

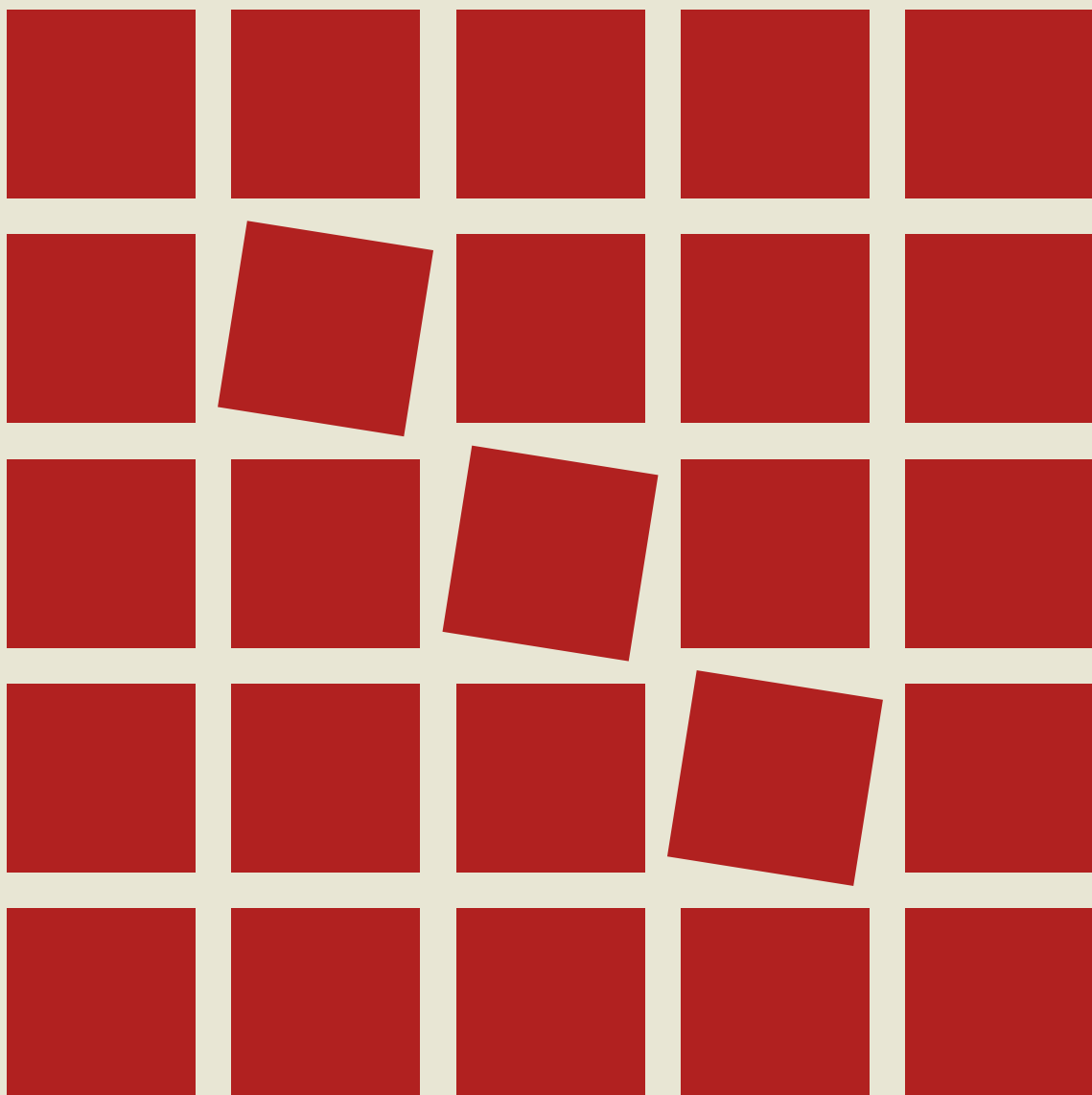
Ricerche giuridiche

ISSN 2281-6100

Vol. 2 – Num. 1
Giugno 2013



Edizioni
Ca' Foscari





© 2013 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

- 9 *La nuova disciplina delle relazioni commerciali e dei contratti di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari. Note a prima lettura*
Silvia Zorzetto
- 38 *La responsabilità dei condòmini per le obbligazioni contratte dall'amministratore*
Marco Ticozzi
- 55 *Le operazioni di trasformazione e di fusione. In particolare, le fusioni con indebitamento e la nuova disciplina in materia di assistenza finanziaria*
Lorenzo De Angelis
- 95 *Il quadro sistematico dei principi contabili internazionali: una fonte di regolamentazione contabile in evoluzione*
Chiara Saccon

PARTE II PAPERS

- 119 *Il collegamento negoziale ed il contratto di credito ai consumatori*
Antonella Floris, Annarita Freda, Ilenia Rapisarda
- 165 *Compravendita di opera d'arte non autentica*
Nicola Alessandro Tacente
-

173 *L'estinzione delle società: la portata dell'art. 2495 c.c. e i risvolti processuali della cancellazione dal registro delle imprese*
Andrea Zorzi

192 *Le clausole sociali e il sistema di preferenze generalizzate dell'Unione europea*
Alessia Morato

PARTE III
OSSERVATORIO

235 *Il regime delle sanzioni ONU contro sospetti terroristi al vaglio della Corte Edu: luci (e qualche ombra) in relazione allo standard europeo di tutela dei diritti umani fondamentali*
Nota a Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera,
12 settembre 2012, ric. 10593/08
Sara De Vido

256 *Concordato preventivo, postergazione volontaria del credito e diritto di voto*
Nota a Trib. Venezia, sez. fall., 19 marzo 2010
Mauro Pizzigati

PARTE I

SAGGI

La nuova disciplina delle relazioni commerciali e dei contratti di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari. Note a prima lettura

Silvia Zorzetto

Assegnista di ricerca nell'Università degli Studi di Milano

SOMMARIO: 1. Sintesi dei contenuti ed entrata in vigore della normativa. – 2. “Corsi” e “ricorsi” nel diritto dei contratti d’impresa. – 3. Micro-mercati e filiere agricole e agro-alimentari. – 4. I contratti di cessione: fattispecie, requisiti e rimedi. – 5. Le pratiche commerciali sleali. – 6. I termini di pagamento e fatturazione e gli interessi moratori.

1. Sintesi dei contenuti ed efficacia della normativa

L’art. 62 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 convertito, con modificazioni, in l. 24 marzo 2012, n. 27 e s.m. («art. 62 d.l. Cresci Italia» o «art. 62»)⁽¹⁾ e le successive disposizioni di attuazione emanate con il decreto del Ministero per le Politiche agricole, alimentari e forestali del 19 ottobre 2012, n. 199 (“il Regolamento”) recano una nuova disciplina speciale in materia di contratti di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari e di relazioni commerciali nel settore⁽²⁾.

(1) Cfr. art. 36-bis, co. 1, lett. a) e b), d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 conv., con mod., in l. 17 dicembre 2012 n. 221.

