilka*, C. 170/84 e *Nimz*, C. 184/89);

2) che tale obiettivo, di per sé, non è in alcun modo collegabile ad una discriminazione fondata sulla religione, sul sesso, convinzione personale o quant'altro.

Ma a ben vedere la circostanza esimente dedotta dalla FIP integra di per sé un'ipotesi di discriminazione ed è perciò del tutto inidonea a giustificare la discriminazione attuata per il suo stesso tramite.

g) La compressione del principio di libertà dell'iniziativa economica

L'appellante lamenta che la decisione del tribunale -nella parte in cui ha ordinato alla FIP non solo la cessazione del comportamento discriminatorio, ma ha altresì disposto l'assunzione di 145 lavoratori iscritti alla Fiom nonché il mantenimento nel prosieguo delle operazioni di riassorbimento del personale dello stabilimento di Pomigliano la quota dell'8,75% in favore di Fiom- viola il principio di libertà dell'iniziativa economica.

A parere della FIP la decisione iniqua e parziale del tribunale sarebbe contraria alla regola costituzionale prevista dall'art. 41 che, garantendo libertà alle scelte imprenditoriali, non consentirebbe al giudice di imporre l'assunzione dei lavoratori.

La disposizione del tribunale non sarebbe in ogni caso neppure giustificata dalla necessità di sanzionare l'eventuale condotta discriminatoria essendo comunque possibile l'adozione di misure alternative quali il risarcimento economico, l'obbligo di rispettare determinate quote nelle future assunzioni, l'obbligo di garantire al gruppo sfavorito lo stesso percorso selettivo e formativo adottato per le assunzioni già effettuate.

La questione in termini generali coinvolge la lettura dell'art. 41 Cost. che, all'interno dei rapporti economici, in un'economia di mercato assicura garanzia e tutela al lavoro imprenditoriale, restando tuttavia inteso che l'iniziativa economica privata non può svolgersi - per quanto interessa in questa sede - «in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» (art. 41, secondo comma, Cost.).

Come più volte ribadito dalla Corte Costituzionale a partire dalla decisione n° 103/1989 «il potere di iniziativa dell'imprenditore non può esprimersi in termini di pura discrezionalità, ma deve essere sorretto da una causa coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento ed in specie non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana».

Costituiscono oramai principi assolutamente condivisi dalla giurisprudenza di ogni ordine e grado sia quelli che individuano i caratteri es-

senziali dell'essere umano in ambito lavorativo non solo con riferimento all'area dei diritti di libertà e l'attività sindacale, ma anche all'area dei diritti finalizzati allo sviluppo della personalità civile e morale del lavoratore, sia quelli che vietano le disparità di trattamento non giustificate e comunque non ragionevoli, in quanto lesive non solo degli interessi economici del lavoratore, ma anche degli interessi allo sviluppo della carriera e alla valorizzazione delle proprie capacità.

Il principio di non discriminazione risulta perciò posto a presidio della dignità umana anche in ambito lavorativo.

Si tratta di una scelta di principio fondamentale peraltro garantita anche da altre disposizioni costituzionali come ad esempio, l'art. 4, comma 1, Cost. per il quale la Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto.

La garanzia di effettività del diritto a non essere discriminati in ambito lavorativo oggi disciplinata dall'assetto normativo previsto dal d.lgs. 216/03 così come modificato dall'art. 28 d.lgs. 150/2011 attribuisce alla giurisdizione un ruolo molto rilevante per l'effettiva difesa dei diritti concretamente da esso scaturenti, soprattutto con riferimento al potenziamento dei meccanismi di tutela che accordano al giudice la possibilità di eliminare l'effetto discriminatorio rendendo così pienamente tangibile la garanzia di tutela dei soggetti danneggiati attraverso misure di risarcimento del danno in forma specifica.

Per tale motivo deve ritenersi che il solo rimedio risarcitorio sollecitato dall'appellante non possa essere ritenuto sufficiente.

Nel caso in esame la piena eliminazione dell'effetto discriminatorio consistito nella mancata assunzione non può ritenersi certamente soddisfatta con il solo risarcimento per equivalente.

L'appellante deduce altresì che il principio affermato dalla decisione della CGCE richiamata dal tribunale per il quale «finché non siano adottate misure volte a ripristinare la parità di trattamento, l'osservanza del principio di uguaglianza può essere garantita solo mediante la concessione alle persone appartenenti alla categoria sfavorita degli stessi vantaggi di cui beneficiano le persone della categoria privilegiata», riferendosi ad una diversa ipotesi nella quale la discriminazione era conseguente ad un regime normativo di cui era stata disposta la disapplicazione in quanto contrario al principio di parità di trattamento comunitario, non può essere applicata nel caso in esame nel quale la disparità di trattamento si porrebbe tra soggetti privati e che la condotta materiale oggetto di discriminazione sarebbe quella diretta di fatto ad escludere dalle procedure di assunzione un determinato gruppo "sfavorito".

Pertanto, a parere dell'appellante, l'effettività della sanzione potrebbe essere garantita dall'obbligo di assicurare al gruppo sfavorito lo stesso

percorso selettivo e formativo adottato per le assunzioni fin qui avvenute, senza necessità di ricorrere all'imposizione dell'assunzione di una quota di lavoratori affiliati alla Fiom.

Osserva la Corte che la forma di tutela accordata dal tribunale è pienamente giustificabile nel nostro ordinamento anche a prescindere dal richiamo alla giurisprudenza comunitaria citata dal tribunale.

Innanzitutto occorre osservare che la costituzione forzata del nuovo rapporto di lavoro è stata contestata da FIP in base ad un principio generico di tutela dell'autonomia privata (che non potrebbe essere compresa sino a giungere alla conclusione autoritativa di un rapporto di lavoro) o in considerazione del fatto che si sarebbe in presenza di prerogative imprenditoriali non esercitabili da terzi.

Sul punto è sufficiente replicare che non sussistono preclusioni, neppure a livello costituzionale alla costituzione forzata di un vincolo negoziale.

Anche l'autonomia privata, a determinate condizioni, è surrogabile da un provvedimento giudiziario, che sostituisca la mancanza di consenso dell'interessato (art. 2932 cod. civ.).

Nel caso di specie, tra l'altro, non vi sono i limiti particolari che sono stati sollevati proprio in relazione all'applicazione della disposizione del codice civile sulla esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto di lavoro (v. ad esempio in materia di assunzioni obbligatorie).

Infatti, il nuovo rapporto di lavoro con il soggetto discriminato potrà avere contenuto identico a quello intrattenuto in precedenza con la FGA per quanto attiene gli elementi essenziali così come avvenuto per tutti i lavoratori assunti da FIP già occupati presso lo stabilimento di Pomigliano.

È vero che la tutela in forma specifica, nella misura in cui impone coattivamente l'adempimento, condiziona l'interesse del datore di lavoro a ricevere la prestazione e che non è certo compito del giudice sindacare le scelte discrezionali del datore di lavoro o espropriarne forzosamente i poteri.

Ma è altrettanto vero che l'autonomia privata non può essere semplicemente richiamata per giustificare scelte illecite che risultano in concreto discriminatorie e lesive del diritto al lavoro.

Il problema posto dall'appellante deve perciò trovare soluzione nell'ambito della specifica situazione di fatto e di diritto in cui è stato posto.

Come già detto, la necessità di rimuovere gli ostacoli frapposti dalla condotta discriminatoria ha ispirato la predisposizione di un'articolata gamma di strumenti processuali per la repressione delle discriminazioni tra cui la previsione di una tutela ripristinatoria piena al fine di rispondere agli specifici bisogni di tutela implicati nelle situazioni soggettive sostanziali riconosciute dalla legislazione antidiscriminatoria.

Per quanto già detto, l'esercizio del potere discrezionale da parte di

FIP ha dato luogo ad una ipotesi illecita di discriminazione diretta ai danni dei lavoratori affiliati Fiom nei confronti dei quali è sorto un diritto all'eliminazione della disparità di trattamento subita.

Solo in questi termini è concepibile la garanzia di effettività della tutela accordata dall'art. 28 d.lgs. 150/2011.

E, l'effettività, quale attuazione concreta, della tutela del diritto vantato, nei termini sopra specificati, non può essere negata laddove si consideri che la assunzione degli affiliati Fiom non postula, nel caso in esame, alcun passaggio di poteri organizzativi da un soggetto imprenditore ad un altro e non realizza una sostituzione nella libera gestione dell'impresa.

In termini concreti la rimozione degli effetti materiali della discriminazione significa ristabilire il rapporto esistente tra gli iscritti alla Fiom già facenti parte della forza lavoro dello stabilimento di Pomigliano rispetto ai lavoratori cc.dd. "non svantaggiati" in modo tale da garantire un uguale diritto di accesso al lavoro.

L'ordine di assunzione, tendendo a ripristinare in capo ai lavoratori discriminati quelle condizioni dalle quali la condotta di FIP li aveva illecitamente esclusi, è idoneo a realizzare la tutela in forma specifica prevista dalla legge.

Per altro, verso l'obbligo di assunzione garantisce, altresì, la realizzazione di obblighi già definiti sul piano dell'obbligazione e, quindi, idonei a soddisfare l'interesse del creditore della prestazione di lavoro.

L'obbligo di assunzione può ritenersi, infatti, infungibile solo per la parte in cui richiede un'attività valutativa connessa alla professionalità, che presuppone un giudizio sul contenuto e sullo svolgimento delle mansioni.

Nel caso in esame l'obbligo di assunzione imposto dal Tribunale conserva in capo a FIP la possibilità di scelta, nell'ambito dei criteri già utilizzati in precedenza per gli altri lavoratori garantendo la selezione sia pure in una cerchia più ristretta di candidati.

10)- APPELLO INCIDENTALE

Strettamente connesso alla pronuncia contenente l'ordine di assunzione è l'oggetto dell'appello incidentale proposto da Fiom, che ha censurato l'ordinanza nella parte in cui ha respinto la richiesta di condanna della FIP ad assumere nominativamente i 19 lavoratori ricorrenti, sul rilievo che non era pienamente satisfattiva dei diritti dei lavoratori indicati nominativamente la tutela accordata dal tribunale in rapporto alla situazione giuridica soggettiva protetta, cui corrisponde un interesse di protezione della personalità del lavoratore.

L'appello incidentale è fondato.

I 19 lavoratori indicati in epigrafe hanno agito con azione per discriminazione diretta individuale dando mandato alla Fiom di rappresentare e tutelare i propri interessi ai sensi dell'art. 5, comma 1, d.lgs. 216/03.

Una volta riconosciuta, per quanto detto, la disparità di trattamento operata da Fiom nei confronti di tutti suoi affiliati e, quindi, anche dei 19 ricorrenti, la loro mancata assunzione da parte di FIP costituisce senz'altro condotta illecita per contrarietà alla norma di cui all'art. 2, comma 1, d.lgs. 216/03.

Costituiva un preciso onere della FIP, come già argomentato, indicare i presupposti di legittimità della propria condotta e così dimostrare nel caso specifico, che ciascuno dei 19 lavoratori non possedeva alcuno dei requisiti indicati per ottenere l'assunzione.

Solo in tal modo la disparità di trattamento rispetto ai soggetti assunti da FIP, già addetti presso lo stabilimento di Pomigliano alle lavorazioni intraprese, avrebbe escluso la discriminazione vietata.

Nessuna specifica allegazione o dimostrazione è stata fornita sul punto da FIP che si è limitata a considerazioni generali sulla mancanza in capo ai singoli lavoratori dei requisiti necessari per l'assunzione senza altra specificazione né dimostrazione.

Deve perciò ritenersi che in capo ai singoli lavoratori ricorrenti il generico obbligo di assunzione formulato numericamente dal Tribunale debba essere attuato in forma specifica nominativa.

Si è detto che l'ordine di assunzione non è in contrasto con il potere discrezionale di scelta dei lavoratori da assumere, in considerazione della residua potestà di scelta sia pure nell'ambito limitato degli affiliati alla Fiom.

Nel caso in esame tuttavia, il mancato assolvimento dell'onere probatorio ha consolidato in capo ai 19 lavoratori, che si ripete hanno agito a tutela di un interesse individuale e non collettivo, il diritto all'assunzione in quanto la scelta del datore di lavoratore può senz'altro ritenersi non più necessaria alla luce dell'assenza di specifiche indicazioni in merito al difetto dei requisiti professionali per l'assunzione.

In conclusione l'ordinanza del tribunale deve essere parzialmente riformata nel senso indicato.

11)- Il mantenimento nel prosieguo delle operazioni di riassorbimento del personale dello stabilimento di Pomigliano della quota dell'8,75% in favore di Fiom.

L'appellante ha censurato l'ordinanza nella parte in cui, dopo aver ricavato la percentuale dell'8.75% degli affiliati Fiom rispetto al numero degli originari occupati nello stabilimento di Pomigliano, ha ordinato di mantenere nel prosieguo delle operazioni di riassorbimento del personale, sia pure con la necessaria approssimazione, la quota dell'8.75 % in favore di FIOM.

La pronuncia ha l'evidente scopo di impedire la ripetizione della discriminazione.

In proposito pare utile riportare il dettato normativo dell’art. 28, comma 5: «Con l’ordinanza che definisce il giudizio il giudice può condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale e ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell’atto discriminatorio pregiudizievole, adottando, anche nei confronti della pubblica amministrazione, ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti. Al fine di impedire la ripetizione della discriminazione, il giudice può ordinare di adottare, entro il termine fissato nel provvedimento, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate. Nei casi di comportamento discriminatorio di carattere collettivo, il piano è adottato sentito l’ente collettivo ricorrente».

Il testo della norma prevede, in conformità alla direttiva comunitaria, una serie di sanzioni volte a rendere effettiva, proporzionata e dissuasiva la tutela accordata.

Il provvedimento del giudice, oltre ad un contenuto inibitorio ed un contenuto proprio delle sentenze di condanna idoneo a rimuovere gli effetti della discriminazione, ne può avere uno speciale e tipico, consistente nell’ordine rivolto all’autore della discriminazione di attuare uno specifico piano di rimozione delle discriminazioni accertate, predisposto al fine di impedire la ripetizione della discriminazione.

In altri termini l’effetto dissuasivo e preventivo può essere realizzato anche attraverso la predisposizione da parte del giudice di un piano di rimozione delle discriminazioni già accertate.

Si tratta di una forma peculiare di risarcimento del danno in forma specifica, indicata nei casi, come il presente, di accertamento di un comportamento discriminatorio collettivo, in quanto volta a rafforzare la possibilità di pratica attuazione del contenuto delle pronunce giudiziali garantendo la tutela accordata in modo effettivo ed adeguato alla situazione contingente.

È opinione della Corte che nello specifico caso, coinvolgente l’interesse di un numero considerevole di lavoratori, l’effettività, la concretezza della tutela anche in un’ottica preventiva rispetto alle future assunzioni di FIP, possa essere maggiormente garantita attraverso l’adozione di un piano particolareggiato di rimozione degli effetti della condotta discriminatoria, piuttosto che con la previsione della disposta quota di riserva in favore degli iscritti a FIOM.

Solo incidentalmente deve ritenersi che nello specifico caso non è necessario “sentire l’organizzazione sindacale” in quanto già parte del presente giudizio.

Per quanto detto il contenuto della pronuncia giudiziale impugnata deve essere modificato ed integrato, prevedendo:

1) l’obbligo per FIP di procedere all’assunzione dei 19 ricorrenti entro il termine di 40 giorni dalla comunicazione della presente ordinanza;

2) l'obbligo di predisporre ed attuare da parte di FIP, nel termine di 180 giorni dalla comunicazione della presente ordinanza, di un piano di assunzione di 126 lavoratori, da selezionare, secondo i criteri già utilizzati per l'assunzione dei lavoratori presso lo stabilimento di Pomigliano, nell'ambito dell'elenco nominativo degli affiliati Fiom risultante al momento di presentazione del ricorso di primo grado; tale elenco dovrà essere fornito dall'associazione sindacale entro il termine di 30 giorni dalla data di comunicazione della presente ordinanza, completo di eventuali aggiornamenti relativi a eventuali disdette.

Va osservato che, se ai fini della valutazione della legittimazione ad agire - per quanto detto - deve essere valutata la percentuale di iscritti fotografata al gennaio 2011, senza tenere conto delle disdette avvenute durante il periodo in cui si sono susseguite le assunzioni, al diverso scopo di attuare la tutela, deve al contrario essere considerata l'affiliazione sindacale al momento della domanda giudiziale.

Ai fini del diritto all'assunzione, inteso quale risarcimento del danno in forma specifica, rileva, infatti, l'attualità dell'affiliazione sindacale, che per i principi comunemente vigenti nel nostro ordinamento, non può che essere valutata al momento di proposizione della domanda giudiziale.

È poi di tutta evidenza che l'elenco dovrà essere depurato dei nominativi di quegli eventuali lavoratori che medio tempore abbiano disdettato l'affiliazione da Fiom.

Non potrà viceversa tenersi conto di quei lavoratori che si siano iscritti alla Fiom dopo la proposizione del ricorso, non essendo questi compresi nell'ambito della platea dei lavoratori discriminati e dunque danneggiati dalla mancata assunzione.

10)- Il risarcimento del danno non patrimoniale.

Con l'ordinanza impugnata il tribunale ha condannato altresì la FIP a risarcire ai 19 ricorrenti il danno non patrimoniale subito in conseguenza dell'alterazione dello stato psicologico determinata dal legittimo timore della mancata assunzione a fronte dell'oggettiva discriminazione della categoria di appartenenza.

A parere del tribunale la risarcibilità di tale danno presuppone dunque un'indagine psicologica al fine di accertare la consapevolezza del singolo lavoratore di essere oggetto di discriminazione e l'alterazione del suo normale stato d'animo per il timore della perdita definitiva del posto di lavoro.

Tale accertamento deve ritenersi positivamente effettuato nei confronti dei 19 lavoratori nominativamente rappresentati dalla FIOM in forza di delega espressa, in quanto la volontà di agire da costoro manifestata costituisce concreta prova sia della consapevolezza della discriminazione, sia del turbamento d'animo ad essa conseguente.

L'appellante lamenta l'utilizzo da parte del tribunale di un'argomentazione neppure prospettata dai lavoratori e in ogni caso inidonea a dimostrare la sussistenza del danno, altrimenti riconoscibile nella situazione di ogni soggetto che agisce in giudizio per la tutela dei propri interessi.

Il motivo è fondato.

L'articolazione dei rimedi previsti dall'art. 28 d.lgs. 150/2011 individua diverse tipologie di sanzioni: inibitorie, riparatorie, coercitive.

Il risarcimento del danno è previsto quale misura riparatoria per equivalente del pregiudizio subito, come si desume dalla circostanza che il legislatore ha affidato alla sanzione penale e alla previsione di decadenza da specifici benefici ogni diverso effetto dissuasivo e punitivo (misura coercitiva).

È, perciò, necessario che il danno, per poter essere risarcito anche con criterio equitativo, sia provato.

Nel caso in esame le allegazioni fornite dai ricorrenti circa il concreto pregiudizio subito sono estremamente vaghe e, come tali, inidonee a suffragare qualsiasi pronuncia risarcitoria.

L'INTERVENTO

Con l'atto di intervento indicato in epigrafe tre lavoratori già addetti allo stabilimento di Pomigliano, inquadrati nel III e IV livello del CCNL, e interessati al piano di sospensioni in CIGS per cessazione di attività aziendale di cui all'accordo 06.07.2011, deducendo di non essere iscritti alla Fiom e di trovarsi nella medesima situazione dei lavoratori iscritti a tale organizzazione sindacale; hanno precisato di non essere stati assunti da FIP e di essere pregiudicati dalla decisione del tribunale in quanto portatori di un interesse autonomo, ma contrastante con quello dei 145 lavoratori affiliati alla Fiom in considerazione della possibilità di essere pretermessi nelle future assunzioni di FIP.

La parte appellata ha dedotto la inammissibilità dell'intervento in carenza dei presupposti di cui all'art. 344 c.p.c. e nel merito la infondatezza della pretesa volta all'annullamento dell'ordinanza impugnata, nella parte in cui ha ordinato alla FIP l'assunzione di 145 lavoratori iscritti alla Fiom e di mantenere nel prosieguo delle operazioni di riassorbimento del personale dello stabilimento di Pomigliano la percentuale del 8,75% di tutti gli assunti in favore di FIOM.

La Corte rileva, quanto ai presupposti di ammissibilità dell'intervento, che la procedura azionata prevede, l'applicazione delle norme previste per il giudizio di appello in quanto non incompatibili.

L'intervento disciplinato dall'art. 344 c.p.c. non è essere previsione inconciliabile con le caratteristiche del rito sommario previsto dagli artt. 702 e ss. c.p.c., considerata l'ampiezza dell'effetto devolutivo previsto dal legislatore.

Per altro verso l'azione degli intervenienti che hanno fatto valere un diritto autonomo, prospettando il potenziale pregiudizio derivante dalla decisione impugnata, rende ammissibile l'intervento.

L'art. 344 c.p.c. ammette l'intervento in appello solo dei soggetti che potrebbero proporre opposizione di terzo ex art. 404 c.p.c. (vale a dire di coloro il cui diritto, incompatibile con la decisione, ne sarebbe direttamente leso).

Nel merito l'intervento non è fondato.

Molte delle censure formulate nell'atto di intervento, analoghe a quelle contenute nell'appello principale, hanno trovato già adeguate ragioni di rigetto nell'ambito delle precedenti argomentazioni.

In questa sede occorre, inoltre, evidenziare che non può ritenersi che la tutela accordata ad ipotesi di discriminazione vietata possa essa stessa costituire condotta illecita o discriminatoria e come tale suscettibile di essere rimossa.

Le spese tra appellanti principali e incidentali seguono l'ordinario criterio di soccombenza, le spese nei confronti dei lavoratori intervenuti possono essere compensate in ragione della particolarità e novità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Pronunciando sugli appelli riuniti, sull'appello incidentale e sull'atto di intervento:

dichiara la natura di discriminazione collettiva dell'esclusione dalle assunzioni dei lavoratori dello stabilimento di Pomigliano iscritti alla FIOM;

ordina a Fabbrica Italia Pomigliano Spa di cessare dal comportamento discriminatorio e di rimuoverne gli effetti;

ordina a Fabbrica Italia Pomigliano Spa di predisporre ed attuare nel termine di 180 giorni dalla comunicazione della presente ordinanza un piano di assunzione di 126 lavoratori da selezionare - secondo i criteri già utilizzati per l'assunzione dei lavoratori presso lo stabilimento di Pomigliano -nell'ambito dell'elenco nominativo degli affiliati Fiom risultante al momento di presentazione del ricorso di primo grado, che dovrà essere fornito dall'associazione sindacale entro il termine di 30 giorni dalla data di comunicazione della presente ordinanza, elenco aggiornato in relazione alle eventuali disdette intervenute medio tempore;

dichiara la natura di discriminazione individuale dell'esclusione dalle assunzioni presso lo stabilimento di Pomigliano di B. S., C. V., C. P., D'A. C., D. I. V., D. C. M., D. L. A., D'O. S., F. A., M. A., M. F., M. R. M., M. G., N. A., P. A., Pu. An., R. M., R. F e S. M.

ordina a Fabbrica Italia Pomigliano Spa di cessare dal comportamento discriminatorio

ordina a Fabbrica Italia Pomigliano Spa di assumere nel termine di 40 giorni dalla comunicazione della presente ordinanza i lavoratori sopra nominati;

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese di lite nei confronti della parte appellata e appellante incidentale che liquida in complessivi euro 7.000,00.

Rigetta le domande proposte con l'atto di intervento con compensazione integrale delle spese di lite nei confronti di tutte le parti.

Si dia avviso alle parti costituite.

Noterelle sulla vicenda Pomigliano in “appello”: dove non arrivano gli impegni pubblici del datore di lavoro arriva la discriminazione

Gaetano Zilio Grandi

*Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università Ca' Foscari
Venezia*

SOMMARIO: 1. A volte ritornano. - 2. Questioni preliminari. - 3. Le questioni di merito. - 4. Conclusioni (e un ricordo).

1. A volte ritornano

La giurisprudenza ritorna, ancora una volta, sul luogo del delitto, la Fiat, e precisamente del delitto “originario”, la Fabbrica di Pomigliano.

L'occasione è data dal giudizio di appello relativo alla controversia inerente il presunto trattamento discriminatorio riservato agli iscritti alla CGIL nel momento in cui Fiat crea la oramai nota *newco* che avrebbe dovuto risollevere le sorti dell'impianto campano nella produzione della nuova Panda.

Come da molti previsto, e da altri auspicato, l'appello si conclude con un rigetto della domanda di Fabbrica Italia Pomigliano spa (FIP), ma anche di quella in qualche modo coincidente, di tre lavoratori dello stesso impianto, ex art. 344 c.p.c., e non iscritti al sindacato ricorrente.

2. Questioni preliminari

Il punto sta proprio qui, ovvero, preliminarmente, nella legittimazione ad agire di Fiom-Cgil, con gli strumenti giuridici concretamente utilizzati: ovvero un ricorso ai sensi degli artt. 28, co. 1, d.lgs. n. 150/2011, relativo alle discriminazioni dirette collettive, ed al conseguente diritto alla parità di trattamento, di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 216/2003.

Dunque il ricorrente è un soggetto collettivo per comportamenti di carattere collettivo messi in opera dal datore di lavoro, ragione per la quale l'appellante ritiene non correttamente utilizzata la norma e la procedura citata, dovendosi a suo avviso fruire, in tali casi, sempre di un art. 28, ma della ben più nota l. n. 300/1970, lo Statuto dei diritti dei lavoratori.

Di qui un dibattito quasi dottrinale, cominciato nel giudizio di primo grado (ord. Trib. Roma, 21 giugno 2012, su cui...), circa la comprensione dell'ipotesi richiamata dai ricorrenti e vincitori di primo grado (discriminazione sindacale) in quella di cui al citato disposto normativo, e in particolare nel concetto di convinzioni personali, di cui al citato art. 4.

Più in particolare laddove il d.lgs. n. 216/2003 tratta di discriminazioni fondate sulle convinzioni personali, la fattispecie in esame riguarda invece asserite discriminazioni di natura sindacale, non citate espressamente dal richiamato provvedimento; ragioni che, come tali, risultano regolate invece dell'art. 15 dello Statuto dei lavoratori.

Questa è, di fondo, la linea seguita dall'appellante, che come diremo ci trova sostanzialmente d'accordo. Ma vi è di più, perché il giudice d'appello, per rigettare tale prospettiva, argomenta circa il fatto che tra le due ipotesi risulta comune solo la sanzione della nullità e, per altro verso, sulla previsione di un unico rito sommario di cognizione che tuttavia ha lasciato invariata la disciplina sostanziale.

Sostiene la Corte d'appello che l'oggetto della tutela azionata nel caso specifico consiste nella discriminazione subita dai singoli iscritti al sindacato, e non nelle prerogative dello stesso sindacato. E tuttavia, una riga prima, e pure immediatamente dopo, lo stesso giudice fa riferimento alle condotte plurioffensive, come noto perseguibili appunto mediante l'art. 28 St. Lav.

Dopodiché, viene ricondotto alla ipotesi di cui al d.lgs. citato l'intero spettro delle discriminazioni di cui all'art. 15 St. Lav.

Per far questo, la Corte d'Appello utilizza lo stesso strumento linguistico proposto dall'appellante, la società Fabrica Italia Pomigliano spa, ovvero l'utilizzo nella versione inglese del termine *belief*, distinto da quello *religion* con la congiunzione. Sostiene la Corte (e non Pereira!) che «la continuità dei due termini (*religion* e *belief*) separati dalle altre definizioni da una virgola, pone in rilievo l'affinità dei due termini senza tuttavia confonderli»; e che l'analisi strettamente semantica dell'appellante del termine *belief* pare superabile dall'accoglimento di una definizione del concetto di discriminazione alla luce delle norme di riferimento europee. E dunque, sempre argomentando dal lessico utilizzato dalle diverse fonti internazionali e comunitarie, ma anche e soprattutto dalla versione in italiano della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, si giunge alla conclusione che l'elenco dei motivi di discriminazione ivi contenuto e poi ripreso dal citato d.lgs. concretamente richiamato dalla stessa Corte d'Appello per rigettare il ricorso, non è esauriente, trattandosi di un mero tentativo di esemplificazione, in ragione del quale viene introdotta nel nostro ordinamento un ampio concetto di discriminazione nel quale spicca la c.d. libertà ideologica,

compresa, secondo la Corte, nella (a questo punto dilatata) nozione di «convinzioni personali». Il concetto di convinzione personale evoca, secondo la Corte, «una sorta di credo laico».

Conclude dunque la Corte che nell'espressione «convinzioni personali» di cui all'art. 4 d.lgs. n. 216/2003 debba essere compresa la richiamata libertà ideologica (o sindacale o politica, o etica, o filosofica: parole della Corte).

Si è ritenuto di citare letteralmente passi della decisione perché pare a noi che la forzatura tecnico-giuridica risulti evidente. Non solo, perché la Corte d'appello ammette l'assenza di precedenti in tal senso, e semmai richiama precedenti relativi ad altre fattispecie, ovvero statuizioni di Cassazione circa l'equiparazione tra discriminazione per convinzioni personali e per appartenenza ad un determinato credo ideologico; richiamando tuttavia un caso che più distante dalle dinamiche sindacali non può essere – quello relativo all'esposizione di un simbolo politico all'interno delle scuole pubbliche, appunto ricondotto alla previsione di cui al d.lgs. n. 216/2003.

Il problema è che qui saremmo in presenza di una tipica discriminazione per motivi sindacali, di affiliazione, o meno, ad una data organizzazione sindacale, e lo strumento tipico per la tutela di tali situazioni è quello, come sopra già avvisato, dell'art. 28 St. lav. E non, di tutta evidenza, quello di cui all'art. 4 d.lgs. n. 216/2003, come invece riconosciuto dal Tribunale di Roma ed ora dalla Corte d'appello.

Inoltre, la Corte d'appello legittima il percorso seguito dai ricorrenti originari (ovvero la Fiom-Cgil) quanto a legittimazione attiva, nel senso che, posta l'impossibilità di individuare “in modo diretto e immediato” quanti e quali fossero al momento della proposizione del ricorso le persone lese dalla presunta discriminazione, *alias* i suoi iscritti, viene giustificata la strada intrapresa dell'azione collettiva di cui all'art. 5. co. 2, d.lgs. n. 216/2003. E tuttavia la Corte argomenta circa la mancata necessità di una delega o rappresentanza specifica del soggetto collettivo agente per ovviare alla inevitabile contestazione di parte appellante a proposito della equivocità di una azione collettiva volta a tutelare soggetti in ipotesi, ed anzi in fatto, poi non più iscritti all'organizzazione sindacale, e dunque non legittimati ad agire per il tramite della medesima.