(2) Tra i primi commenti, oltre a quelli ricordati nelle note successive, si segnalano: GERMANÒ, *Sul contratto di cessione di prodotti agricoli e alimentari*, in *Dir. giur. agr. alim. e ambiente*, 2012, p. 379 ss.; ID., *Ancora sul contratto di cessione di prodotti agricoli e alimentari: il decreto ministeriale applicativo dell’art. 62 del d.l. 1/2012*, in *Dir. giur. agr. alim. e ambiente*, 2012, p. 517 ss.; ALBISINNI, *La nuova disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari (o alimentari?)*, in *Riv. dir. alim.*, 2012, n. 2, p. 33 ss., disponibile all’indirizzo www.rivistadirittoalimentare.it/, consultato il 2 maggio 2013; ARTOM, *Disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari*, in *Riv. dir. alim.*, 2012, n. 3, p. 42 ss., disponibile all’indirizzo www.rivistadirittoalimentare.it/, consultato il 2 maggio 2013; FRASCARELLI, *Gli effetti diretti sul settore agroalimentare degli interventi per la stabilizzazione, lo sviluppo e il mercato del lavoro*, in *Crisi economica e manovra di stabilizzazione. Quali effetti per l’agroalimentare?*, a cura di De Filippis, Roma, 2012, p. 85 ss., spec. p. 99-105, disponibile all’indirizzo

La normativa in parola regola la «forma» e taluni «elementi essenziali» dei predetti contratti, salvo quelli conclusi con il consumatore finale, prevedendo apposite sanzioni amministrative pecuniarie (cfr. co. 1 dell'art. 62 e artt. 1, 2 e 3 del Regolamento).

Introduce divieti di comportamento e sanzioni per gli operatori economici del settore, identificando una serie di «pratiche commerciali sleali» relative a tali rapporti commerciali (cfr. co. 2 dell'art. 62 e art. 4 del Regolamento e allegato al medesimo).

Impone particolari termini di pagamento e modalità di fatturazione del corrispettivo dei prodotti agricoli e agroalimentari e modifica la disciplina degli interessi di mora per il ritardo nel pagamento in particolare relativamente ai «prodotti alimentari deteriorabili» (cfr. commi 3, 4, 7 e 11 dell'art. 62 e artt. 5 e 6 del Regolamento).

Attribuisce all'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato la vigilanza sull'applicazione della normativa e l'irrogazione delle sanzioni da essa previste, i cui introiti sono riassegnati al relativo Fondo e destinate a finanziare iniziative di informazione in materia alimentare a vantaggio dei consumatori, attività di ricerca, studio e analisi in materia alimentare nell'ambito dell'Osservatorio unico delle Attività produttive, nonché le iniziative in materia agroalimentare del Ministero per le Politiche agricole, alimentari e forestali (cfr. commi 8 e 9 dell'art. 62 e art. 7 del Regolamento).

Contempla forme di tutela anche collettiva promosse dalle associazioni dei consumatori aderenti al CNCU e delle categorie imprenditoriali presenti nel CNEL o comunque rappresentative a livello nazionale, e di natura inibitoria ai sensi degli artt. 669-*bis* e ss. c.p.c. (cfr. co. 10 dell'art. 62).

L'art. 62 d.l. Cresci Italia è diventato efficace e va quindi considerato a tutti gli effetti applicabile a decorrere dal 24 ottobre 2012 (cfr. co. 11-*bis* dell'art. 62).

Tuttavia, il 23 novembre 2012 è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il Regolamento il quale ha fissato *dies a quibus* di efficacia distinti, da un lato, per le norme di attuazione relative ai requisiti di forma-contenuto di cui all'art. 62, co. 1; dall'altro lato, per quelle relative alle pratiche commerciali sleali e ai termini e agli interessi di mora per il ritardato pagamento.

Queste ultime si applicano in ogni caso e «automaticamente», cioè immediatamente a partire dalla entrata in vigore del Regolamento il 23 novembre 2012, a tutte le relazioni commerciali e i contratti di cessione, anche ove essi difettino dei requisiti di forma-contenuto previsti dalle nuove norme.

Invece, quanto alla conformità a tali requisiti, occorre distinguere tra i nuovi contratti e i contratti già in essere al 24 ottobre 2012. Questi

www.gruppo2013.it/, consultato il 2 maggio 2013; FRISCOLANTI, *Le nuove regole per gli scambi commerciali nella filiera agroalimentare*, in *Agric.*, 2012, n. 6, p. 5 ss.

ultimi dovevano difatti essere adeguati entro il 31 dicembre 2012. Fanno eccezione i «contratti stipulati in presenza di norme» europee che prevedono «termini» per la loro stipulazione, nel qual caso i medesimi «devono essere adeguati per la campagna agricola successiva» (cfr. art. 8 del Regolamento). La previsione va coordinata con le norme europee in materia di contratti nel settore dell'agricoltura, a cominciare da quelle relative alla politica agricola comune e all'organizzazione comune dei mercati agricoli⁽³⁾, che definiscono anche i termini di inizio e fine delle campagne relative ai prodotti agricoli o alle produzioni agricole.

Inoltre, a norma dell'art. 1, co. 1 e 2 del Regolamento, le nuove norme sono «norme ad applicazione necessaria ai sensi dell'articolo 9 del Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali»; esse quindi si applicano ai contratti di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari e alle corrispondenti relazioni commerciali «la cui consegna avviene nel territorio della Repubblica italiana», indipendentemente da quale sia la legge regolatrice del contratto o rapporto⁽⁴⁾. Il richiamo al Reg. (CE) n. 593/2008 vale sul presupposto che gli elementi di collegamento siano intra-UE, ma anche nel caso di elementi di internazionalità extra-comunitari le nuove norme vanno considerate di applicazione necessaria⁽⁵⁾, e ciò in forza di un'interpretazione costituzionalmente orientata, conforme ai principi di eguaglianza e ragionevolezza, per evitare un trattamento irragionevolmente diverso tra rapporti intra- ed extra-UE. Piuttosto, si può rilevare l'inopportunità che una simile soluzione di natura internazional-privatistica sia stata adottata da una fonte attuativa di rango secondario, anziché dal legislatore⁽⁶⁾. Sia come sia, la norma in questione suggerisce che la nuova disciplina costituisce un'applicazione del principio di ordine pubblico economico europeo⁽⁷⁾.

(3) Il quadro di riferimento consta oggi del Reg. (CE) n. 1782/2003 del Consiglio del 29 settembre 2003 e dei successivi regolamenti del 2003 e del 2004 previsti dalla Riforma Fischler della PAC, ed è destinato a mutare nei prossimi mesi con la nuova PAC 2014-2020: cfr. *La nuova Pac 2014-2020. Un'analisi delle proposte della Commissione*, a cura di DE FILIPPIS, Roma, 2012, in www.gruppo2013.it/, consultato il 27 aprile 2013.

(4) Sul punto cfr. Cons. St., sez. cons. Atti Normativi del 27 settembre 2012, parere n. 4203/2012 in data 8 ottobre 2012.

(5) In tal caso la norma di riferimento è l'art. 17 della l. 218/1995.

(6) Non vi è una riserva assoluta di legge in materia di diritto internazionale privato, sicché i commi 1 e 2 dell'art. 1 del Regolamento non sono di per sé illegittimi. L'anomalia è però evidente.

(7) Sulla nozione v. ad es. PESCATORE, *Forme di controllo, rapporti tra imprenditori e ordine pubblico economico*, in *Obbl. contr.*, 2012, n. 3, p. 166 ss.

2. “Corsi” e “ricorsi” nel diritto dei contratti d’impresa

La disciplina in esame merita attenta considerazione sia dal punto di vista pratico per l’impatto che essa è destinata ad avere nel settore agroalimentare, sia dal punto di vista dogmatico⁽⁸⁾, cioè in punto di teoria generale del contratto e, in particolare, rispetto alla categoria dei contratti d’impresa⁽⁹⁾.

Dal punto di vista pratico, la nuova normativa, pur essendo indiscutibilmente speciale in quanto destinata a una determinata categoria di operazioni e attori economici, ha un ambito di applicazione assai ampio e quindi avrà ricadute notevolissime sul piano operativo. Si applica difatti alle cessioni di «prodotti agricoli e alimentari» e alle relazioni commerciali delle relative filiere (cfr. art. 62, co. 2 e art. 1 del Regolamento). E dal momento che i «prodotti agricoli» sono quelli dell’allegato I di cui all’art. 38, co. 3, del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, mentre i «prodotti alimentari» sono quelli di cui all’art. 2 del Reg. (CE) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2002⁽¹⁰⁾, le nuove norme si applicano ai contratti di cessione e alle relazioni commerciali che abbiano ad oggetto qualunque cosa che, allo stato naturale o trattata o modificata artificialmente, sia riconducibile ai regni animale, vegetale e dei funghi⁽¹¹⁾, oltre composti e sostanze come l’etanolo e il

(8) Per “dogmatica” qui s’intende, secondo una delle concezioni elaborate dalla teoria generale del diritto e dalla scienza giuridica, quella disciplina che si occupa di analizzare e ricostruire un istituto giuridico o un insieme di norme tipico di un dato diritto vigente, facendo astrazione dai problemi di stretta esegesi, secondo un orientamento sistematico teso a individuare gli interessi tutelati dalle norme e la funzione pratica a esse sottesa. Sul punto v. SCARPELLI, *Il metodo giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, n. 4, p. 553 ss.; JORI, *Empirismo e dogmatica giuridica*, in *Saggi di metagiurisprudenza*, Milano, 1985, p. 78-81; VIOLA, URSO, *Scienza giuridica e diritto codificato*, Torino, 1989, p. 111-153.

(9) Entro una letteratura amplissima, a titolo introduttivo, v. le opere collettanee: *I contratti per l’impresa. I. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, a cura di GITTI, MAUGERI e NOTARI, Bologna, 2012; *Il terzo contratto. L’abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, a cura di GITTI e VILLA, Bologna, 2008; e i contributi di DE NOVA, *Contratti di impresa*, in *Enc. dir.-Annali*, IV, Milano, 2011, p. 243 ss.; PATTI, *I contratti di impresa: caratteristiche e disciplina*, in *Obbl. contr.*, 2010, p. 326 ss.; MINERVINI, *Il «terzo contratto»*, in *Contratti*, 2009, p. 493 ss.

(10) «Prodotto alimentare» è «qualsiasi sostanza o prodotto trasformato, parzialmente trasformato o non trasformato, destinato ad essere ingerito, o di cui si prevede ragionevolmente che possa essere ingerito, da esseri umani. Sono comprese le bevande, le gomme da masticare e qualsiasi sostanza, compresa l’acqua, intenzionalmente incorporata negli alimenti nel corso della loro produzione, preparazione o trattamento» (enfasi nostra).

(11) Ma vanno ricordate anche le alghe (che sono protisti) e notoriamente sono usate nell’alimentazione umana e non solo. Inoltre, la nuova disciplina si applica anche ai tabacchi, che pur esclusi dal novero dei prodotti alimentari, rientrano però tra i prodotti agricoli.

glutine e tutti i loro derivati. Stante l'estensione della materia, ben si comprende il clamore suscitato e le reazioni di questi primi mesi in seno al mondo imprenditoriale, commerciale e professionale⁽¹²⁾.

Sul piano dogmatico, la nuova disciplina offre allo studioso della materia contrattuale un punto di vista privilegiato per l'analisi delle caratteristiche e tendenze più recenti del diritto dei contratti d'impresa⁽¹³⁾. Essa costituisce infatti l'ultimo anello di una catena di riforme, iniziate già negli anni Novanta, che, oggidì, risultano aver anticipato le principali linee di sviluppo del coevo diritto dei contratti d'impresa.

Sino dagli anni Novanta, la disciplina dei rapporti contrattuali e commerciali tra gli operatori del settore agroalimentare si è incentrata su una visione di tali rapporti come "sistemi" di produzione e "reti di relazioni" produttive, che danno vita e si sviluppano in seno a un "mercato" - *rectius* a più "micro-mercati" relativi a determinati prodotti e sistemi di produttivi -, articolandosi in "filiere", aventi diversa estensione ("filiera lunga" e "filiera corta")⁽¹⁴⁾ e struttura (potendo assumere la forma del coordinamento orizzontale e/o dell'integrazione verticale)⁽¹⁵⁾.

Emblematica di questa visione e della compenetrazione fra dimensione giuridica e dimensione socio-economica è, ad esempio, la disciplina dei distretti rurali e agroalimentari di qualità (cfr. art. 13 del d.lgs.

Si applica inoltre ai cosmetici e ai medicinali che contengano sostanze riconducibili ai prodotti agricoli così come definiti; nonché ai cosiddetti integratori alimentari (destinati all'uomo e non solo). Tra gli ambiti di applicazione problematici si segnala quello relativo alle sostanze psicotrope o stupefacenti ma destinate a essere ingerite ad esempio per ragioni medico-sanitarie.

(12) Sono innumerevoli le associazioni, gli enti, gli istituti e i sindacati che hanno discusso la normativa, talvolta dettando linee interpretative e rivolgendo consigli applicativi. *Inter alia*, si possono ricordare ad es.: Ascofarve - Associazione Nazionale Distributori Medicinali Veterinari, Assocaseari, Assofood, CNA - Confederazione Nazionale dell'Artigianato e della Piccola e Media Impresa, Coldiretti, Confagricoltura, Confartigianato, Confcommercio, Confesercenti, Confederazione italiana agricoltori, Federalimentare, Federazione Veterinari e Medici, Fedagri-Confcooperative, Federfarma, UIV - Unione Italiana Vini, e molti altri.

(13) Accenna a questo profilo ad es. BISCONTINI, *Contratti agroindustriali ed art. 62 d.l. n. 1 del 2012: luci ed ombre*, in www.comparazioneidirittocivile.it, consultato il 27 aprile 2013.

(14) Per "filiere corte" si intendono quelle modalità di commercializzazione dei prodotti alimentari che si caratterizzano, da un lato, per la riduzione o l'eliminazione degli intermediari fra i produttori agricoli e i consumatori e, dall'altro, per la dimensione locale delle transazioni commerciali. Secondo i dati della Rete di informazione contabile agricola (Rica), negli ultimi anni le filiere corte coprono circa il 30% delle vendite delle imprese italiane, in specie di media dimensione, a indirizzo produttivo misto o specializzate nelle coltivazioni arboree e nei seminativi. Cfr. *Il mercato della Filiera corta. I farmers' market come luogo di incontro di produttori e consumatori*, a cura di FRANCO e MARINO, Working paper del Gruppo 2013, n. 19, 2012, in www.gruppo2013.it/, consultato il 27 aprile 2013.

(15) Cfr. ALBISINNI, *Sistema agroalimentare*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV Agg., 2009, p. 479 ss.

18 maggio 2001, n. 228)⁽¹⁶⁾, i cui più recenti sviluppi prefigurano l'istituzione anche di «bio-distretti», ossia sistemi produttivi caratterizzati dalla presenza di filiere produttive a carattere biologico⁽¹⁷⁾.

Come noto, questo approccio che dà rilevanza alla dimensione della “rete” di imprese e al ruolo del contratto nella costruzione della rete è esattamente la prospettiva in cui oggi ci si muove⁽¹⁸⁾. Sotto questo profilo la disciplina dei contratti nel settore agroalimentare, che già nel 2001 veniva descritta come «*ispirata ad un nuovo quanto originale paradigma fondato appunto sui rapporti di rete*» in cui la scelta fra gli strumenti di diritto privato, i tipi contrattuali e le forme organizzative da adottare si colloca in una visione macroeconomica in cui rilevano le relazioni di filiera⁽¹⁹⁾, rappresenta certamente un'esperienza *ante litteram* da cui trarre insegnamento⁽²⁰⁾.