In altre parole, il fatto (il rischio) che taluni lavoratori, già iscritti alla Fiom-Cgil, avessero poi abbandonato lo stesso sindacato, con conseguente impossibilità *ex tunc* di identificare i soggetti lesi, non può, secondo il Tribunale e la stessa Corte, ricadere sulla capacità e legittimazione degli stessi, sempre per il tramite dell'organizzazione di sindacale e di una azione collettiva che a questo punto poteva anche valutarsi come ultronea e in eccesso rispetto ai soggetti effettivamente discriminati.

Ciò facendo tuttavia si riconosce la possibilità di un ricorso per così dire “aperto”; tant’è che il passaggio successivo è quello per cui tale ricorso collettivo, indeterminato, viene, *ovviamente*, distinto da quello che riguarda i «19 lavoratori nominativamente indicati», per i quali la legittimazione ad agire proviene dal diverso co. 1 del medesimo art. 5. Non c’è che dire, processualmente parlando: una soluzione barocca e raffinata ma efficace.

3. Le questioni di merito

Ma veniamo al nocciolo della questione: l’obbligo di assunzione imposto a Fabbrica Italia Pomigliano s.p.a.

Ora, se si accoglie la distinzione tracciata dalla Corte e appena riferita, alla luce dell’azione per discriminazione diretta intentata dai citati 19 lavoratori, l’ordine posto in forma specifica nominativa a loro relativo potrebbe essere anche compreso giuridicamente, nel senso che esso conseguirebbe ad una discriminazione diretta e correttamente azionata in via individuale.

Tuttavia, essa appare fondata su un presupposto diverso, e relativo a «tutti» i 145 lavoratori ritenuti poi discriminati indirettamente sulla base dei medesimi dati statistici. Di talché la discriminazione diretta e come tale agita (art. 5, co. 1) verrebbe a coincidere con la discriminazione collettiva agita con il diverso strumento di cui al co. 2, del medesimo art. 5 d.lgs. n. 216/2003. E non a caso, si è detto, la Corte ribadisce come non debbano confondersi i due piani, a nostro avviso già *oggettivamente* confusi nella vicenda processuale e dunque nella decisione finale.

Si diceva dunque dei dati statistici: anche qui occorre riflettere da un lato sull’impegno pubblico preso da Fabbrica Italia Pomigliano riaffermato e qualificato in qualche misura giuridicamente sia dalla decisione di primo grado che dall’appello. Di più, si scrive che i dati da prendere in considerazione ai fini della valutazione della assunta discriminazione sono appunto quelli relativi alle dichiarazioni da parte della società. Ovvero il riassorbimento di 4367 lavoratori addetti allo stabilimento di Pomigliano.

Qui emergono altri due profili: da un lato Fabbrica Italia Pomigliano risulta essere soggetto imprenditoriale diverso rispetto a quello originario e, per così dire, promittente; dall’altro non può, effettivamente, ravvisarsi nella fattispecie l’esistenza di un trasferimento d’azienda ex art. 2112 c.c., tant’è che i nuovi rapporti traggono linfa da nuovi contratti di assunzione e non dal proseguimento di precedenti rapporti, come peraltro riconosciuto dalla stessa Corte.

Ma, ed è il secondo corno del dilemma, la Corte argomenta circa i richiamati impegni del precedente soggetto imprenditoriale (FGA) ed il tramite del nuovo soggetto (FIP) per concludere che, nei fatti (N.B.), un accordo del 6 luglio 2011, sottoscritto dall'originario datore di lavoro (FGA) ma non dal nuovo (FIP), vincolerebbe quest'ultimo ad assumere tutti i lavoratori provenienti dal sito di Pomigliano. Per giungere a questa conclusione la Corte, lo si ripete, utilizza una situazione fattuale («l'assunzione nel primo semestre di una quota di lavoratori del sito (...) addirittura superiore a quella pattuita») per farne conseguire un obbligo giuridico. E questo è quanto sul punto del pensiero della Corte, per la quale in definitiva il mero fatto che un nuovo soggetto imprenditoriale abbia cominciato ad assumere dipendenti di altro soggetto, senza alcun vincolo contrattuale, porterà, come ha portato, ad un ordine per «pre-disporre ed attuare (...) un piano di assunzione (N.B. non riassunzione) di 126 lavoratori».

Quanto al dato statistico o agli elementi di fatto dei quali correttamente e con colpevole ritardo si avvale anche l'ordinamento giuridico italiano anche e soprattutto per reprimere le discriminazioni indirette, la Corte precisa che «non si tratta di una vera e propria inversione dell'onere probatorio» ma curiosamente puntualizza altresì che «i dati statistici non devono necessariamente avere le caratteristiche di scientificità tali da poter assurgere a fonte autonoma di prova». Certo essi, ci pare, devono costituire un indizio, preciso, concordante; ma possono essi non essere non scientifici? Specie se l'esito è quello di capovolgere l'onere della prova, questa volta così esattamente e tecnicamente inteso, sulle spalle del datore di lavoro!

È esattamente quel che è verificabile nella vicenda *de quo*, tant'è che la Corte si preoccupa anche di avvisare che i dati possono sostenere anche una «situazione di potenziale discriminazione», mentre controparte, nella specie FIP, è obbligata alla «dimostrazione (...) delle liceità della disparità di trattamento» (presunta e potenziale).

E ancora la Corte, per l'individuazione del numero dei lavoratori presuntivamente discriminati non utilizza un dato oggettivo (la cessione del credito *sub specie* di quota sindacale alla Fiom-Cgil), ma un diverso dato, ovvero il numero delle disdette, distinguendo poi tra le diverse finalità (probatoria o attuazione della tutela).

D'altro canto, precisa la Corte, spetterebbe a FIP dimostrare l'errore dei dati statistici utilizzati, ed accolti dal giudicante, confermando così che impropriamente l'onere della prova "sostanziale" trasmigra presso il datore di lavoro nel momento in cui viene sollevata una questione discriminatoria. Ma si dimentica di trarre le dovute conclusioni dal fatto, da essa stessa riconosciuto, che un lavoratore già iscritto a Fiom

sia stato in verità assunto nella nuova società; cosa che dimostra come il dato di partenza dal quale si doveva, al contrario partire, non è tanto il numero degli iscritti al sindacato appellato al momento del ricorso (dunque utile ai fini del riconoscimento della tutela, sia in forma specifica che risarcitoria) ma quello facilmente dimostrabile di un momento ben precedente (gennaio 2011), al contrario poi utilizzato in motivazione per quanto riguarda la legittimazione ad agire. Non solo, perché se un giudizio dovesse essere dato occorrerebbe attendere l'esito del lungo processo riorganizzativo, altre volte invocato dal Tribunale e dalla Corte; per verificare appieno, dunque, se realmente di discriminazione nei confronti degli iscritti si tratta.

Dopodiché la considerazione che i lavoratori iscritti a Fiom, e non assunti, appartengono a fasce non elevate, sulle quali la selezione è stata svolta dai *team leader*, non significa certo che essa, non possieda i requisiti di oggettività necessari, che invece la Corte richiama espressamente; ma anche qui secondo la Corte dovrebbe essere FIP a dimostrare una scelta «secondo professionalità», capovolgendo nuovamente il sistema probatorio, addirittura mediante la predisposizione di «una griglia di lavoratori in possesso dei requisiti necessari per essere assunti, predisposta secondo caratteristiche di precisione e determinatezza tali da consentire l'individuazione oggettiva dei lavoratori»; ciò che riecheggia in qualche modo quanto in ipotesi richiesto dal combinato di disposto di C. Cost. n. 103/1989 (curiosamente richiamata ed utilizzata in senso contrario nel proseguo di motivazione) e dalle prime decisioni di Cassazione in tema di parità di trattamento, ovvero una inappropriata burocratizzazione delle procedure di valutazione del personale dipendente privato.

Per i 19 lavoratori per i quali è valso successivamente l'ordine di assunzione a 180 giorni, poi, FIP si difende mediante l'ipotesi della de-rogà, pure prevista dall'art. 3, co. 3, d.lgs. n. 216/2003, relativa al fatto che la convinzione personale del lavoratore consiste e come tale può essere utilizzato in un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività lavorativa, ma essa, sebbene ritenuta esistente, viene inquadrata dalla Corte come una ipotesi di discriminazione, mentre secondo la Corte di Giustizia ciò che conta è che una esigenza reale dell'azienda, presente evidentemente nella scelta di lavoratori che condividono le scelte organizzative dell'impresa.

Ma veniamo al punto conclusivo e dirimente, che si sostanzia nella imposta assunzione di 145 lavoratori da parte di FIP, provenienti da altra realtà imprenditoriale (FGA), ma soprattutto nel rigetto dell'intervento in via incidentale proposto da tre lavoratori, non iscritti alla Fiom, ma comunque esclusi dalla scelta imprenditoriale in prima battuta e altresì da questa sorta di *repechage* giudiziale costituito dalla ordinanza appellata.

In sostanza ciò che vale per i lavoratori iscritti alla Fiom (insussistenza di una lesione dell'art. 41 Cost., di un illegittimo provvedimento per l'esecuzione in forma specifica), non vale invece per i tre intervenienti ex art. 344 c.p.c.; e allo stesso modo vengono ritenuti estranei alla tutela coloro che si sono iscritti al sindacato ricorrente dopo la proposizione del ricorso.

Infine, si è anticipato, il risarcimento del danno non patrimoniale: come scritto da dottrina civilistica, qui è adottato un danno non patrimoniale *in re ipsa*; solo che la *re ipsa* consisterebbe per per i 19 ricorrenti originari per discriminazione diretta, nella «volontà di agire manifestata (...) concreta prova sia della consapevolezza della discriminazione, sia del turbamento d'animo ad essa conseguente». *Id est*, senza necessità di prova alcuna!

Ed è questo, per ovvi motivi, ma non senza dubbi, l'unico punto accolto del ricorso in appello. Anche perché i tre intervenienti in appello, ripetiamo non iscritti alla Fiom, vedono bellamente ritenuto infondato il proprio ricorso, sulla base del fatto che molte delle censure formulate, analoghe a quella dell'appello principale, sono state rigettate, ma soprattutto «non può ritenersi che la tutela accordata ad ipotesi di discriminazione vietata possa essa stessa costituire condotta illecita o discriminatoria» a sua volta suscettibile di essere rimossa. Una conclusione che ha trovato nella successiva vicenda dell'intenzione di FIP, almeno affermata, di porre in mobilità 19 lavoratori, ovvero un numero corrispondente a quello dei lavoratori da assumere *iussu iudicis*, una specie di contrappasso.

4. Conclusioni (e un ricordo)

La vicenda della quale la decisione d'appello di cui si è detto costituisce il più recente, ma certo non l'ultimo, episodio giudiziario, dimostra quanto instabili siano ancora oggi le nostre relazioni sindacali, perché di questo al fine si tratta. La storia recente di un gruppo automobilistico ha infatti fratturato il sistema sindacale tradizionale, *bon grè o mal grè*.

Solo che la reazione del sistema medesimo appare di natura tipicamente "immunitaria": la creazione di sempre più forti, ma nel breve periodo, anticorpi, quali ad esempio, sia nell'ambito del licenziamento a seguito della l. n. 92/2012 sia in questa più circoscritta problematica, l'uso, e forse l'abuso del principio antidiscriminatorio. Così, a mo' di chiusura, richiamo le parole del lontano ma vicino 1975, e così ricordo la persona e lo studioso, di Giuseppe Pera, a proposito dell'art. 39 Cost.: «tutti hanno diritto di operare sindacalmente, col riconoscimento della massima libertà: diritto che si deve tradurre nella possibilità di essere

contati secondo la propria ed autentica forza rappresentativa (...) una volta effettuata la conta, la maggioranza ha diritto di comandare. Tutto qui».

Sarebbe forse il caso che nel nostro sistema di relazioni di lavoro e sindacali si ripartisse, finalmente, da qui.

Abstract

The author analyzes a recent decision in the case Fiat, highlighting how, especially in the field of industrial relations, the solutions faced by judges are often dictated more by a proper choice of discretionary interpretation than a linear and strict application of labor law.

CASSAZIONE CIVILE, I Sezione - 8 febbraio 2012, n. 1781
LUCCIOLI Presidente - GIANCOLA Relatore - RUSSO P.M. -
RUFFINATTI S.R.L.

GIUDIZIO DI DELIBAZIONE - DISCIPLINA DI CUI ALLA LEGGE N. 218/1995 - CONDIZIONI DICHIARAZIONE DI EFFICACIA DI SENTENZE STRANIERE - SENTENZA DI CONDANNA AL RISARCIMENTO DEL DANNO - CONTRARIETÀ ALL'ORDINAMENTO PUBBLICO INTERNO - DANNI PUNITIVI

Nel vigente ordinamento il diritto al risarcimento del danno conseguente alla lesione di un diritto soggettivo non è riconosciuto con caratteristiche e finalità punitive, ma in relazione al pregiudizio subito dal titolare del diritto leso, né il medesimo ordinamento consente l'arricchimento se non sussista una causa giustificatrice dello spostamento patrimoniale da un soggetto ad un altro.

Rimane estranea al sistema interno l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile ed è indifferente la valutazione a tal fine della sua condotta.

L'apprezzamento del giudice nazionale sull'eccessività dell'importo liquidato per danni dal giudice straniero e l'attribuzione alla condanna, anche per effetto di tale valutazione di natura e finalità punitiva e sanzionatoria alla stregua dell'istituto dei cosiddetti « punitive damages », si risolvono in un giudizio di fatto, riservato al giudice della deliberazione e insindacabile in sede di legittimità se congruamente e logicamente motivato.