Nel settore agroalimentare, inoltre, la disciplina nazionale, seguendo le orme di quella comunitaria, si presenta da tempo disegnata fondamentalmente in funzione di “scopi” e di “incentivi”. Sono significative al proposito, ad esempio, le norme finalizzate a favorire il riorientamento delle filiere produttive nell'ottica della sicurezza alimentare e della trac-

(16) Cfr. SASSI, *La normativa sui distretti rurali e agroalimentari di qualità: indicazioni operative e stato di attuazione*, Working Paper n. 2/2009, in *Economia Aziendale 2000*, in <http://ea2000.unipv.it/>, consultato il 27 aprile 2013. Sui distretti agroalimentari v. anche BRASILI e MARCHESE, *I distretti agroalimentari e le produzioni Dop, Igp e Stg*, in *Econ. dir. agroalim.*, 1, 2012, in <http://www.fupress.net/index.php/eda/article/view/10674>, consultato il 21 aprile 2013.

(17) In questo senso v. la Proposta di Legge n. 357 del 31 gennaio 2012 in discussione avanti il Consiglio Regionale della Sardegna, in <http://consiglio.regione.sardegna.it/>, consultato il 27 aprile 2013, che per la nozione di prodotto biologico fa riferimento al Reg. (CE) n. 834/2007 del Consiglio del 28 giugno 2007 relativo alla produzione biologica e all'etichettatura dei prodotti biologici.

(18) Tra gli interventi normativi più recenti e rilevanti vi è chiaramente l'introduzione del contratto di rete di cui all'art. 3, co. 4-ter del d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, conv., con mod., dalla l. 9 aprile 2009, n. 33, e poi oggetto di una significativa rivisitazione a opera della l. 122/2010. Sul tema, si vedano gli studi raccolti ne *Il contratto di rete per la crescita delle imprese. Con una postilla di aggiornamento a ottobre 2012*, a cura di CAFAGGI, IAMICELI e MOSCO, Milano, 2012; *Reti di imprese e contratti di rete*, a cura di Iamiceli, Torino, 2010; *Reti di impresa e contratto di rete*, a cura di MACARIO e SCOGNAMIGLIO, in *Contratti*, 2009, n. 10, p. 915 ss., con saggi di CAFAGGI, CAMARDI, GRANIERI, IAMICELI, MACARIO, MAUGERI, SCOGNAMIGLIO; nonché i contributi di PISANI MASSAMORMILE, *Profili civilistici del contratto di rete*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, p. 353 ss. e di GENTILI, *Il contratto di rete dopo la l. n. 122 del 2010*, in *Contratti*, 2011, p. 617 ss.

(19) Così Iannarelli, *L'impresa agricola nel sistema agro-industriale*, in *Dir. giur. agr. amb.*, 2002, p. 215 ss.

(20) Sul punto v. IANNARELLI, *I contratti nel sistema agroalimentare*, in *Trattato di diritto agrario*, diretto da Costato, Germanò e Rook Basile, vol. 3, Torino, 2011, p. 428 ss.

ciabilità degli alimenti (cfr. art. 16 del d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228)⁽²¹⁾, nonché l’istituzione del «Tavolo agroalimentare» finalizzato tra le altre cose alla promozione, allo sviluppo, sostegno e ammodernamento della filiera agroalimentare e alla valorizzazione sul mercato internazionale dei prodotti agroalimentari (cfr. art. 17 del d.lgs. 29 marzo 2004, n. 99), e così pure l’istituzione dei «tavoli di filiera» per pervenire alla stipulazione delle intese di filiera di cui all’art. 9, co. 1, del d.lgs. n. 102/2005 (cfr. d.P.C.M. 5 agosto 2005)⁽²²⁾.

Oggi, questa inclinazione a legiferare in funzione di determinati “scopi” (di politica economica) e a fare leva, per la loro effettiva implementazione, su “incentivi” (c.d. legislazione premiale) è oramai un tratto del diritto dei contratti d’impresa e della disciplina dell’impresa, lungo l’intero suo ciclo di vita, dalla costituzione alla crisi. Un simile approccio, oltre a essere indice di un preciso nesso fra politica del diritto e politica economica, involge anche un’implicita prescrizione di metodo su come risolvere le problematiche interpretative. Segnatamente suggerisce una metodologia interpretativa di tipo teleologico-funzionale⁽²³⁾.

Un’altra peculiarità del settore agroalimentare che si rivela oggi di portata generale è la presenza di una pluralità di strumenti negoziali particolari, alcuni dei quali sono già stati ricordati poc’anzi, come i contratti di distretto e di filiera⁽²⁴⁾, in cui coesistono e si compenetrano elementi di autonomia ed eteronomia, partecipativi e autoritativi, indi-

(21) Sull’obbligo della tracciabilità e sulla nuova responsabilità del distributore del prodotto agroalimentare per omessa informazione v. Reg. (UE) n. 1169/2011.

(22) In merito cfr. PETRELLI, *Sub Art. 20. Orientamento e modernizzazione del settore agricolo a norma dell’art. 7 l. 5 marzo 2001 n. 57, commento al d.leg. 18 maggio 2001 n. 228*, in *Riv. dir. agr.*, 2002, I, p. 556 ss.

(23) Tale metodologia non implica il rigetto e non è di per sé incompatibile una concezione gius-positivista: cfr. SCARPELLI, relazione inedita predisposta per il Convegno *La istituzione giudiziaria nel XXV anniversario dell’entrata in funzione del Consiglio Superiore della Magistratura Esperienze - Prospettive*, Parma, 6-9 giugno 1984; SCHAUER, *The Practice and Problems of Plain Meaning: A Response to Aleinikoff and Shaw*, in *45 Vand. L. Rev.*, 1992, p. 715 ss.

(24) Vedi GIUFFRIDA, *I Contratti di filiera nel mercato agroalimentare*, in *Riv. dir. alm.*, 2012, n. 3, p. 7 ss., disponibile all’indirizzo www.rivistadirittoalimentare.it/, consultato il 21 aprile 2013. Recentemente si segnala la Circolare n. 558 del 20 dicembre 2012, recante le caratteristiche, le modalità e le forme per la presentazione delle domande di accesso ai contratti di filiera, succ. mod. e integrata con le circolari del 19 marzo, del 25 marzo e del 26 marzo 2013. In particolare la Circolare del 25 marzo 2013 detta modalità e forme per la richiesta di iscrizione, da parte degli istituti di credito, all’elenco delle banche autorizzate ad espletare gli adempimenti necessari per l’accesso ai finanziamenti del «Fondo rotativo per il sostegno alle imprese e gli investimenti in ricerca» in materia di istruttoria dei progetti esecutivi, istruttoria delle richieste di erogazione delle agevolazioni, predisposizione e trasmissione delle relazioni sullo stato finale del programma e della relativa documentazione a corredo.

viduali e collettivi, pubblicitistici e privatistici, che vedono protagonisti attori istituzionali e non⁽²⁵⁾.

Così, ai sensi dell'art. 12, del d.lgs. 30 aprile 1998, n. 173 e s.m.i., «ai fini dell'integrazione economica di filiera» le «organizzazioni interprofessionali» del settore agricolo e agroalimentare hanno, tra gli altri, il compito di elaborare contratti tipo compatibili con la normativa comunitaria e di definire regole tecniche relative alla produzione e commercializzazione più restrittive di quelle europee e nazionali in un'ottica di massimizzazione della qualità dei prodotti e di maggior tutela dei diritti degli operatori del settore. Questo modello viene oggi riproposto ad esempio dalla nuova disciplina relativa al settore della distribuzione dei carburanti di cui all'art. 17, del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1⁽²⁶⁾, il quale «[a]l fine di incrementare la concorrenzialità e l'efficienza del mercato anche attraverso una diversificazione nelle relazioni contrattuali» prevede che «in aggiunta agli attuali contratti di comodato e fornitura ovvero somministrazione possono essere adottate (...) differenti tipologie contrattuali per l'affidamento e l'approvvigionamento degli impianti di distribuzione carburanti (...) previa definizione negoziale di ciascuna tipologia mediante accordi sottoscritti tra organizzazioni di rappresentanza dei titolari di autorizzazione o concessione e dei gestori maggiormente rappresentative» e depositati presso il Ministero dello sviluppo economico.

(25) Questo è un tratto caratteristico risalente della normativa di settore. Basti ricordare la pregressa disciplina dei contratti di coltivazione e vendita di cui alla legge n. 88 del 1988 e successivamente - per menzionare alcune delle normative principali tuttora vigenti - il d.lgs. 30 aprile 1998, n. 173, che reca «*Disposizioni in materia di contenimento dei costi di produzione e per il rafforzamento strutturale delle imprese agricole*», il d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228 di «*Orientamento e modernizzazione del settore agricolo*», l'art. 66, l. 27 dicembre 2002, n. 289 che detta la prima disciplina dei contratti di filiera agroalimentare, il d.lgs. 29 marzo 2004, n. 99 avente ad oggetto «*Disposizioni in materia di soggetti e attività, integrità aziendale e semplificazione amministrativa in agricoltura*» e, infine, il d.lgs. 27 maggio 2005 n. 102 che detta le «*Regolazioni dei mercati agroalimentari*». Per un accenno al tema v. Canfora, *I contratti di coltivazione, allevamento e fornitura*, in *Riv. dir. alim.*, 2012, n. 3, p. 33 ss., disponibile all'indirizzo www.rivistadirittoalimentare.it/, consultato il 21 aprile 2013.

(26) Tale disciplina integra e, in parte, sostituisce quella introdotta sempre in via d'urgenza dall'art. 28 «*Razionalizzazione della rete distributiva dei carburanti*», d.l. 6 luglio 2011, n. 98, conv. con mod., dalla l. 15 luglio 2011, n. 111, pure finalizzata a «*incrementare l'efficienza del mercato, la qualità dei servizi, il corretto ed uniforme funzionamento della rete distributiva*». Cfr. GIUA, STELLA, CONTEDEUCA, *Decreto Cresci Italia: deregulation per la distribuzione del carburante tra giacenze di prodotto e criticità fiscali*, in *Fisco*, 2012, p. 4097 ss.; SALTARI, *Il decreto "Cresci Italia"*, in *Giornale dir. amm.*, 2012, p. 579 ss. che evidenzia come *ratio* della disciplina quella di favorire la dismissione degli impianti inefficienti, cioè di piccole dimensioni che erogano poco carburante e difficilmente possono competere con quelli di dimensioni più grandi, e l'eliminazione delle barriere all'ingresso nel mercato della distribuzione dei carburanti.

Così, ai sensi del decreto del Ministero per le Politiche agricole, alimentari e forestali del 22 novembre 2007 il contratto di filiera è stipulato tra i soggetti della filiera agroalimentare o agro-energetica e il predetto Ministero ed è finalizzato alla realizzazione, attraverso la concessione di finanziamenti agevolati, di un programma di investimenti integrato⁽²⁷⁾. Questo schema del contratto, stipulato a livello istituzionale e preordinato alla concessione di finanziamenti agevolati, si ritrova oggi da ultimo, ad esempio, in materia di incentivi per la installazione degli impianti fotovoltaici (cfr. d.lgs. 3 marzo 2011, n. 28, di attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, e relativi d.m. 5 maggio 2011, c.d. «Quarto Conto Energia», e d.m. 5 luglio 2012) e in materia di contratti di anticipazione per il pagamento dei debiti scaduti delle Regioni (cfr. art. 2, co. 3, d.l. 8 aprile 2013, n. 35 recante «Disposizioni urgenti per il pagamento dei debiti scaduti della pubblica amministrazione, per il riequilibrio finanziario degli enti territoriali, nonché in materia di versamento di tributi degli enti locali»).

Da più di un ventennio, dunque, il diritto dei contratti nel settore agroalimentare, presenta alcune caratteristiche che, oggi - prestando fede all'attuale dibattito giusprivatistico -, lungi dal costituire un indice di specialità connotano invece la generalità dei contratti d'impresa⁽²⁸⁾. Si possono ricordare in particolare le seguenti due caratteristiche "generali": (i) la regolamentazione del contratto e della relazione contrattuale tipicamente va di pari passo con la regolazione dei mercati di riferimento, la quale viene affidata da un lato alla stessa prassi degli operatori e, dall'altro lato, alle regole dettate dalle autorità indipendenti e dall'esecutivo; (ii) la compresenza, sia sul piano delle soluzioni di diritto sostanziale, sia

(27) Le altre fonti di riferimento principali sono: il d.m. 1 agosto 2003, n. 226, che ha originariamente promosso la stipula dei contratti di filiera tra il Ministero e gli operatori del settore per favorire l'integrazione di filiera del sistema agricolo e agroalimentare e il rafforzamento dei distretti agroalimentari nelle aree sottoutilizzate; il d.m. 5 giugno 2006 n. 306 con cui è stato affidato a ISA - Istituto Sviluppo Agroalimentare S.p.A. l'espletamento delle funzioni e lo svolgimento dei servizi per la gestione e attuazione dei contratti di filiera; e i successivi decreti di approvazione della Convenzione tra il Ministero e ISA S.p.A. in relazione al «primo» e «secondo sportello» per l'accesso ai contratti di filiera. A oggi i contratti di filiera stipulati e in essere sono 14 e coinvolgono complessivamente 176 beneficiari; il totale delle agevolazioni erogate ammonta, al 31 dicembre 2012, a quasi 66,5 milioni di Euro, di cui quasi 24,5 milioni di Euro sono finanziamenti agevolati, mentre il resto è costituito da contributi in conto capitale (i dati sono reperibili sul sito <http://www.isa-spa.it/>, consultato il 27 aprile 2013).

(28) A ben vedere, la dottrina civilistica sembra chiamata a percorrere in senso inverso l'itinerario compiuto negli anni scorsi: mentre per anni si è partiti dalla disciplina dei rapporti di consumo per enucleare principi esportabili anche *aliunde* e costruire un autonomo settore dei contratti di impresa, oggi il legislatore mostra di trapiantare nella normativa dei rapporti di consumo esperienze già note in taluni settori dei contratti di impresa.

sul fronte delle forme di tutela e delle sanzioni, di considerazioni tanto micro-economiche relative al singolo rapporto economico, quanto macro-economiche relative al sistema produttivo complessivo.

Orbene, la nuova normativa si innesta, senza soluzione di continuità, in questo contesto in cui il connubio delle categorie giuridiche con quelle economiche e l'interazione e l'integrazione tra fonti e tra sfera pubblica e privata sono aspetti tutt'altro che inediti⁽²⁹⁾. Essa può essere considerata un modello misto di “*public and private enforcement*” e senza dubbio si colloca al crocevia del diritto dei contratti, da un lato, e del diritto anti-trust, dall'altro lato⁽³⁰⁾; per menzionare solo alcune discipline particolari, la nuove norme collimano con quelle in materia di integrazione verticale⁽³¹⁾, abuso di posizione dominante e abuso di dipendenza economica, oltre che con le normative sulla concorrenza sleale, sulle pratiche commerciali scorrette e sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

Le questioni sollevate dalla nuova disciplina sono molte, e riguardano sia l'interpretazione delle singole disposizioni dell'art. 62 e del Regolamento, sia il loro coordinamento con le discipline ora ricordate, nonché con tutte le norme già vigenti nel settore agricolo e agroalimentare⁽³²⁾, a cominciare dalla normativa relativa ai contratti di coltivazione, allevamento e fornitura, agli accordi o contratti interprofessionali e ai contratti quadro di cui al d.lgs. 102/2005, così come ai contratti di filiera più volte citati, la cui stipulazione è stata di recente oggetto di ulteriori incentivi⁽³³⁾.