Con atto notificato in data 30 marzo 2006 sia alla Ruffinatti S.p.A. che alla Ruffinatti S.r.l., O.L. adiva la Corte di Appello di Torino e premesso anche che la Corte Suprema di Cambrige in Massachussets (USA), con due identiche sentenze, rese il 7 aprile 2004, nel procedimento (omissis), aveva condannato le società convenute a pagargli ciascuna la somma di dollari americani 5.000.000,00, oltre interessi dal 7 settembre 1997 al 7 aprile 2004, pari a dollari americani 3.951.815,40, relativamente ai danni da lui subiti per infortunio sul lavoro, chiedeva che le suddette pronunce fossero riconosciute e dichiarate efficaci in Italia. Con sentenza del 18-29 settembre 2009, la Corte di Appello di Torino dichiarava il riconoscimento e l'efficacia in Italia della sola sentenza emessa nei confronti della Ruffinatti S.r.l., posta in liquidazione. La Corte territoriale osservava e

riteneva: - che la domanda dell'O., ritualmente notificata e qualificabile L. 31 maggio 1995, n. 218, ex artt. 67 e 64, doveva essere accolta, stante la sussistenza di tutti i requisiti del riconoscimento in Italia; - che le due società (produttrici del macchinario di cui si assumeva la difettosità) erano state (successivamente) convenute dall'O. R., in qualità di responsabili dirette (a titolo di responsabilità da prodotto causativa di un infortunio sul lavoro, non scevro di profili di astratta rilevanza anche penale), in forza di atti denominati di "terza (spa) e quarta (srl) istanza emendata" contenenti domande di condanna nei loro confronti per fatti già oggetto di un giudizio pendente fin dal settembre 1997, nel quale si erano regolarmente costituite in qualità di terze chiamate dalle società americane convenute, mentre erano state dichiarate contumaci rispetto alle istanze di chiamata diretta; - che le due sentenze in esame, emesse il 7 aprile 2004 ed allegate in copia autentica con "apostille" ai sensi della convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 e traduzione asseverata, erano state dichiarate esecutive il 26 ottobre 2004 e non risultavano impugnate nel termine massimo consentito dallo Stato estero; - che la Ruffinatti S.r.l. aveva obiettato che, indipendentemente dalla sussistenza di tutti gli altri requisiti, le sentenze in oggetto non avrebbero potuto essere riconosciute per difetto del presupposto di cui alla L. n. 218 del 1995, art. 64, lett. g), in quanto contrarie all'ordine pubblico, nei suoi aspetti tanto processuali quanto sostanziali; - che, in particolare, avrebbero ostato al riconoscimento tanto la carenza assoluta di motivazione delle medesime (tanto più eclatante a fronte dell'entità economica della condanna), quanto l'imputabilità della massima parte dell'importo in condanna ad una voce sostanzialmente riconducibile al cd. "danno punitivo" o *punitive damages*); vale a dire, ad una categoria giuridica estranea all'ordinamento italiano e con esso incompatibile, come più volte affermato dalla giurisprudenza anche di legittimità; - che non vi erano adeguati elementi a riscontro del fatto che il pur ingente importo riconosciuto in linea capitale (5 milioni) fosse ascrivibile proprio a tale componente della fattispecie risarcitoria. - Che in fatto era indubbio che la liquidazione del danno punitivo non poteva nel caso di specie desumersi, se non dando inammissibilmente ingresso a considerazioni meramente presuntive ovvero addirittura congetturali, dalla sola entità dell'importo in condanna; - che doveva essere considerato che la somma riconosciuta in linea capitale dal giudice statunitense aveva indubbiamente tenuto conto dell'oggettiva gravità del fatto rappresentato dall'infortunio sul lavoro occorso, nel pomeriggio del 29 ottobre '96, all'O.R., all'epoca trentasettenne; - che, in effetti, notevole era il divario tra la somma liquidata in sentenza e l'importo dei danni quantificati nell'atto di citazione (dollari 330.677), ma tale divario non poteva dimostrare alcunché in ordine alla

effettiva attribuzione nella specie di un risarcimento a titolo di “*danno punitivo*”, solo considerando sia che l’importo chiesto concerneva esclusivamente le spese mediche documentate, ospedaliere e non, la perdita delle retribuzioni salariali documentate e le ulteriori spese mediche che verosimilmente l’O. avrebbe dovuto ancora sopportare e sia che esulavano espressamente dalla quantificazione attorea ulteriori voci di danno, riconducibili alla “estensione della lesione, alla disabilità totale, alla lesione permanente”, sicché il maggior importo riconosciuto del giudice statunitense avrebbe potuto trovare ragionevole giustificazione, pur in assenza di richiamo all’istituto del danno punitivo, nella considerazione di altre componenti personali di danno, insite nella giovane età del soggetto, nella consistente e permanente diminuzione della sua capacità lavorativa, nel pregiudizio di tipo biologico e di relazione sociale; - che non si doveva affrontare il merito della responsabilità e della liquidazione (pacificamente estraneo alla cognizione del giudice del riconoscimento della sentenza straniera) ma - assai più limitatamente - prendere atto di come nessun elemento potesse nella specie univocamente fondare l’incompatibilità del richiesto riconoscimento con i principi generali della responsabilità civile recepiti dall’ordinamento nazionale; - che non valeva obiettare che l’impossibilità di provare la suddetta incompatibilità dipendeva proprio dal fatto che entrambe le sentenze in questione erano assolutamente prive di motivazione, limitandosi a fare riferimento alla regolare dichiarazione di contumacia delle società convenute nonché, ma soltanto in via implicita e per *obiter dictum*, al valore di sostanziale ammissione di responsabilità che da tale contumacia scaturiva; - che la sentenza straniera priva di motivazione (anche “radicalmente” priva) non precludeva per ciò solo il riconoscimento, atteso che tale elemento della sentenza era richiesto unicamente nell’ambito dell’ordinamento nazionale e la sua mancanza, nemmeno per quest’ultimo, poteva di per sé risultare ostativa alla formazione del giudicato sul *decisum*; - che peraltro il riconoscimento poteva operare nei soli confronti della sentenza di condanna emessa a carico della Ruffinatti Srl; - che l’efficacia in Italia della sentenza doveva essere riconosciuta nei limiti di una sola liquidazione, pari a 5 milioni oltre agli interessi già liquidati dal 7 settembre ‘97 al 7 aprile 2004, pari ad ulteriori 3.951.815,40 (interessi di cui la società convenuta aveva lamentato la “usurarietà”, ma la cui quantificazione non avrebbe potuto essere sindacata se non in forza di una valutazione di merito ad essa preclusa; fatta salva l’osservazione che tale importo, in base all’ordinamento nazionale, doveva comunque ritenersi comprensivo altresì della rivalutazione monetaria, assunta quale componente “normale” della reintegrazione patrimoniale da fatto illecito di danno alla persona). Avverso questa sentenza la società Ruffinatti S.r.l.

ha proposto ricorso per cassazione affidato a due motivi e notificato il 18.10.2010 all'O., che non ha svolto attività difensiva.

(*Omissis*). – MOTIVI DELLA DECISIONE. – A sostegno del ricorso la società Ruffinatti denuncia: 1. «Violazione o falsa applicazione della L. 31 maggio 1995, n. 218, art. 64, lett. g), e dell'art. 2727 c.c. in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, nonché omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5». In ordine alla mancata riconduzione della condanna estera al danno punitivo, sostiene che la decisione della Corte d'Appello è censurabile sotto più profili ed in particolare perchè: – è stata omessa qualsiasi spiegazione in merito alla decisione di non dare ingresso alle presunzioni espressamente previste tra le prove disciplinate dal codice civile all'art. 2727 e seguenti; – è del tutto contraddittoria, dal momento che (mentre da un lato esclude la presunzione per delineare la figura del danno punitivo, dall'altro in altri passi fa ampio ricorso alle presunzioni, ed in specie laddove esclude la configurabilità di interessi usurari o ove ritiene che il danno possa presuntivamente essere ascritto ad altre componenti personali di danno (danno biologico o da vita di relazione) sulla base della gravità del fatto; – non ha considerato il decisivo, fondamentale e noto fatto che negli Stati Uniti la disciplina del danno punitivo viene generalmente applicata e la condanna di tipo punitivo viene comminata con un sistema di calcolo che prescinde dalle sofferenze effettivamente patite dal danneggiato; – risultava che il giudizio si era svolto in contumacia, circostanza che negli Stati Uniti è ritenuta riprovevole e meritevole di sanzione punitiva; – è altresì contraddittoria ed errata laddove afferma testualmente che “il richiamo al precedente di cui Cass. 19 gennaio 2007 n. 1183, non era calzante”, quando, invece, era esattamente in termini; – ha rilevato che erano rimasti ignoti le norme e i principi che erano stati adottati per pervenire, in punto di quantum, alla condanna, sicché dalla sentenza statunitense non era possibile, a causa della inesistente motivazione, individuare i criteri adottati per determinare e qualificare il danno e quindi quantificarlo; – non ha adeguatamente valutato il fatto che si trattava di condanna ad importo pari a 20 volte il chiesto, non assimilabile al sistema italiano di risarcimento del danno. 2. «Violazione e/o falsa applicazione della L. 31 maggio 1995, n. 218, art. 64, lett. g), art. 644 c.p. e art. 360 c.p.c., n. 3, nonché omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5». Premesso anche che gli interessi in misura usuraria nel nostro paese sono contrastanti con l'ordine pubblico, tanto da essere

penalmente censurati (art. 644 c.p.), e che quindi ne deve essere impedito l'ingresso nel nostro ordinamento, deduce che l'impugnata sentenza non è congruamente e logicamente motivata laddove giustifica e presume che la misura degli interessi possa derivare da rivalutazione monetaria. Il primo motivo del ricorso è fondato; al relativo accoglimento segue l'assorbimento del secondo motivo d'impugnazione. La L. 31 maggio 1995, n. 218, di riforma del sistema italiano di diritto internazionale, all'art. 64, lett. g), che sola rileva ai fini decisori, dispone (in linea con l'art. 16, comma 1, del medesimo testo normativo) che la sentenza straniera è riconosciuta in Italia quando «le sue disposizioni non producono effetti contrari all'ordine pubblico» (in tema, cfr Cass. n. 17349 del 2002). In ordine all'accertamento di questo requisito, e segnatamente alle regole di ordine pubblico riferibili al tema in esame, inerente al risarcimento del danno da responsabilità extracontrattuale, si richiamano i principi di diritto già affermati da questa Corte, che vanno condivisi, stanti anche le esigenze fondamentali di non discriminazione e di tutela di aspettative, equilibri e garanzie collettive cui presiedono, ed ai quali, dunque, va data continuità, secondo cui: a) «nel vigente ordinamento il diritto al risarcimento del danno conseguente alla lesione di un diritto soggettivo non è riconosciuto con caratteristiche e finalità punitive, ma in relazione all'effettivo pregiudizio subito dal titolare del diritto leso, né il medesimo ordinamento consente l'arricchimento se non sussista una causa giustificatrice dello spostamento patrimoniale da un soggetto ad un altro; ne consegue che, pure nelle ipotesi di danno *"in re ipsa"*, in cui la presunzione si riferisce solo all' *"an debeatur"* (che presuppone soltanto l'accertamento di un fatto potenzialmente dannoso in base ad una valutazione anche di probabilità o di verosimiglianza secondo l' *"id quod plerumque accidit"*) e non alla effettiva sussistenza del danno e alla sua entità materiale, permane la necessità della prova di un concreto pregiudizio economico ai fini della determinazione quantitativa e della liquidazione del danno per equivalente economico» (cfr. Cass. n. 15814 del 2008; n. 25820 del 2009); b) «rimane estranea al sistema interno l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile ed è indifferente la valutazione a tal fine della sua condotta» (cfr. Cass. n. 1183 del 2007), principio questo specificamente riferito, seppure nella vigenza della pregressa normativa in tema di delibazione di sentenze straniere, alla verifica di compatibilità con l'ordinamento italiano della condanna estera al risarcimento dei danni da responsabilità extracontrattuale; c) che l'apprezzamento del giudice nazionale sull'eccessività (o meno) dell'importo liquidato per danni dal giudice straniero e l'attribuzione (o meno) alla condanna, anche per effetto di tale valutazione di natura e finalità punitiva e sanzionatoria alla stregua dell'istituto dei

cosiddetti “*punitive damages*”, si risolvono in un giudizio di fatto, riservato al giudice della delibazione e insindacabile in sede di legittimità se congruamente e logicamente motivato (cfr Cass. n. 1183 del 2007). Alla luce di tali principi di diritto l’impugnata sentenza si rivela viziata per il profilo motivazionale. La Corte distrettuale ha riconosciuto la pronuncia estera in base essenzialmente ai seguenti rilievi, dei quali i primi due tratti dal dato testuale ed il terzo congetturale: - l’assenza di motivazione non osta al riconoscimento; - nella liquidazione del risarcimento la pronuncia estera non fa espresso riferimento al danno punitivo, che potrebbe ostare al riconoscimento in questione, come invece, aveva fatto la pronuncia n. 1183 del 2007 resa da questa Corte, su analogo tema; - la natura e l’entità dei danni dall’O. subiti nell’infortunio sul lavoro erano compatibili con l’importo attribuitogli a titolo di ristoro, in aggiunta a quello da lui espressamente reclamato con la domanda, essendo stata questa riferita a specifiche ma non esaustive voci di pregiudizio. Le ragioni valorizzate a sostegno dell’avversata conclusione appaiono singolarmente e nel loro complesso insufficienti, oltre che incongruenti nell’individuazione del punto di discostamento della fattispecie esaminata dal menzionato precedente di legittimità, evidentemente smentito dal tenore di tale decisione. Quanto all’insufficienza argomentativa, non sintomatica appare l’assenza nella pronuncia straniera di esplicito rinvio all’istituto del *punitive damages*, a fronte sia della mancanza di qualsiasi indicazione positiva circa la causa giustificativa della statuita attribuzione patrimoniale e sia dell’omesso richiamo in essa e nella impugnata sentenza a regole legali e/o criteri esteri propri della liquidazione del danno in questione e nella specie applicabili, i quali non risultano esplicitati nemmeno negli atti e difese dell’O., pure in relazione alla *causa petendi* ed al *petitum* da lui dedotti dinanzi al giudice statunitense. In ogni caso, nella verifica della contrarietà o meno della sentenza straniera all’ordine pubblico interno, considerati anche i rilevati limiti del *petitum* nella diversa sede, i giudici di merito si sono affidati al mero riscontro della compatibilità dell’intero ammontare della condanna straniera con la natura e la gravità dei danni subiti dall’O., e, dunque, ad una valutazione puramente astratta, apodittica, concretante mera illazione, quando invece, seguendo tale impostazione, avrebbero dovuto dare anche conto della ragionevolezza e proporzionalità del liquidato in sede estera in rapporto non solo alle specificità dell’illecito ed alle patite conseguenze, ma anche in confronto dei criteri risarcitori interni. Pure la mancanza di motivazione nella sentenza straniera, che in linea di principio non integra in sé una violazione dell’ordine pubblico (cfr. Cass. n. 9247 del 2002; n. 3365 del 2000), non può mantenere un significato neutro ai fini del riconoscimento in Italia,

nel caso, quale quello di specie, in cui in relazione al rapporto sostanziale di riferimento si renda necessario ai fini della verifica di compatibilità con l'ordine pubblico interno, e cioè degli effetti sulla nostra realtà, conoscere i criteri legali in concreto applicati dal giudice straniero nell'adozione della pronuncia, e segnatamente, con riferimento al tema controverso, quelli seguiti per qualificare la responsabilità e le conseguenti voci di danno ristorabili, onde evincere la causa giustificatrice dell'attribuzione e la sua natura civilistica che sola consente il riconoscimento, nonché per quantificare la somma dovuta a titolo risarcitorio, e, nell'ipotesi di corresponsabilità nell'illecito, per addossare e ripartire le conseguenze riparatorie, onde evitare indebite duplicazioni e locupletazioni. Conclusivamente si deve accogliere il primo motivo del ricorso, con assorbimento del secondo motivo, e cassare la sentenza impugnata con rinvio alla Corte di Appello di Torino, in diversa composizione, cui si demanda anche la pronuncia sulle spese del giudizio di cassazione.

Quale sorte per i *punitive damages* in Italia: tra impossibilità e/o realtà

Ina Dhimgjini

*Dottoranda di ricerca in Diritto europeo dei contratti civili,
commerciali e del lavoro nell'Università Ca' Foscari Venezia*

SOMMARIO: 1. Il fatto. - 2. Sulla dichiarazione di efficacia di sentenze straniere. - 3. Sui *punitive damages*. - 4. Osservazioni.

1. Il fatto

Con la sentenza in esame la Corte di Cassazione Civile, Sezione I, è stata chiamata, ancora una volta, a pronunciarsi sul giudizio di «delibazione»⁽¹⁾ di sentenze straniere.

In primo grado, la Corte di Appello di Torino poneva a fondamento della sua pronuncia la legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale e la nozione di «*punitive damages*» nell'affermare che la liquidazione del danno punitivo non poteva desumersi unicamente dall'entità dell'importo in condanna e che il maggior importo riconosciuto dal giudice statunitense avrebbe trovato ragionevole giustificazione nella considerazione di altre componenti personali di danno (quali la giovane età del danneggiato, la diminuzione di capacità lavorativa ed il pregiudizio biologico e di relazione sociale), pur in assenza di un richiamo all'istituto del danno punitivo.

(1) La delibazione, o *exequatur*, consiste in una procedura giudiziaria mediante la quale in un determinato Stato, ad istanza di parte, si ottiene il riconoscimento di un provvedimento giudiziario emesso da un'autorità giudiziaria di un altro Stato. In Italia, detta procedura viene svolta dinanzi alla Corte di appello territorialmente competente, il cui compito è quello di verificare che il procedimento straniero si sia svolto in conformità alle regole del contraddittorio, che la sentenza di cui si chiede il riconoscimento sia passata in giudicato, che non sia contraria ad un'altra pronunciata in Italia ed il cui contenuto non sia contrario ai principi fondamentali dell'ordinamento italiano.

È appena il caso di ricordare come con la legge n. 218/1995 sono state abrogate le norme di procedura civile concernenti la disciplina di delibazione delle sentenze straniere. La nuova normativa, infatti, non fa più riferimento al termine «delibazione», ma, pur non modificando gli aspetti sostanziali della procedura, disciplina l'«accertamento» da parte della Corte di Appello dei requisiti della sentenza.

All'interno dell'ordinamento giuridico italiano l'istituto dei *punitive damages* non trova collocazione posto che la previsione di cui agli artt. 1223 e 1226 c.c. (che si applicano al fatto illecito ai sensi dell'art. 2056 c.c.) espressamente disciplina la materia del risarcimento del danno, imponendo che il risarcimento del danno riguardi esclusivamente le conseguenze immediate e dirette (art. 1223 c.c.), con ciò escludendo un risarcimento che, a ben vedere, tale non sia (danno punitivo, appunto), mentre il potere equitativo del giudice è comunque subordinato alla dimostrazione dell'esistenza del danno (art. 1226 c.c.), del quale non si riesca a quantificare la misura esatta.

E neppure le previsioni di cui agli articoli 1815 e 70 disp. att. c.c., nonché le previsioni contenute negli artt. 709-bis ss. c.p.c. e 650 c.p. consentono, seppur indirettamente, di accogliere il danno punitivo nel nostro ordinamento. Tali disposizioni infatti disciplinano o le sanzioni che l'ordinamento infligge per violazione di norme imperative (art. 1815 c.c.) o dell'ordine del giudice (artt. 709-bis ss. c.p.c. e 650 c.p.) o l'unica ipotesi di sanzione consentita all'autonomia privata (art. 70 disp. att. c.c., sui cui limiti cui cfr. peraltro Cass., 21 aprile 2008, n. 10329⁽²⁾), di natura eccezionale e non applicabili analogamente e comunque mai dirette ad un risarcimento del danno a favore di altra parte.

Il problema sottoposto alla Corte concerne il riconoscimento delle sentenze di condanna al risarcimento dei danni emesse all'estero in Italia e, nell'esaminare detta tematica, la Corte stessa opera un richiamo alla legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale, il cui art. 64 disciplina espressamente il «riconoscimento di sentenze straniere».

La norma elenca nelle lettere da *a*) a *g*) le condizioni in presenza delle quali il riconoscimento della sentenza straniera si realizza in Italia senza il necessario ricorso ad alcun procedimento⁽³⁾.

⁽²⁾ In *Vita not.*, 2008, p. 941.

⁽³⁾ Si ritiene perciò possa parlarsi di «efficacia automatica» della sentenza straniera, senza necessità di instaurare un apposito giudizio dinanzi alla Corte di appello territorialmente competente, qualora siano integrati i requisiti di cui all'art. 64 della l. n. 218/1995. I requisiti di cui alle lettere *a*), *b*), prima parte, *c*) e *d*) sono «positivi» poiché devono sussistere affinché operi il riconoscimento ed essi sono rispettivamente rappresentati dal fatto che: il giudice che ha pronunciato la sentenza poteva conoscere della causa secondo i principi della competenza (lett. *a*); l'atto introduttivo del giudizio è stato portato a conoscenza del convenuto in conformità a quanto previsto dalla legge del luogo dove si è svolto il processo (lett. *b*, prima parte); le parti si sono costituite in giudizio secondo la legge del luogo dove si è svolto il processo o la contumacia è stata dichiarata in conformità a tale legge (lett. *c*); la sentenza è passata in giudicato secondo la legge del luogo in cui è stata pronunciata (lett. *d*). Gli altri requisiti, di cui alle lettere *b*) seconda parte, *e*), *f*) e *g*) possono definirsi, invece, «negativi», ovvero non devono sussistere affinché si concretizzi il riconoscimento della sentenza straniera.

Essi sono rispettivamente: assenza di violazione dei diritti essenziali della difesa (lett. *b*),

L'attenzione della Suprema Corte si incentra anzitutto sulla lett. g) della l. n. 218/1995, disciplinante il criterio dell'ordine pubblico: il riconoscimento, infatti, opera allorché le disposizioni della sentenza straniera non producono effetti ad esso contrari⁽⁴⁾.

Secondo i meccanismi del diritto internazionale privato⁽⁵⁾, il criterio dell'ordine pubblico rileva, quindi, vuoi quale limite all'ingresso nell'ordinamento italiano di decisioni straniere, vuoi quale elemento la cui contrarietà determina l'inapplicabilità delle norme straniere.

Nella fattispecie in esame, la Corte di Cassazione, in ordine alle regole di ordine pubblico riferibili al risarcimento del danno da responsabilità extracontrattuale ha richiamato principi precedentemente affermati.

Essa, anzitutto, ricorda come nell'attuale ordinamento giuridico il diritto al risarcimento del danno conseguente alla lesione di un diritto

seconda parte); non contrarietà ad altra sentenza pronunciata da un giudice italiano passata in giudicato (lett. e); assenza di un processo pendente davanti ad un giudice italiano per il medesimo oggetto e fra le stesse parti che abbia avuto inizio prima del processo straniero (lett. f) e non contrarietà all'ordine pubblico (lett. g)).

(4) Nel medesimo senso ha avuto modo di esprimersi la Cassazione con la sentenza n. 17349 del 2002, nella quale può leggersi: «Il ricorso deve quindi complessivamente rigettarsi, perché la sentenza impugnata, anche se con motivazione meno articolata, perviene a un dispositivo conforme a legge (art. 384, ultimo comma, c.p.c.), avendo esattamente negato il riconoscimento in Italia delle disposizioni e degli effetti di una sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio per vizio del consenso in contrasto con l'ordine pubblico italiano». Nel caso di specie, con sentenza del 4 dicembre 2002, la Corte d'Appello di Trieste ha rigettato la domanda di G.D. di riconoscimento in Italia degli effetti della sentenza del Tribunale ecclesiastico del Triveneto del 10 marzo 2000, confermata da decreto del Tribunale ecclesiastico regionale lombardo del 26 ottobre 2000, di nullità del matrimonio contratto dalle parti il 27 settembre 1997.

Si veda, in dottrina, in tema di contrarietà ad ordine pubblico, FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Perugia, 2005, dove l'A. ritiene che l'ordine pubblico operi *ex post*, nel senso che esso impedisce l'applicazione in Italia di una norma straniera (già) richiamata dalle norme di conflitto italiane nei limiti in cui i suoi effetti risultino incompatibili con i principi fondamentali dell'ordinamento italiano. Lo stesso autore, dopo aver ripercorso brevemente le teorie (negativa e positiva) che si sono sviluppate in merito all'ordine pubblico, e dopo aver differenziato l'ordine pubblico interno dall'ordine pubblico internazionale, si sofferma sul problema dei suoi «effetti». «L'effetto dell'ordine pubblico nel riconoscimento è naturalmente il diniego del riconoscimento stesso» (*ivi*, p. 71).

Si veda poi ARIETA - DE SANTIS, *Il processo civile e la normativa comunitaria*, a cura di Scarafoni, Torino, 2012, p. 252: «L'ordine pubblico è un concetto elastico che muta col tempo, con la sensibilità del giudice ed è differente da paese a paese. Esso coincide con il complesso dei principi fondamentali che caratterizzano una comunità nazionale in un determinato momento storico. Come chiarisce l'art. 34, n. 1, regolamento n. 44/2001, ai fini del riconoscimento delle decisioni, rileva l'ordine pubblico dello Stato richiesto [...]».

(5) Questo è il principio emergente dall'art. 16, co. 1, della l. 218/1995 e dall'art. 21 del Regolamento CE n. 593 del 2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I) del 17 giugno 2008.

soggettivo non assume finalità punitive, ma è riconosciuto in relazione all'effettivo pregiudizio subito dal titolare del diritto leso, permanendo la necessità della prova⁽⁶⁾ di un concreto pregiudizio economico ai fini della determinazione quantitativa e della liquidazione del danno per equivalente pecuniario anche nelle ipotesi di danno «*in re ipsa*».

La Suprema Corte rinvia anche alla precedente pronuncia n. 1183 del 2007, nella quale già aveva affermato il principio in base al quale il sistema interno non conosce l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile, essendo indifferente la valutazione a tal fine della sua condotta, e che «l'apprezzamento del giudice nazionale sulla eccessività (o meno) dell'importo liquidato per danni dal giudice straniero e l'attribuzione (o meno) alla condanna, anche per effetto di tale valutazione di natura e finalità punitiva e sanzionatoria alla stregua dell'istituto dei cosiddetti "*punitive damages*", si risolvono in un giudizio di fatto, riservato al giudice della deliberazione e insindacabile in sede di legittimità se congruamente e logicamente motivato».

La Corte di Appello di Torino ha riconosciuto la pronuncia estera, ad avviso della Suprema Corte, sulla base di tre motivi, dei quali i primi due tratti dal dato testuale ed il terzo congetturale.

2. Sulla dichiarazione di efficacia di sentenze straniere

La pronuncia in esame ha ad oggetto il procedimento di deliberazione, ovvero la procedura di riconoscimento e di dichiarazione di sentenze straniere all'interno dell'ordinamento giuridico italiano.

Occorre, a tal proposito, ricordare brevemente come esso operava antecedentemente all'introduzione della legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale.

Le sentenze emesse in uno Stato contraente, escluse quelle in materia di stato e di capacità delle persone, non richiedevano procedimenti di deliberazione per essere riconosciute dagli altri stati contraenti, a meno che, ai sensi di quanto disposto rispettivamente dal I comma dell'art. 2 e dall'art. 31 della Convenzione di Bruxelles del 1968⁽⁷⁾, tale riconosci-

⁽⁶⁾ Si veda Cass., 12 giugno 2008, n. 15814 e Cass., 10 dicembre 2009, n. 25820.

⁽⁷⁾ Detta Convenzione concerne la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, modificata dalla Convenzione del 1978 relativa all'adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e dell'Irlanda del Nord, dalla Convenzione del 1982 relativa all'adesione del Regno di Spagna e della Repubblica portoghese, nonché dalla Convenzione del 1996 inerente l'adesione della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia.

mento dovesse avvenire per sentenze che fossero state «contestate» o «dichiarate esecutive».

La parte interessata ad ottenere il riconoscimento doveva, perciò, presentare istanza al giudice territorialmente competente con «modalità del deposito [...] determinate in base alla legge dello stato richiesto⁽⁸⁾».

L'organo di appello competente per ciascun Stato membro procedeva ad adottare la decisione *inaudita altera parte*, ossia verificando la non contrarietà ad ordine pubblico, il rispetto del principio del contraddittorio, l'assenza di contrasto con una sentenza interna, nonché la compatibilità, in sede di competenza, con il diritto internazionale privato.

In merito al giudizio di delibazione, l'ordinamento giuridico italiano si avvaleva delle disposizioni di cui agli artt. 796⁽⁹⁾ ss. c.p.c. concernenti il giudizio di primo grado in Tribunale poiché, in merito al deposito dell'istanza, alle modalità decisorie ed al giudizio di opposizione, il legislatore italiano nulla disponeva espressamente.

La nuova legge di diritto internazionale privato provvede a disporre l'abrogazione degli artt. 796-805 c.p.c., ammettendo la possibilità per tutte le sentenze straniere non soggette a norme pattizie di ottenere il riconoscimento in Italia senza preventivi procedimenti di valutazione.

La legge del 1995, finalizzata a determinare l'ambito della giurisdizione italiana ed a disciplinare l'efficacia delle sentenze⁽¹⁰⁾ e degli atti stranieri, prevede quale principio generale l'automatica efficacia in Italia di sentenze straniere rispondenti ai principali requisiti di compatibilità con l'ordinamento italiano.

Detto automatismo incontra però il limite di cui all'art. 64, il quale indica nelle lettere da a) a g) le circostanze per le quali non è necessario il ricorso ad alcun procedimento; ovvero, in tal caso, la sentenza straniera

(8) Così dispone il primo comma dell'art. 33 della Convenzione di Bruxelles.

(9) Per maggiore approfondimento sulla procedura in esso regolamentata v. ANDRIOLI, *Commento sub art. 797*, in *Riv. dir. priv. e internaz.*, 1969, p. 158.

(10) AA. Vv., in *Codice di procedura civile annotato con la giurisprudenza*, a cura di Vaccarella e Giorgietti, con la collaborazione di Locatelli, Milano, 2007, p. 70: «Il procedimento per la dichiarazione di efficacia in Italia dei provvedimenti stranieri di adozione, pur non essendo assimilabile all'ordinario procedimento di delibazione delle sentenze, tuttavia richiede pur sempre in applicazione del principio generale sancito dall'art. 796, comma primo, c.p.c., un'istanza del soggetto che intenda avvalersi dei suddetti provvedimenti di adozione pronunciati all'estero, atteso che l'art. 32 legge n. 184 del 1983 si limita a prevedere nel procedimento camerale l'intervento obbligatorio del p.m., senza attribuire a quest'ultimo l'iniziativa processuale, onde deve escludersi che il suddetto procedimento possa iniziare sulla base di un'istanza del p.m. volta ad una pronuncia negativa dell'efficacia del provvedimento di adozione in Italia, istanza che, peraltro, non sarebbe assistita da alcun interesse, giacché ove nessuna richiesta di dichiarazione di efficacia sia stata formulata dai soggetti legittimati, il provvedimento straniero resta del tutto estraneo all'ordinamento italiano (Cass. Civ., Sez. I, 10 luglio 1998, n. 6713)».

verrà ad essere automaticamente recepita nel nostro ordinamento a condizione che ricorrano i presupposti previsti dalla medesima disposizione.

Nella norma successiva, la legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale opera un rinvio alla nozione di «ordine pubblico» quale criterio il cui rispetto non può venir meno nelle ipotesi di riconoscimento di provvedimenti stranieri.

Sempre all'ordine pubblico⁽¹¹⁾ guarda anche la previsione dell'art. 16, disponendo esso la non applicazione della legge straniera qualora i suoi effetti siano ad esso contrari.

L'ordine pubblico assume, dunque, carattere essenziale ai fini del riconoscimento di sentenze straniere, individuando, in generale, «il complesso dei principi che, in un determinato momento storico, sono posti dalla Costituzione, dal diritto europeo e dalle leggi (anche in via di attuazione del diritto europeo e dei trattati internazionali) a base dei valori che debbono essere rispettati per mantenere l'armonia del sistema giuridico interno⁽¹²⁾».

3. *Sui Punitive damages*

Con l'entrata in vigore della legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale assunse fondamentale importanza la questione relativa alla riconoscibilità delle pronunce americane di condanna al pagamento di cospicue somme di denaro a titolo di «*punitive damages*».

«Lo scopo del presente lavoro è quello di mettere in evidenza le caratteristiche principali dei *punitive damages*, soprattutto alla luce dell'esperienza statunitense, per poi cercare di indagare due aspetti e cioè:

a) se nel nostro ordinamento sono presenti istituti sostanzialmente simili a quello anglosassone; e

b) quale ruolo e peso i danni punitivi potranno assumere in Italia, in una prospettiva *de jure condendo*, nell'ambito del sistema sanzionatorio complessivo»⁽¹³⁾.