(29) Sull'articolazione delle fonti v. ad es. GERMANÒ, *L'agricoltura e l'alimentazione - Le fonti del diritto agroalimentare fra i trattati dell'Unione europea e la costituzione e la codificazione italiane*, in *Riv. dir. agr.*, 2011, n. 1, p. 78 ss.

(30) Sottolinea questo aspetto, in chiave critica, ad es. ARGENTATI, *La disciplina speciale delle relazioni commerciali nel settore agroalimentare. riflessioni sull'art. 62 l. n. 27 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2012, p. 441 ss. Viceversa, considera questo aspetto con favore e come un precipitato di principi aventi valore più generale ad es. TOMMASINI, *La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari*, in *Riv. dir. alim.*, 2012, n. 4, p. 3 ss., disponibile all'indirizzo www.rivistadirittoalimentare.it/, consultato il 21 aprile 2013.

(31) La stessa Commissione Europea ricorda che le ripercussioni causate sulla concorrenza dalle relazioni verticali tra gli operatori della filiera agroalimentare sono sottoposte alle norme in materia di accordi verticali, Reg. (CE) n. 2790/1999 della Commissione, del 22 dicembre 1999 e relativi orientamenti della Commissione sulle restrizioni verticali in corso di revisione: cfr. *Migliore funzionamento della filiera alimentare in Europa*, COM (2009) 591 del 28 ottobre 2009, p. 7.

(32) In proposito sono significative le premesse stesse del Regolamento le quali indicano alcune principali normative con cui le nuove norme dovrebbero essere integrate e coordinate. Sul punto v. anche i rilievi del Cons. St., sez. cons. Atti Normativi del 27 settembre 2012, parere n. 4203/2012 in data 8 ottobre 2012.

(33) La disciplina dei contratti di filiera è stata recentemente modificata: prima, dall'art.

3. *Micro-mercati e filiere agricole e agro-alimentari*

La disciplina in parola fa parte delle disposizioni emanate nel corso del 2012 finalizzate, da un lato, a garantire la libertà di concorrenza secondo condizioni di pari opportunità e il corretto e uniforme funzionamento del mercato, assicurando ai consumatori finali un livello minimo e uniforme di condizioni di accessibilità ai beni e servizi sul territorio nazionale; dall'altro lato, a promuovere lo sviluppo del sistema produttivo e la competitività delle imprese assicurando la migliore tutela degli interessi pubblici nel rispetto del principio costituzionale di libertà dell'iniziativa economica privata in condizioni di piena concorrenza e pari opportunità tra tutti i soggetti⁽³⁴⁾.

In questo quadro, l'art. 62 rappresenta l'epilogo di un progetto di riforma della materia cominciato nel 2007. Un primo tentativo di riforma, invero di contenuto assai circoscritto, fu il disegno di legge AS 1644 presentato alla Camera dei deputati (c.d. Bersani-*ter* sulle liberalizzazioni), che attribuiva all'AGCM poteri di vigilanza affinché le clausole contrattuali recanti oneri per l'inserimento nella lista dei fornitori o l'accesso dei prodotti all'esposizione negli esercizi commerciali appartenenti a catene distributive o altri tipi di vendita non configurassero un abuso di posizione dominante o una pratica anticoncorrenziale ai sensi della l. 10 ottobre 1990, n. 287.

Fallito questo tentativo, dal 2007 a oggi, al settore agricolo e agro-alimentare si è prestatato attenzione in sede di vigilanza e controllo più che in sede legislativa. Le caratteristiche dei rapporti contrattuali tra gli operatori economici lungo l'intera filiera e, specialmente, il grado di concorrenza dei mercati agricoli (dalla produzione dei prodotti alla loro commercializzazione e distribuzione) e l'eventuale esistenza di pratiche commerciali scorrette sono state oggetto di analisi della Commissione

1, l. 3 febbraio 2011, n. 4 recante «*Disposizioni in materia di etichettatura e di qualità dei prodotti alimentari*» che, modificando l'art. 66, co. 1, della l. 27 dicembre 2002, n. 289 già ricordato, ha disposto l'estensione dei contratti di filiera e di distretto a tutto il territorio nazionale; poi, dall'art. 63 d.l. 1/2012, conv. con mod. dall'art. 1, co. 1, della l. 24 marzo 2012, n. 27, che ha previsto che i rientri di capitale e interessi dei mutui erogati per conto del Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali dall'Istituto Sviluppo Agroalimentare S.p.A. siano utilizzati per i finanziamenti agevolati dei contratti di filiera e di distretto e che ISA S.p.A. sia autorizzata a mettere a disposizione per tali finanziamenti un importo non superiore a 5 milioni di euro annui per un triennio.

(34) Cfr. d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. con l. 22 dicembre 2011, n. 214 (c.d. d.l. Salva-Italia) e d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, conv. con L. 4 aprile 2012, n. 35 (c.d. Decreto Semplificazioni).

Europea in ambito comunitario⁽³⁵⁾, e dell'AGCM⁽³⁶⁾, dell'Agenzia delle Entrate⁽³⁷⁾ e dell'ISMEA⁽³⁸⁾ in ambito nazionale.

Per comprendere l'impatto e le problematiche applicative della nuova disciplina è utile tenere conto di queste indagini. Oltre a delineare i caratteri generali e l'evoluzione in corso nei settori agricolo e agroalimentare, tali indagini offrono infatti preziosi strumenti di analisi delle relazioni commerciali e contrattuali nel settore, con riguardo sia alla fase fisiologica, sia alla fase patologica del rapporto. Sotto questo profilo,

(35) Cfr. *Migliore funzionamento della filiera alimentare in Europa*, COM (2009) 591 del 28 ottobre 2009. Anche le autorità della concorrenza di altri Paesi europei hanno avviato indagini conoscitive sulle filiere agroalimentari. Cfr. ad es. *ECN Report on competition law enforcement and market monitoring activities by European competition authorities in the food sector*, maggio 2012, disponibile all'indirizzo <http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html>, consultato il 27 aprile 2013; DI VIA, *Gli equilibri contrattuali tra industria alimentare e GDO*, relazione al X Convegno su «Antitrust tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea», Treviso, 17-18 maggio 2012. Quanto al contesto francese, cfr. DEL CONT, *Filières agroalimentaires et contrat: l'expérience française de contractualisation des relations commerciales agricoles*, in *Riv. dir. alim.*, 2012, n. 4, p. 23 ss. disponibile all'indirizzo www.rivistadirittoalimentare.it/, consultato il 2 maggio 2013; per un richiamo alle esperienze statunitensi in materia v. IANNARELLI, *Profili giuridici del sistema agroalimentare tra ascesa e crisi della globalizzazione*, Bari, 2011.