⁽¹¹⁾ In tema di ordine pubblico numerose sono le pronunce giurisprudenziali: ad esempio, Cass. Civ., Sez. I, 22 luglio 2004, n. 13663 in cui si legge che «In tema di riconoscimento di sentenze straniere, la l. 31 maggio 1995, n. 218, art. 64, comma 1, lett. b), prevede un duplice concorrente requisito: (a) che l'atto introduttivo del giudizio sia portato a conoscenza del convenuto "in conformità a quanto previsto dalla legge del luogo dove si è svolto il processo"; (b) che nell'ambito del processo svoltosi dinanzi al giudice straniero non siano stati violati i diritti essenziali della difesa».

⁽¹²⁾ CAVALLO, *Valutazione della clausola dell'ordine pubblico come motivo ostativo al riconoscimento delle sentenze di divorzio straniere. Casi pratici*, Viareggio, 20-22 ottobre 2011, p. 3, in www.deaweb.org.

⁽¹³⁾ D'ACRI, *I danni punitivi. Dal caso Philip Morris alle sentenze italiane: i risarcimenti*

L'istituto del danno punitivo nasce e si sviluppa nell'ordinamento anglosassone del XIV sec., dove viene inteso quale ristoro del pregiudizio sofferto da un soggetto, accanto al quale il giudice sarebbe chiamato ad applicare una c.d. «pena privata»⁽¹⁴⁾ il cui ammontare deve comunque essere proporzionato all'offesa presidiata⁽¹⁵⁾.

Negli ordinamenti di *common law*, infatti, i *punitive damages* trovano spazio all'interno della responsabilità extracontrattuale; in particolare, nel territorio inglese la materia è definita dal *leading case* della House of Lords nella causa *Rookes v. Barnard*⁽¹⁶⁾ e gli *exemplary damages* possono essere attualmente concessi in un numero ristretto di ipotesi (*assault, false imprisonment, seduction, defamation, malicious prosecution e trespass*).

Dall'Inghilterra l'istituto si diffuse rapidamente nel territorio americano, dove nel 1852 ebbe modo di affermarsi il principio in base al quale il convenuto poteva essere condannato da una giuria americana al pagamento dei *punitive damages*, «avuto riguardo alla gravosità dell'offesa piuttosto che alla stretta misura dei danni prodotti dall'attore, così disancorando una volta per tutte la quantificazione di tali voci di danno da qualunque parametro algebrico⁽¹⁷⁾».

«Alla stregua dell'ordinamento statunitense, la condanna al pagamento di danni c.d. punitivi, sarebbe, dunque, da leggere come volta alla

concessi dai tribunali contro le aziende ed i soggetti che adottano comportamenti illeciti, Roma, 2005, p. 7.

⁽¹⁴⁾ Il sistema americano di responsabilità civile, oltre a consentire al danneggiato l'effettivo risarcimento del pregiudizio sofferto a seguito del verificarsi di un evento dannoso ed economicamente valutabile, mira a riconoscere anche il ristoro dei danni non monetizzabili c.d. *pain and suffering*. Per un maggiore approfondimento sul tema si veda D'ALESSANDRO, *Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 383.

⁽¹⁵⁾ PONZANELLI, *La «costituzionalizzazione» dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani* in *Foro it.*, 2003, IV, p. 356. Il principio di ragionevolezza qui espresso trova attuazione con quanto statuito dalla Corte Suprema USA il 7 aprile 2003.

Sull'ammontare dei *punitive damages* si ricordi come nel Caso BMW of North America, Inc. v. Gore, *BMW of North America v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996), pubblicata anche in *Foro it.*, 1996, IV, c. 421, con nota di PONZANELLI, la Corte ha avuto modo di affermare che i *punitive damages* debbono conformarsi ad un criterio di ragionevolezza ed i criteri da tenere in considerazione nella determinazione sono: a) il grado di ragionevolezza del comportamento del danneggiante; b) il rapporto tra *punitive* e *compensatory damages* e c) la correlazione con sanzioni amministrative o penali per il medesimo illecito.

⁽¹⁶⁾ [1964] AC 1129, [1964] 1 All ER 367.

⁽¹⁷⁾ Sentenza *Day v. Woodworth*, 13 How, 363, 370-371 (1852): «a jury may inflict what are called exemplary, punitive or vindicative damages upon a defendant, having in view the enormity of his offence rather than the measure of compensation to the plaintiff», in GIORGIETTI - VALLEFUOCO, *Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel Mondo*, Milano, 2008, p. 51.

realizzazione di finalità pubblicistiche di deterrenza e punizione, anche se non esclusive»⁽¹⁸⁾.

Negli Stati Uniti d'America, infatti, al fine della configurabilità dei *punitive damages*, la condotta del soggetto inadempiente non solo deve consistere in un inadempimento contrattuale ma deve altresì caratterizzarsi quale comportamento particolarmente biasimevole.

Afferma il *Restatement (Second) of Contracts* che «*Punitive damages are not recoverable for a breach of contract unless the conduct constituting the breach is also a tort for which punitive damages are recoverable*».

La funzione dei danni punitivi può dunque definirsi molteplice: espia-toria, ovvero tesa a colpire un comportamento dell'agente ritenuto particolarmente riprovevole; deterrente, ovvero finalizzata ad impedire il verificarsi in futuro di comportamenti analoghi a quello commesso⁽¹⁹⁾; infine, di liquidazione⁽²⁰⁾ del danno immateriale patito.

Negli Stati Uniti d'America la categoria dei *punitive damages* trova applicazione soprattutto nei casi di responsabilità del produttore da prodotto difettoso.

Infatti, l'inosservanza delle cautele e degli strumenti dal legislatore preposti al fine di escludere, o perlomeno, limitare la responsabilità può comportare l'origine in capo al responsabile di una responsabilità risarcitoria in misura anche superiore al danno effettivo subito dall'offeso.

In tale contesto merita essere ricordato il famoso caso *Liebeck v. McDonald's Restaurant*, noto come *McDonald's coffee case* o *hot coffee lawsuit*.

La signora Stella Liebeck, di Albuquerque - New Mexico, aveva settantannove anni quando, dopo aver ordinato una tazza di caffè dall'unità finestra di un locale ristorante McDonald, nel tentativo di aprire il coperchio della tazza di caffè dalla stessa appoggiata sulle proprie ginocchia, riportava ustioni di terzo grado nonché ustioni minori oltre il sedici per cento sul proprio corpo tali per cui la stessa veniva ricoverata in ospedale dove conseguentemente veniva sottoposta ad un innesto cutaneo.

(18) BUFFONE, *Punitive Damages o Ristoro "made in Italy"*, in www.altalex.com, articolo del 31 marzo 2006.

(19) Di tale avviso è PONZANELLI, *Danni punitivi? No, grazie*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, p. 1129 ss.: «La ratio dei *punitive damages* è rinvenibile nell'esigenza di deterrenza dei consociati dell'ordinamento giuridico dalla posizione in essere di condotte dannose per i terzi».

(20) Si veda in tema di liquidazione del danno CORONGIU, *Pregiudizio subito e quantum risarcitorio nelle sentenze di punitive damages: l'impossibile riconoscimento in Italia*, in *Int'l Lis*, 2004, p. 89: «[...] la quantificazione di tali danni con carattere punitivo è per definizione indipendente non solo dall'ancoraggio ad un parametro algebrico, ma anche da un canone approssimativamente fondato sull'effettivo pregiudizio patito».

Senza contare i nove chili che la stessa perse ed i due anni consecutivi di cure mediche a cui dovette sottoporsi.

A fronte di una richiesta di ventimila dollari avanzata dalla danneggiata, volta a coprire le spese presenti e future, la Compagnia ne offriva solo ottocento, costringendo così la medesima, assistita e rappresentata dall'avvocato Reed Morgan, ad agire per la tutela dei propri diritti dinanzi alla Corte Distrettuale del New Mexico accusando McDonald Restaurant di colpa grave per aver venduto caffè «*unreasonably dangerous*» e «*defectively manufactured*».

Una volta instaurato il processo, nel mese di agosto del 1994, dinanzi al giudice Robert H. Scott, le prove documentali e testimoniali furono in grado di dimostrare come già nel decennio 1982-1992 vi erano state oltre settecento segnalazioni di persone ustionate dal caffè distribuito dalla McDonald's Restaurant. Il verdetto finale della Giuria, che applicando i principi della «*comparative negligence*», riconobbe l'80% della responsabilità in McDonald ed il restante 20% nella colpa della ricorrente, pronunciò in favore di quest'ultima il risarcimento danni pari alla somma di 200.000 dollari e di 2.7 milioni di dollari a titolo di *punitive damages*, importo quest'ultimo poi ridotta dal Giudice a 480 mila dollari. Il caso citato dimostra come l'ordinamento giuridico statunitense guarda con particolare interesse verso i cosiddetti «*frivolous lawsuit*⁽²¹⁾», la cui diffusione, cominciata a partire dagli anni '90, si è dimostrata significativa nel successivo corso degli anni⁽²²⁾.

⁽²¹⁾ Le *frivolous lawsuit* sono le cosiddette «azioni legali senza reale fondamento». Esse sono definite quali «[...] frivolous litigation, as a term used in colloquial and political terms in the United States, are lawsuits that are based on a somewhat absurd theory or involve claims for damages that greatly exceed what one would think is possible from reading a brief summary of the case. Awards for medical malpractice lawsuits are sometimes mocked as being frivolous in that they are seen by the common public as being "excessive"», in www.FrivolousLawsuit.com. Una domanda può essere considerata «frivola» poichè ad esempio le leggi esistenti vietano in modo inequivocabile una simile affermazione. Negli Stati Uniti, infatti, assume fondamentale importanza la *Rule 11* del *Federal Rules of Civile Procedure*, (c) *Sanctions*, in base alla quale «(1) In general. If, after notice and a reasonable opportunity to respond, the court determines that *Rule 11 (b)* has been violated, the court may impose an appropriate sanction on any attorney, law firm, or party that violated the rule or is responsible for the violation. Absent exceptional circumstances, a law firm must be held jointly responsible for a violation committed by its partner, associate, or employee». In merito alla natura della sanzione la *Rule 11* dispone che: «A sanction imposed under this rule must be limited to what suffices to deter repetition of the conduct or comparable conduct by others similarly situated. The sanction may include nonmonetary directives; an order to pay a penalty into court; or, if imposed on motion and warranted for effective deterrence, an order directing payment to the movant of part or all of the reasonable attorney's fees and other expenses directly resulting from the violation».

⁽²²⁾ Emblematici sono anche i casi più recenti: *Man vs. Himself* (1995); *Dukes Family vs. Killer Whale* (1999); *Peta vs. Division of Fish and Wildlife* (2001).

Il *Pacific Research Institute*⁽²³⁾, infatti, ha osservato come «the controversy over punitive damages awards, and the dollar amounts of such awards [...]. However, we believe that the focus of research on the number of punitive damages verdicts understates the scope and nature of the problem because the overwhelming majority of all lawsuits are resolved out of court».

In relazione a queste ultime già nel 1990 A. Katz⁽²⁴⁾ affermò che: «the fairness objection to frivolous lawsuits is that such suits can result in opportunistic persons obtaining payments to which they are not entitled, at the expense of innocent defendants who may be viewed as defrauded or under duress. The efficiency objection is that the rent-seeking occasioned by frivolous suits wastes resources both directly and indirectly. Direct costs include resources used in filing and defending such suits, as well as costs of investigations and discovery as defendant attempts to distinguish frivolous from genuine claims».

Mentre in Italia «le sentenze USA che contengono la condanna al risarcimento di tali danni non hanno trovato agevolmente accesso sul presupposto, come noto, che i danni punitivi in quanto tali sarebbero contrari all'ordine pubblico, ossia in contrasto con principi del nostro ordinamento giuridico ritenuti inderogabili⁽²⁵⁾».

Nell'ordinamento giuridico italiano, nel caso affrontato dalla Corte di appello di Venezia⁽²⁶⁾, i giudici italiani sono stati chiamati a pronunciarsi in tema di riconoscibilità della pronuncia americana di condanna al pagamento dei danni punitivi proprio in merito alla responsabilità da prodotto difettoso.

Nel caso di specie, P.J. adisce la Corte di appello di Venezia al fine di ottenere il riconoscimento della sentenza con la quale la Contea di Jefferson (Alabama) aveva condannato la Fimez S.p.a. al pagamento della somma di 1.000.000 di dollari USA a titolo di risarcimento danni per la morte del figlio P.V.K. che, a seguito dell'urto con un autoveicolo, perdeva il casco protettivo la cui fibbia di chiusura era prodotta dall'intima-

⁽²³⁾ HAYARD, *The Role of Punitive Damages in Civil Litigations: New Evidence from Lawsuit Filings*, in *PRI Study*, 3 gennaio 1996: «The California statutes governing punitive damages use exceptionally strong language to describe when punitive damages are appropriate. Punitive damages should be awarded where there is “clear and convincing evidence that a defendant has behaved with “malice”, or has engaged in “despicable conduct which is carried on by the defendant with a willful and conscious disregard of the rights or safety of others”».

⁽²⁴⁾ KATZ, *The effect of frivolous lawsuits on the settlement of litigation*, in *Int. rev. law econ*, 1990, p. 1.

⁽²⁵⁾ GARDENAL, *Danni punitivi statunitensi e incertezza del diritto italiano*, in *Diritto24*, rubrica del *Sole24Ore.com*, consultato il giorno 12 luglio 2012.

⁽²⁶⁾ Si tratta della sentenza del 2001 n. 1359 della Corte di Appello di Venezia, Sez. II Civ., emessa il giorno 8 maggio 2001 e depositata il 15 ottobre 2001.

ta, riportando lesioni gravissime che ne determinavano così il decesso.

La Corte di Appello di Venezia respingeva la domanda attorea ritenendo trattarsi di condanna a danno punitivo in contrasto con l'ordine pubblico; la Suprema Corte, chiamata a decidere su tale sentenza ritiene i motivi posti a fondamento del ricorso infondati poiché non costituisce criterio di impedimento alla delibazione in Italia di un provvedimento del giudice straniero la mancanza di motivazione.

Aggiunge la Corte poi come la clausola penale non è dotata di finalità sanzionatoria o punitiva, assolvendo la stessa funzione di liquidazione preventiva della prestazione risarcitoria.

Perdipiù la clausola di cui all'art. 1382 del codice civile non può ricondursi all'istituto dei *punitive damages* caratterizzato da una ingiustificata sproporzione tra l'importo liquidato ed il danno effettivamente subito.

Anche nella sentenza *de qua*, al pari di quella oggetto della presente trattazione, manifesto appare il problema inerente il collocamento delle nozioni di «punizione» e di «sanzione» all'interno dell'ordinamento giuridico italiano.

In esso, infatti, l'idea di sanzione è estranea al risarcimento del danno avendo la responsabilità civile il «compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguenze del danno arrecato. E ciò vale per qualsiasi danno, compreso il danno non patrimoniale o morale, per il cui risarcimento, proprio perché non possono ad esso riconoscersi finalità punitive, non solo sono irrilevanti lo stato di bisogno del danneggiato e la capacità patrimoniale dell'obbligato, ma occorre altresì la prova dell'esistenza della sofferenza determinata dall'illecito, mediante l'allegazione di concrete circostanze di fatto da cui presumerlo, restando escluso che tale prova possa considerarsi «*in re ipsa*»⁽²⁷⁾».

Merita ricordare anche la giurisprudenza tedesca che, per prima rispetto al resto dell'Europa, ha avuto modo di approfondire rilevanti aspetti in merito alle finalità dei *punitive damages*.

La *Bundesgerichtshof* (Corte di Cassazione) tedesca, con la sentenza del 4 giugno 1992⁽²⁸⁾ si pronunciava in merito all'impugnata decisione dell'*Oberlandesgericht* di Düsseldorf.

⁽²⁷⁾ Si veda Cass., 14 ottobre 1997, n. 10024; Cass., 29 maggio 1998, n. 12767 e Cass., 14 febbraio 2000, n. 1633.

⁽²⁸⁾ BGH, 4 giugno 1992, in *NJW*, 1992, p. 3096 ss., in *IPRax*, 1993, p. 310 ss. ed in *ZZP* (106. Band), 1993, p. 79 ss. Nel caso di specie ai giudici tedeschi veniva richiesto il riconoscimento di una pronuncia americana di condanna nei confronti di un cittadino tedesco al pagamento, oltre al risarcimento per le spese mediche patite, anche di quello inerente le spese future ed i danni non economici, in aggiunta all'esborso di \$ 400,00 a titolo di *punitive damages*.

Osservando che la determinazione dell'ammontare dei danni punitivi viene rimessa alla discrezionalità del giudice, nei paesi in cui tale istituto ottiene riconoscimento, la Corte di Cassazione tedesca ha sottolineato come la funzione punitiva e pedagogica dei *punitive damages* è caratteristica del diritto penale, risultando perciò impossibile l'esecuzione di una condanna per danni punitivi in assenza di alcuna indicazione circa i criteri di determinazione della stessa.

Anche all'interno della pronuncia tedesca viene nuovamente operato il riferimento all'ordine pubblico: quest'ultimo, disciplinato dal § 723, co. 2, secondo periodo e § 328, co. 1, n. 4 ZPO costituisce, infatti, limite alla dichiarazione di esecutività della condanna al pagamento dei danni punitivi contenuti nella sentenza statunitense.

«Infatti, l'ordinamento tedesco prevede quale conseguenza di un'azione illecita il risarcimento del danno e non anche l'arricchimento del danneggiato⁽²⁹⁾».

In altri ordinamenti, invece, il Legislatore ha avuto modo di intervenire in maniera decisiva.

In Giappone nel 2006 è stato stabilito⁽³⁰⁾ che «nell'eventualità che ad un'azione per responsabilità extracontrattuale sia applicabile il diritto di un Paese straniero, anche se i fatti ai quali tale diritto straniero sono applicabili costituiscono una violazione tanto del diritto di tale Paese straniero quanto del diritto giapponese, il soggetto leso non potrà pretendere risarcimenti o altro ristoro a suo favore superiori a quanto riconosciutogli ai sensi del diritto giapponese».

Nell'ordinamento giuridico italiano «l'incompatibilità dei danni punitivi nasce principalmente dalla natura bicipite del [...] sistema punitivo che comprende pene e misure di sicurezza e che tende a sottovalutare tutte le sanzioni che hanno una diversa portata afflittiva»⁽³¹⁾.

Sebbene alcuni giuristi italiani hanno sostenuto, tempo addietro, la possibilità di applicare i *punitive damages* anche all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, come dimostra ad esempio il tentativo effet-

Mentre però il *Landgericht* dichiarava esecutiva la decisione per la totalità della somma, la pronuncia del riconoscimento veniva impugnata dinanzi all'*Oberlandesgericht* di Düsseldorf, il quale aveva ritenuto che l'entità della somma liquidata a titolo compensativo e punitivo dovesse essere soggetta ad una diminuzione poiché in tal modo disposta era ritenuta contraria ai principi del sistema tedesco della responsabilità civile.

⁽²⁹⁾ CENDON, *La prova e il quantum nel risarcimento del danno non patrimoniale*, I, Milano, 2008, p. 185.

⁽³⁰⁾ Il principio è contenuto nel *General Act Related to the Applications of Laws*.

⁽³¹⁾ ALCARO, FENGA, MOSCATI, FENICE, TOMMASINI, *Valori della persona e modelli di tutela contro i rischi ambientali e genotossici, Esperienze a confronto*, Firenze, 2008, p. 356.

tuato dal Tribunale di Torre Annunziata con la decisione del 23 febbraio 2000, non mancano oggi timidi tentativi orientati a riconoscere il risarcimento del danno punitivo in alcune «branche» del diritto.

Infatti, l'attuale giurisprudenza di legittimità, seppur nell'ambito del diritto del lavoro⁽³²⁾, ha osservato come il diritto civile contempla istituti risarcitori sanzionatori di carattere afflittivo con funzioni di deterrenza.

Ciò, ad esempio, è previsto dall'art. 18, IV comma dello Statuto dei Lavoratori (l. n. 300/1970) in materia di risarcimento del danno da reintegrazione del lavoratore licenziato.

Oppure, ancora: con la recente sentenza n. 6490 del 2010 la Terza Sezione civile della Corte di Cassazione, riconosce una specie di *punitive damages* nel risarcimento del danno da diffamazione a mezzo stampa, sebbene l'istituto risarcitorio civilistico punitivo sia caratterizzato da una natura eccezionale, non trovando applicazione l'art. 12 della l. n. 47/1948 in riferimento alle ipotesi di condotte diffamatorie realizzatesi mediante testate giornalistiche non cartacee.

Così come, ad avviso di autorevole giurisprudenza⁽³³⁾, l'ultimo comma dell'art. 96 c.p.c., in materia di condanna per lite temeraria, con la riforma apportata dalla l. n. 69/2009, assolve non solo una funzione di tutela sanzionatoria, in funzione deterrente, bensì anche afflittiva e punitiva, costituendo esso istituto molto simile ai *punitive damages*.

4. Osservazioni

La pronuncia in esame, dunque, ancora una volta – sebbene orientamenti di segno opposto si cominciano ad intravedere – manifesta l'atteggiamento di netta chiusura da parte dell'ordinamento giuridico italiano verso i *punitive damages*, rispetto ai quali appunto la dottrina e la giurisprudenza italiana hanno avuto modo di confrontarsi in merito al riconoscimento ed alla esecuzione di sentenze straniere di condanna.

Per la prima volta l'incompatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico interno è stata riconosciuta dalla Corte di Cassazione nel 2007.

Ed ancora oggi essa trova conferma con la sentenza in esame.

La Suprema Corte costantemente sottolinea la funzione esclusivamente riparatoria della responsabilità civile, escludendo così ogni possibilità di ammettere i danni punitivi, nonostante la categoria degli interessi

⁽³²⁾ Si veda Cass., 6 giugno 2008, n.15067.

⁽³³⁾ Trib. Milano, ord. 20 agosto 2009; Trib. Varese, 30 ottobre 2009, n. 1094, in *Giur mer*, 2010, p. 431 ss.; Trib. Varese, 22 gennaio 2011, n. 98; Trib. Roma, sez. dist. Ostia, 9 dicembre 2010.

protetti e la stessa nozione di danno risarcibile siano oggi sottoposti ad un ampliamento significativo.

A ciò devono aggiungersi le pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione sul danno non patrimoniale⁽³⁴⁾, nelle quali al «nuovo» danno non patrimoniale viene riconosciuto una funzione prettamente riparatoria. Mentre un'opinione minoritaria della dottrina⁽³⁵⁾ propende per l'introduzione nel nostro ordinamento di un istituto affine ai *punitive damages*, dall'altro lato vi è chi ne ritiene l'impossibilità per esso di adeguarsi alla configurazione di responsabilità civile presente nel nostro ordinamento.

Figure analoghe ai *punitive damages* potrebbero, invero, trovare applicazione soltanto abbandonando l'ambito risarcitorio ed individuando nel concetto di danno non solo la *deminutio* patrimoniale ma anche l'annientamento di valori morali.

Quindi, «il nuovo statuto risarcitorio del danno alla persona è, dunque, ancora ben lungi dall'essere definito: potrebbe essere graficamente rappresentato come una cornice incolore (la categoria unitaria del danno non patrimoniale) che contiene un disegno che "descrive" [...] figure dai tratti volutamente sfumati e, quindi, suscettibili di essere interpretate diversamente da chi le osserva (nel duplice possibile significato del termine) [...]»⁽³⁶⁾.

In maniera tale che anche il diritto civile raggiunga la tanto «sospirata» autonomia dal diritto penale.

Abstract

The present study aims to examine the institution of «punitive damages» in the Italian legal system. A part of it is devoted to the recent judgment of the Supreme Court on the award of damages. Another sec-

⁽³⁴⁾ Cass., SS.UU., 11 novembre 2008, n. 26972; Cass., SS.UU., 11 novembre 2008, n. 26973; Cass., SS.UU., 11 novembre 2008, n. 26974 e Cass., SS.UU., 11 novembre 2008, n. 26975.

In tema di danno non patrimoniale di significativa importanza sono le note pronunce della Cassazione 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828 mediante le quali si è affermato il principio per il quale «il danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 [...] costituisce categoria unitaria non suscettiva di suddivisione in sottocategorie».

⁽³⁵⁾ DE SARZANA, *Il legal transplant dei danni punitivi nel diritto italiano*, in *Liber Amicorum* dedicato a F.D. Busnelli, *Il diritto civile tra principi e regole*, Milano, 2008, p. 572 ss.

⁽³⁶⁾ BUSNELLI, *Non c'è quiete dopo la tempesta. Il danno alla persona alla ricerca di uno statuto risarcitorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 131.

tion is devoted to the illustration below practical cases in wich the institution of punitive damages has been applied. And finally the concluding remarks, together with the above elements, want to allow the reader to reflect on whether and any possibility that this institution can be justified even within our system.

TRIBUNALE VENEZIA 25 agosto 2011 (decreto) -
FIDANZIA Giudice del Registro - P. L. ricorrente

ARBITRATO - ARBITRATO NON RITUALE - ARBITRATO SOCIETARIO - DISCIPLINA - COMPATIBILITÀ

(d.lgs. n. 5/2003 artt. 34, 35; C.p.C artt. 808 *ter*; 669 *quinquies*)

ARBITRATO - ARBITRATO SOCIETARIO - ISCRIZIONE NEL REGISTRO DELLE IMPRESE DEL LODO IRRITUALE - LEGITTIMAZIONE DEL SOGGETTO RICHIEDENTE IL DEPOSITO (d.lgs. n. 5/2003 art. 35; C.c. art. 2470)

L'esigenza di pubblicità sottesa all'obbligo di iscrizione della domanda di arbitrato societario e del successivo lodo non si pone solo nell'arbitrato rituale ma deve essere parimenti avvertita anche in quello irrituale. Ai fini dell'iscrizione nel Registro delle Imprese, il deposito del lodo societario irrituale non va assoggettato alla disciplina dell'art. 2470 c.c., rientrando, invece, nella previsione di cui all'art. 35 d.lgs. n. 5/2003.

Omissis. - Rilevato che il sig. P. ha chiesto la cancellazione ex art. 2191 c.c. dal Registro delle Imprese di Venezia dell'iscrizione del lodo irrituale 9/2/2011 che ha risolto una controversia in tema di trasferimento quote sul rilievo che:

1) l'iscrizione è stata richiesta da soggetto non legittimato, il sig. A.T., peraltro neppure amministratore della società,

2) l'iscrizione non rispetta l'art. 2470 c.c. che prevede, quale forma dell'atto di trasferimento di partecipazioni di s.r.l. ai fini dell'iscrizione del Registro delle Imprese la scrittura privata autenticata da notaio, e ciò sul presupposto che il lodo irrituale ha natura contrattuale e richiede, ai fini dell'iscrizione nel R.I. la forma prescritta per tali atti;

che questo giudicante non condivide l'impostazione di parte ricorrente;

che, in particolare, l'articolo 35, primo comma, del dlgs n. 5/03 stabilisce che la domanda di arbitrato proposta dalla società o in suo confronto è depositata presso il Registro delle Imprese ed è accessibile ai soci;

che tale prescrizione si fonda sul rilievo che poiché gli effetti della decisione potrebbero interessare una pluralità di soggetti, è necessario che la pendenza del procedimento arbitrale sia resa nota con il deposito nel Registro delle Imprese, affinché tutti possano prenderne atto e

decidere sull'opportunità di un eventuale intervento nel procedimento;
che quindi il deposito della domanda costituisce una forma di garanzia per tutti coloro che potrebbero essere, in qualche modo, toccati dall'esito del procedimento arbitrale;

che connessa al deposito della domanda di arbitrato è la previsione del deposito dell'ordinanza di sospensione e del lodo che decide sull'impugnazione, da iscriversi a cura degli amministratori nel Registro delle imprese a norma del comma 5-*bis* dell'articolo 35 del decreto;

che neppure può ritenersi che il legislatore abbia voluto circoscrivere l'applicabilità dell'art. 35 (compreso il suo comma 5° bis) al solo arbitrato rituale atteso che l'esigenza di pubblicità sottesa all'obbligo di iscrizione della domanda e del successivo lodo non si pone solo nell'arbitrato rituale ma deve essere parimenti avvertita anche in quello irrituale;

che, peraltro, la distinzione tra le due tipologie di arbitrato si è notevolmente attenuata proprio con la riforma del diritto societario che ha espressamente previsto la possibilità di ricorrere alla tutela cautelare avanti al giudice ordinario, a norma dell'articolo 669-*quinquies* c.p.c., pur in presenza di un arbitrato irrituale;

che, pertanto, non si condivide l'opinione che il lodo irrituale, in quanto avente natura contrattuale, dovrebbe essere assoggettato alla disciplina, ai fini dell'iscrizione nel Registro delle Imprese, dell'art. 2470 c.c., rientrando invece nella previsione di cui all'art. 35 dlgs n. 5/03; - *Omissis*.

In ordine alla legittimazione all'iscrizione, se è pur vero che la stessa è stata effettuata da soggetto non legittimato, tuttavia, deve ritenersi una irregolarità sanata dalla condotta della società, unica legittimata nella persona dei suoi amministratori, che nella comparsa di costituzione del 2.5.2011, ha dichiarato di voler ratificare il deposito effettuato dal T.;

che, pertanto, il ricorso deve essere rigettato; - *Omissis*.

Il lodo irrituale nell'arbitrato societario secondo la disciplina dettata negli artt. 34 ss. del d.lgs. n. 5/2003

Sabrina Pelillo
Legale interno di banca

SOMMARIO: 1. Il caso. - 2. L'inderogabilità del procedimento arbitrale nel d.lgs. n. 5/2003. - 3. Il percorso argomentativo: peculiarità dell'iscrizione nel Registro delle Imprese ex art. 35 d.lgs. n. 5/2003. - 4. (Segue) La possibile devoluzione della controversia in arbitrato societario non rituale. - 5. Conclusioni.

1. Il caso

La vicenda oggetto di disamina trae origine dal ricorso promosso dal socio di una s.r.l., ai sensi dell'art. 2191 c.c., avanti il Tribunale di Venezia, in funzione di Giudice del Registro delle Imprese, volto ad ottenere la cancellazione dal registro medesimo dell'iscrizione del lodo irrituale che aveva definito una controversia societaria in tema di trasferimento di quote.

I motivi adottati dal ricorrente a sostegno della richiesta di cancellazione dell'iscrizione si sono fondati su due distinte argomentazioni: da un lato, sull'asserita carenza di legittimazione del soggetto che ha richiesto l'iscrizione del lodo irrituale, in quanto non eseguita dall'amministratore; dall'altro, sulla pretesa violazione della disposizione di cui all'art. 2470 c.c. il quale, al secondo comma, richiede, quale forma dell'atto di trasferimento di partecipazioni di s.r.l. ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese, la scrittura privata autenticata da notaio, e ciò sul rilievo che il lodo irrituale ha natura contrattuale e, in quanto tale, ai fini dell'iscrizione richiede la forma solenne prescritta per tali atti.

Il Giudice del Registro, non condividendo le argomentazioni del ricorrente, ha rigettato il ricorso.

Nell'affrontare la questione, l'Organo giudicante muove dalla considerazione secondo cui la disciplina del caso di specie non discende dall'applicazione delle norme civilistiche, ovvero dall'art. 2470, co. 2, c.c., ma

va ricondotta al *corpus* normativo, autonomo e definito, introdotto dal legislatore della riforma societaria con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5.