(36) Cfr. AGCM, *Indagine conoscitiva sulla distribuzione agroalimentare (IC/28)*, Roma, giugno 2007; e AGCM, *Indagine conoscitiva sul settore della Grande Distribuzione Organizzata (IC/43)*, ancora in corso disposta con provv. n. 21765 del 27 ottobre 2010, in <http://www.agcm.it/indagini-conoscitive-db.html>, consultato il 2 maggio 2013; su cui v. ARTOM, *L'indagine conoscitiva dell'AGCM sul ruolo della GDO nella distribuzione agroalimentare*, in *Riv. dir. alim.*, 2010, n. 3, p. 31 ss., disponibile all'indirizzo www.rivistadirittoalimentare.it, consultato il 2 maggio 2013. Posto che i risultati della seconda indagine avviata nel 2010 non sono a oggi disponibili, si farà riferimento alla prima indagine del 2007. In precedenza, v. GENCARELLI, *Relazioni contrattuali tra industria alimentare e grande distribuzione nei principali paesi europei*, in *Riv. dir. alim.*, 2008, n. 2, p. 34 ss.; ARTOM, *I contratti dall'industria alimentare alla grande distribuzione*, *ivi*, p. 23 ss.; DI VIA e MARCIANO, *Le relazioni tra industria alimentare e GDO*, in *Riv. dir. alim.*, 2008, n. 3, p. 38 ss., tutti disponibili all'indirizzo www.rivistadirittoalimentare.it, consultato il 2 maggio 2013.

(37) Cfr. Risoluzione n. 36/E del 7 febbraio 2008 dell'Agenzia delle Entrate Direzione Centrale Normativa e Contenziosa, relativa a un'analisi delle pratiche commerciali di settore con particolare riguardo alla GDO e ai costi fiscalmente deducibili in relazione ai rapporti e ai beni di largo consumo v.: <http://www.agenziaentrate.gov.it/>.

(38) L'Istituto di Servizi per il Mercato Agricolo Alimentare (ISMEA) è un ente pubblico economico istituito nel 1999 tramite l'accorpamento dell'Istituto per Studi, Ricerche e Informazioni sul Mercato Agricolo con la Cassa per la Formazione della Proprietà Contadina. Anche attraverso società controllate, realizza servizi informativi, assicurativi e finanziari e costituisce forme di garanzia creditizia e finanziaria per le imprese agricole e le loro forme associate, al fine di favorire l'informazione e la trasparenza dei mercati, agevolare il rapporto con il sistema bancario e assicurativo, favorire la competitività aziendale e ridurre i rischi inerenti alle attività produttive e di mercato. Oltre a ciò, affianca le Regioni nelle attività di riordino fondiario e si occupa di un regime di aiuti approvato dalla Commissione europea per il ricambio generazionale in agricoltura. Cfr. <http://www.ismea.it/>, consultato il 2 maggio 2013.

è essenziale distinguere quali sono le dinamiche contrattuali a seconda dei diversi prodotti, dei raggruppamenti organizzativi eventualmente presenti nel segmento di mercato, dei tipi di produzione e di commercializzazione, come ad es. la Grande Distribuzione Organizzata (GDO), delle aree geografiche, e così via. Come noto, questi sono tutti elementi che influenzano le forme di produzione, le condotte degli operatori nella contrattazione, le condizioni di acquisto e di vendita, nonché l'assetto dei mercati (quanto a struttura, costi, barriere di ingresso e uscita, elasticità della domanda e offerta, etc.) e, quindi, il grado di effettiva concorrenza delle filiere agricole e agro-alimentari.

Nel settore agricolo e agroalimentare, per ciascun prodotto, ciascun tipo di operatore di origine e di destinazione, ciascun'area geografica, vi sono filiere distributive eterogenee e una moltitudine di "micro-mercati", con una struttura e caratteristiche differenti, ciascuno costituito dagli operatori in grado di fornire uno specifico servizio d'intermediazione a uno specifico segmento di domanda (ad esempio forma un "micromercato" a sé quello relativo agli agrumi di origine siciliana destinati ai grossisti dei mercati generali delle altre regioni d'Italia)⁽³⁹⁾.

Per cogliere le caratteristiche della singola filiera è particolarmente rilevante la c.d. "catena del valore" cioè la variazione e distribuzione dei costi e dei prezzi lungo la filiera, dalla produzione del prodotto alla commercializzazione al dettaglio⁽⁴⁰⁾. La Commissione Europea e le autorità garanti muovono da questo dato, dalle divergenze che si osservano tra l'andamento dei prezzi delle materie prime agricole e quello dei prezzi al consumo dei prodotti alimentari, e dagli aggiustamenti o meno dei secondi di fronte alle fluttuazioni dei primi, per desumere quali sono le carenze strutturali della filiera e se le pratiche commerciali all'interno delle filiere alimentari determinino distorsioni della concorrenza⁽⁴¹⁾.

Le evidenze in proposito derivanti dagli studi degli enti preposti sono invero tutt'altro che univoche; e, di regola, non si perviene a identificare, con apprezzabile precisione, i fattori determinanti della "catena del valore".

Così, ad esempio, si ritiene che le cause della lenta e asimmetrica trasmissione dei prezzi lungo la filiera siano molte e, tra queste, gio-

(39) Cfr. AGCM, *Indagine conoscitiva sulla distribuzione agroalimentare* (IC/28), Roma, giugno 2007, cit., p. 16.

(40) Sul problema di trasmissione del prezzo lungo la filiera lattiero-casearia è intervenuto di recente il Regolamento (UE) 14 marzo 2012, n. 261/2012, del Parlamento Europeo e del Consiglio, che modifica il Regolamento (CE) n. 1234/2007 per quanto riguarda i rapporti contrattuali nel settore del latte e dei prodotti lattiero-caseari.

(41) Cfr. Comunicazione della Commissione «I prezzi dei prodotti alimentari in Europa», COM(2008) 821.

chino un ruolo sicuramente la pluralità degli operatori lungo la filiera, il diverso potere contrattuale tra le parti e la scarsa competitività dei canali commerciali⁽⁴²⁾.

Ancora, dall'indagine dell'AGCM risultano tendenze opposte con riferimento ai panieri indagati ad esempio degli ortaggi e della frutta: mentre, rispetto ai primi, nel periodo considerato, si è registrato un progressivo incremento dei prezzi sia al dettaglio che all'ingrosso, a fronte di una riduzione di quelli all'origine, rispetto alla seconda i prezzi all'ingrosso risultano lievemente diminuiti, a fronte di un aumento nella fase produttiva e di un aumento ancor più consistente nella fase al dettaglio. La diversità si spiega, solo in parte, in forza dell'organizzazione produttiva dei comparti. A ragione, le conclusioni dell'Autorità sul punto sono perplesse: pur reputando che «laddove la produzione agricola è organizzata ed è in grado di concentrare presso di sé i servizi di lavorazione necessari alla vendita del prodotto, essa è anche in grado di trattenere buona parte del valore aggiunto della filiera, impedendo alle fasi di intermediazione successiva di “amplificare” le variazioni dei prezzi all'origine», mentre «laddove il primo scambio commerciale avviene tra il singolo agricoltore e un intermediario, la fase della distribuzione all'ingrosso detiene un più elevato potere di mercato, che le consente di aumentare il prezzo in percentuale maggiore rispetto alla fase all'origine e di ridurlo in percentuale minore», «tuttavia» sulla base di ciò non è possibile «spiegare (...) la ragione per la quale i prezzi al dettaglio della categoria di prodotti analizzata abbiano subito (...) incrementi, non proporzionati né agli incrementi dei costi di produzione né agli incrementi di costo subiti dagli altri comparti dei prodotti alimentari», né è possibile con esattezza dire «se, e in quale misura, possono ravvisarsi all'interno della catena di distribuzione elementi che giustificano o che spieghino» queste variazioni⁽⁴³⁾. Tra questi elementi generalmente si annoverano posizioni di rendita e strozzature di mercato dovute ad esempio alla prestazione di servizi accessori, leve rispetto a mercati paralleli, la vischiosità e opacità del sistema di trasmissione delle informazioni sui prezzi e sulla qualità dei prodotti, elevati costi di sostituzione dei sistemi produttivi e commerciali, rigidità delle infrastrutture e

(42) Cfr. ISMEA, *La competitività dell'agroalimentare italiano. Check Up 2012*, 24 luglio 2012, rapporto chiuso il 13 luglio 2012, p. 60, in <http://www.ismea.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/7430>, consultato il 2 maggio 2013.