In particolare, il Giudice, dopo aver richiamato le disposizioni di cui all'art. 35 del d.lgs. n. 5/2003, e sostenuta l'applicazione di esse anche alla fattispecie dell'arbitrato societario irrituale, ha respinto il ricorso.

2. Linderogabilità del procedimento arbitrale nel d.lgs. n. 5/2003

Il provvedimento che qui si annota affronta il tema dell'ammissibilità dell'arbitrato irrituale nell'arbitrato societario.

Venendo ad esaminare gli aspetti rilevanti della pronuncia in oggetto, peraltro alquanto sintetica nelle proprie argomentazioni, appare opportuna una breve disamina delle teorie che, dall'entrata in vigore della riforma societaria sino ad oggi, hanno caratterizzato il panorama dottrinale e giurisprudenziale incentrandosi sull'individuazione dei rapporti sussistenti tra arbitrato comune e arbitrato societario, e tra quest'ultimo modello arbitrale e quello irrituale.

In relazione al primo argomento, i copiosi contributi offerti dalla dottrina e dalla giurisprudenza hanno dato origine a due distinte e contrapposte teorie.

Un primo orientamento ha sostenuto la tesi del c.d. "modello esclusivo" dell'arbitrato societario⁽¹⁾ secondo la quale il legislatore, nel realizzare il sistema normativo di cui agli artt. 34 ss. del d.lgs n. 5/2003, ha inteso disciplinare, in modo autonomo ed esclusivo, anche in ambito societario, l'istituto dell'arbitrato, prevedendolo, dunque, come unico possibile per le società commerciali, con la sola espressa esclusione delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio *ex art. 2325 bis c.c.*

Secondo tale orientamento, il legislatore della riforma societaria avrebbe impiegato appositamente delle formule letterali, nel *corpus*

(1) In dottrina, tra i tanti: PICCOLO, *Arbitrato societario tra esclusività ed alternatività di modelli*, in *Notariato*, 2011, p. 137 ss.; MIRANDA, *La clausola compromissoria: applicazione e invalidità*, in *Società*, 2010, p. 288 ss.; CERRATO, *Arbitrato societario e doppio binario: una svolta?*, in *Giur. It.*, 2007, p. 4 ss. a commento di App. Torino, 8 marzo 2007; CORSINI, *La nullità della clausola compromissoria statutaria e l'esclusività del nuovo arbitrato societario*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 809 ss.; in giurisprudenza v.: Trib. Milano, 7 gennaio 2010, in *Giur. It.*, 2010, p. 2366; Trib. Modena, 5 febbraio 2010, in *Società*, 2010, p. 894 ss.; Trib. Milano, 18 settembre 2008, in *Società*, 2009, p. 322 ss.; Trib. Milano, 22 settembre 2006, in *Giur. It.*, 2006, p. 400; App. Torino 4 agosto 2006, in *Corr. Merito*, 2006, p. 1259; Trib. Milano, 9 novembre 2005, in *Società*, 2006, p. 750; Trib. Trento, 8 aprile 2004, ord., in *Società*, 2004, p. 998 ss., con nota di Morellini, *Artt. 34 ss., d.lgs. n. 5/2003: ambito di applicazione e nullità della clausola compromissoria*.

normativo di cui si tratta, al fine di esplicitare il carattere di unicità del procedimento arbitrale endosocietario.

In particolare, la previsione della nullità assoluta comminata dall'art. 34 del d.lgs n. 5/2003 e l'emblematico titolo della rubrica dell'art. 35 del richiamato decreto («*Disciplina inderogabile del procedimento arbitrale*») comproverebbero la volontà del legislatore di conferire un carattere di esclusività al modello di arbitrato societario fondato su clausola compromissoria da statuto, ponendosi, dunque, come unica forma arbitrale consentita in ambito endosocietario, alternativa alla giurisdizione ordinaria. *Tertium non datur*.

Di segno opposto è la tesi accolta dalla più recente dottrina e giurisprudenza⁽²⁾ – anche alla luce della riforma del codice di rito del 2006 che, come noto, ha attenuato le differenze intercorrenti tra i due istituti arbitrali – la quale, per converso, negando il carattere esclusivo dell'arbitrato societario, riconosce l'esistenza di un doppio modello arbitrale opzionabile per le società commerciali. Secondo l'orientamento in parola, l'arbitrato societario di cui al d.lgs. n. 5/2003 e l'arbitrato di diritto comune non si escluderebbero vicendevolmente, ma, al contrario, sarebbero tra loro concorrenti.

Detta conclusione poggia sulla considerazione secondo cui il procedimento arbitrale societario delineato dagli artt. 34 ss. del citato decreto costituisce un rito definito, compiuto, avente una propria peculiare autonomia rispetto all'arbitrato di diritto comune del quale, pertanto, non rappresenta una mera *species* ma diviene, per le parti che intendano devolvere la controversia per arbitri, un'opzione alternativa al modello normato dal codice di rito⁽³⁾.

A conforto di quanto precede soccorre il rilievo secondo cui nell'ordinamento giuridico non è individuabile alcuna disposizione di legge che attribuisca un carattere di esclusività all'istituto dell'arbitrato societario fondato su clausola compromissoria da statuto.

⁽²⁾ Si veda in dottrina tra molti: PICCOLO, *op. cit.* p. 137 ss., PAGNI, *Arbitrato Societario e arbitrato di diritto comune in materia societaria dopo l'intervento della Cassazione n. 24867/2010*, in *Società*, 2011, p. 450 ss.; MIRANDA, *op. cit.* p. 288 ss.; CERRATO, *op. cit.* p. 4 ss.; Sali, *L'arbitrato per le nuove società. Dodici (piccoli) nodi applicativi e qualche proposta*, in *Giur. It.*, 2005, p. 2 ss.; SALAFIA, *Il nuovo arbitrato societario e altre questioni*, nota a Trib. Latina, 22 giugno 2004, in *Società*, 2005, p. 97 ss. In giurisprudenza, v.: App. Napoli, 14 gennaio 2009, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, p. 355 ss.; App. Torino, 4 settembre 2007, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 546 ss.; App. Torino, 8 marzo 2007, in *Giur. It.* 2007, p. 906 ss.; Trib. Bologna, 25 maggio 2005, in *Giur. It.*, 2005, 2006, p. 1639 ss.; Trib. Genova, 7 marzo 2005, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 809 ss.

⁽³⁾ Cfr., tra molti, PICCOLO, *op. cit.*, p. 137 ss.; MIRANDA, *op. cit.*, p. 288 ss.; CERRATO, *op. cit.*, p. 4 ss.; in giurisprudenza cfr. tra tutte: App. Torino, 8 marzo 2007, *cit.*, p. 906.

Al contrario, diversi indici rivelatori contribuiscono a far propendere per la soluzione opposta.

L'uso del verbo servile «possono» da parte del legislatore nella disposizione di cui all'art. 34, co. 1, d.lgs. n. 5/2003 parrebbe riconoscere in capo alle società che intendano avvalersi dell'opzione arbitrale societaria la configurazione di una facoltà e non di un obbligo, una facoltà che si estrinseca nella scelta tra il modello arbitrale societario e quello disciplinato dal codice di rito.

Ancora più esplicitamente, nella Relazione Ministeriale di accompagnamento del d.lgs. n. 5/2003 relativamente al modello di arbitrato societario si legge il seguente passo: «...[...]la formulazione del testo contribuisce alla creazione di una compiuta *species* arbitrale, che si sviluppa senza pretesa di sostituire il modello codicistico», che lascia trasparire come l'intento del riformatore del 2003 sia stato quello di introdurre e di disciplinare un modello di arbitrato in ambito societario destinato ad affiancare, e non a sostituire, il modello previsto dal codice di rito.

Alla luce di quanto appena affermato, per quanto concerne il prescritto requisito dell'inderogabilità del procedimento arbitrale di cui alla rubrica dell'art. 35 del d.lgs. n. 5/2003, secondo l'orientamento in parola, esso deve essere inteso non come affermazione dell'esistenza di un'unica procedura arbitrale possibile in ambito endosocietario, alternativa alla sola giurisdizione ordinaria, bensì come negazione di un'applicazione frazionata delle previsioni di cui agli artt. 34 ss. del richiamato decreto, con la conseguenza che ad essere derogabile è l'arbitrato societario inteso come modello arbitrale, non l'intero corpo normativo che lo regola.

3. Il percorso argomentativo: peculiarità dell'iscrizione nel Registro delle Imprese ex art. 35 d.lgs. n. 5/2003

Venendo al caso concreto, alle medesime conclusioni sopra illustrate è pervenuto anche il Giudice del Registro *de quo*, il quale, chiamato a giudicare l'asserita irregolare iscrizione di un lodo irrituale fondato su clausola compromissoria da statuto, correttamente ha ritenuto la fattispecie sottoposta alla propria cognizione inquadrabile nella disciplina di cui all'art. 35 del d.lgs. n. 5/2003 negando, conseguentemente, l'applicabilità della disciplina codicistica di cui all'art. 2470, co. 2, c.c. con particolare riferimento alla forma prescritta, ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese, dell'atto di trasferimento di partecipazioni.

In particolare, l'art. 35, co. 1, d.lgs. n. 5/2003 prevede l'obbligo di deposito presso il registro delle imprese della domanda di arbitrato promossa dalla società o contro di essa affinché sia accessibile ai soci. Dal

tenore letterale della disposizione in esame si rileva come, da un lato, il legislatore con la previsione di siffatto obbligo abbia inteso assicurare la trasparenza societaria anche in materia di arbitrato e favorire la pluri-soggettività della controversia, e, dall'altro, abbia limitato il diritto di accesso ai soli soci, escludendo, dunque, i terzi⁽⁴⁾.

Ne deriva che prevalente è stata ritenuta la tutela delle esigenze di riservatezza proprie delle vicende societarie rispetto agli interessi dei terzi non soci, ai quali è comunque riconosciuta, a mente dell'art. 35, co. 2, del d.lgs. n. 5/2003, la possibilità di intervenire nel procedimento arbitrale societario, seppur al buio, in quanto privati della possibilità di consultare ed estrarre copia della domanda di arbitrato.

Restano escluse dall'obbligo di deposito presso il registro delle imprese, secondo la previsione in oggetto, le domande di arbitrato tra soci, nonché quelle nelle quali la società non risulta parte del procedimento.

Nell'ambito di questa particolare tipologia di arbitrato, l'esigenza di pubblicità non investe la sola domanda di arbitrato societario: la disposizione di cui all'art. 35, co. 5-*bis*, del d.lgs. n. 5/2003 richiede espressamente il deposito presso il registro delle imprese, effettuato a cura degli amministratori, dei dispositivi dell'ordinanza di sospensione e del lodo che decide sull'impugnazione.

In relazione a quanto precede, ritornando al caso di specie, il Giudice ha sostenuto che l'iscrizione nel registro delle imprese del lodo irrituale sia stata effettuata *secundum legem*, in quanto avvenuta nel rispetto della richiamata norma societaria che, contrariamente a quanto prescrive l'art. 2470, co. 2, c.c., non richiede alcuna forma solenne per l'atto traslativo oggetto di iscrizione e individua negli amministratori, e non nel notaio rogante o autenticante, il soggetto legittimato a provvedere al deposito del lodo.

In proposito, per quanto attiene al rispetto di quest'ultimo requisito, il Giudice, pur riconoscendo, nel caso di specie, l'irregolarità dell'iscrizione perché richiesta da soggetto non legittimato, ha ritenuto superata l'originaria mancanza del prescritto requisito a fronte della successiva condotta della società - unica legittimata a richiedere l'iscrizione a mente della disposizione in oggetto - che ha ratificato in sede di comparsa di risposta l'iscrizione *de qua*.

(4) Cfr. sul punto MIRANDA, *op. cit.*, p. 288 ss.; SALI, *op. cit.*, p. 2 ss.

4. (Segue) La possibile devoluzione della controversia in arbitrato societario non rituale

Il Giudice del Registro perviene alla decisione di rigetto facendo propri i principi di quella parte della dottrina e della giurisprudenza⁽⁵⁾ che afferma sussistente la compatibilità tra arbitrato irrituale e arbitrato societario. Questi, infatti, ritiene fondata l'applicazione della disposizione di cui all'art. 35, co. 5-*bis*, del d.lgs. n. 5/2003 non solo nei casi di devoluzione per arbitrato rituale, ma anche in quelli per arbitrato irrituale.

Invero, secondo il provvedimento in esame il fondamento di tale *vis* estensiva in favore del modello arbitrale irrituale va individuato nel dato testuale presente nell'art. 35, co. 5, del d.lgs. n. 5/2003, il quale, ricalcando la disposizione di cui all'art. 669 *quinquies* del codice di rito, espressamente prevede, sia pure *incidenter tantum*, la possibilità di un arbitrato irrituale in materia endosocietaria.

In particolare, la norma ora richiamata prevede che la devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'art. 669 *quinquies* c.p.c..

A parer della dottrina e a giudizio del giudice *de quo*, così disponendo il legislatore ha riconosciuto, sia pure incidentalmente, la configurabilità di un arbitrato irrituale in materia endosocietaria, con conseguente applicazione anche in relazione a tale modello arbitrale della disciplina di cui al d.lgs. n. 5/2003, così intendendo addivenire ad un definitivo superamento dell'annosa distinzione tra arbitrato rituale e arbitrato irrituale⁽⁶⁾.

5. Conclusioni

La decisione in commento si innesta chiaramente nel solco di quell'orientamento che sostiene superata la tradizionale distinzione tra l'arbitrato rituale e l'arbitrato non rituale sulla scorta di quanto prescritto nella disposizione di cui all'art. 35, co. 5, d.lgs. n. 5/2003. Il dettato

⁽⁵⁾ Si veda al riguardo, in dottrina: PAGNI, *op. cit.*, p. 450 ss.; SOLDATI, *La domanda di arbitrato*, in *Contratti*, 2010, p. 961 ss.; PICARONI, *Limiti soggettivi all'applicazione dell'arbitrato societario, eccezione di compromesso e compatibilità con l'arbitrato irrituale*, in *Società*, 2008, p. 762 ss.; SOLDATI, *L'arbitrato societario alla luce della riforma*, in *Contratti*, 2007, p. 825 ss.; in giurisprudenza v. Cass., 13 aprile 2001, n. 5527, in *Mass. Giust. Civ.*, 2001; Cass. Sez. Un., 3 agosto 2000, n. 527, in *Riv. arb.*, 2000, p. 699; più recentemente: App. Napoli, 14 gennaio 2009, *cit.*, p. 355; App. Torino, 8 marzo 2007, *cit.*, p. 906; Trib. Bologna, 25 maggio 2005, *cit.*, p. 1639.

⁽⁶⁾ Cfr. fra tutti PICARONI, *op. cit.*, p. 762.

normativo della citata disposizione, nel riconoscere la possibilità di ricorrere alla tutela cautelare anche nell'ambito di una procedura arbitrale irrituale, costituisce un importante argomento a favore della compatibilità tra l'arbitrato societario e l'arbitrato non rituale.

Tuttavia, per dovere di verità, non si può trascurare che, nonostante il graduale consolidamento del richiamato orientamento e l'intervento della novella del 2006 che, nel riformare le norme del codice di rito sul procedimento arbitrale, ha realizzato una sensibile mitigazione tra le differenze intercorrenti le forme di arbitrato rituale e quello irrituale, resta ancora forte il radicamento dell'opinione contraria.

Abstract

In this work, the author deals with the theme of the eligibility of "Arbitrato Irrituale" in corporate law.