(43) Cfr. AGCM, *Indagine conoscitiva sulla distribuzione agroalimentare (IC/28)*, Roma, giugno 2007, cit., p. 6-7. Inoltre, ad es., con riferimento alle 267 filiere esaminate, il ricarico medio sul prezzo finale è risultato del 200%, ma il ricarico medio sul prezzo finale è risultato del 77% nel caso di filiera cortissima (acquisto diretto dal produttore da parte del distributore al dettaglio) e di poco meno del 300% nel caso di filiera lunga con 3 o 4 intermediari tra produttore e distributore finale (p. 9).

logistiche, la difficoltà di reperire in maniera efficiente fornitori alternativi, prassi e meccanismi di mercato che portano di fatto a un livellamento dei margini di profitto, etc.

In presenza di filiere, un altro elemento certamente da valutare sono le c.d. “economie/diseconomie di scala”⁽⁴⁴⁾. Il favore nei confronti della GDO si basa tradizionalmente proprio sulla convinzione che essa sia un sistema di distribuzione in grado di realizzare economie di scala rilevanti. Quest’ideale, una volta calato nella realtà, viene in parte smentito: le dimensioni e la struttura organizzativa della GDO in molti casi non le consentono di esercitare una pressione negoziale sufficiente nei confronti dei produttori, e non comportano una riduzione dei costi, bensì, comparativamente, l’implementazione di soluzioni costose e inefficienti⁽⁴⁵⁾.

Un’ulteriore caratteristica delle filiere, tipica anche di quelle del settore agricolo e agro-alimentare, è di presentare processi perlopiù pluridirezionali che innescano sinergie “a monte” e/o “a valle” o effetti di ritorno⁽⁴⁶⁾: potremmo parlare di “economie interne” o “internalità positive”. Al proposito, nel settore agroalimentare, un fenomeno che assume crescente importanza e che è sottoposto al vaglio anche della autorità antitrust per verificarne gli effetti sulla concorrenza, è quello del “*private label*”. Rispetto al settore alimentare, con tale nozione notoriamente si indicano i prodotti alimentari realizzati da imprese, generalmente di piccole o medie dimensioni, destinati a essere commercializzati nel mercato finale al dettaglio con il marchio di un operatore della GDO e secondo le sue modalità di confezionamento, presentazione, distribuzione.

Si è rilevato⁽⁴⁷⁾ che la commercializzazione di tali prodotti, che in via

(44) Cfr. STIGLER, *The Economies of Scale*, in *Journ. Law Econ.*, vol. 1, 1958, p. 54-71; VAN DER MEER, *Exclusion of Small-Scale Farmers From Coordinated Supply Chains. Market failure, policy failure or just economies of scale?*, in *Agro-food chains and networks for development*, edited by Ruben, Slingerland and Nijhoff, Dordrecht, 2006, p. 209-217.

(45) Ad esempio pare che gli operatori della GDO si rivolgano al mercato quasi unicamente per esigenze occasionali di completamento dell’assortimento e che nel fare ciò utilizzino di regola proprie strutture logistiche (piattaforme) i cui costi sono difficili da ammortizzare specialmente con riferimento ai prodotti ortofrutticoli, il che si ripercuote sul livello dei prezzi finali. Tale scelta rischia di determinare diseconomie di funzionamento della catena distributiva nel caso di acquisti decentrati da produttori particolarmente frammentati sul territorio.

(46) Sul punto v. ad es. *Food chain integrity: a holistic approach to food traceability, safety, quality and authenticity*, edited by HOORFAR et al., Woodhead, 2011 e i contributi raccolti a cura di MEO e MOSCO, *Indotto e filiere: economia alla ricerca del diritto*, in *Analisi giur. econ.*, 2011, p. 195 ss.

(47) Cfr. SANTIONI, *La struttura dell’offerta e le distribuzioni regionali dei prezzi*, in Aimone et al., *La grande distribuzione organizzata e l’industria alimentare in Italia*, coord. da Viviano, Banca d’Italia, Questioni di Economia e Finanza (*Occasional papers*), n. 119, marzo

di principio dovrebbe essere meno costosa, in quanto scevra dai costi connessi alla pubblicità⁽⁴⁸⁾, consente all'operatore della GDO di realizzare margini di profitto più ampi rispetto ai prodotti con caratteristiche simili, ma a marchio del produttore. La diffusione di tali prodotti può dipendere da fattori connessi alla rete distributiva stessa, oltre che dal prodotto coinvolto (variabile essenziale è il grado di omogeneità tra i prodotti dello stesso tipo, ma con diverso marchio)⁽⁴⁹⁾ e dal contesto di mercato. La domanda della GDO (*i.e.* dei clienti consumatori) può stimolare i produttori a incrementare o sfruttare in modo più efficiente le linee di produzione, fino al punto di saturazione della capacità produttiva potenziale. La riduzione dei costi di produzione, d'altra parte, non si ripercuote automaticamente in una riduzione né del prezzo all'origine, né tanto meno di quello al dettaglio. Vi è per contro ampia dimostrazione della rigidità dei prezzi al consumo per la generalità dei prodotti alimentari, *private label* inclusi, nei paesi europei così come negli Stati Uniti⁽⁵⁰⁾.

Un ultimo elemento a cui accennare è connesso alla natura stessa dei prodotti agricoli e, in specie, alimentari ed è la presenza di fenomeni di "*moral hazard*" ossia di "abuso della fiducia" tra gli stessi operatori economici della filiera, prim'ancora che nei confronti del consumatore. Il tema è stato esaminato principalmente proprio rispetto ai rapporti di consumo, ma è altrettanto rilevante rispetto alle relazioni commerciali⁽⁵¹⁾. Per ciascuno degli operatori "a valle", così come per il consumatore, i prodotti alimentari non possono essere pienamente valutati dal punto di vista qualitativo, se non per mezzo di un test di consumo o uso del prodotto. In moltissimi casi questi test non sono nemmeno possibili (stante

2012, p. 78 ss., disponibile all'indirizzo http://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/econo/quest_ecofin_2/QF_119/QEF_119.pdf, consultato il 2 maggio 2013.

(48) La pubblicità dei prodotti aventi il marchio dell'operatore della GDO dovrebbe essere a costo zero rispetto al singolo prodotto, essendo in effetti una pubblicità riferita all'operatore stesso, più che al singolo prodotto.

(49) Nel settore agroalimentare pare invece avere meno rilevanza la possibilità che il prodotto abbia carattere innovativo o possa essere oggetto di innovazione, un aspetto questo che è fondamentale nel caso del *private label* dei prodotti tecnologici e di tutti i prodotti comunque destinati ad un uso duraturo e ripetuto, specialmente ove composti da elementi sostituibili.

(50) Le conclusioni degli studiosi sono convergenti al di là della metodologia usata per misurare la rigidità dei prezzi: i due metodi principali sono il c.d. «*duration approach*» e il c.d. «*frequency approach*»: cfr. SANTIONI, *op. cit.*, p. 90-100.

(51) Cfr. CANALI, *Falso made in Italy e Italian sounding: le implicazioni per il commercio agroalimentare*, in *L'agroalimentare italiano nel commercio mondiale*, a cura di De Filippis, Roma, 2012, p. 181 ss., spec. p. 181-199, disponibile all'indirizzo <http://www.gruppo2013.it/>, consultato il 2 maggio 2013.

la natura dei prodotti: ad es. residui e cascami); in tantissimi altri sono in ogni caso estremamente complessi e costosi (ad es. imitazioni dello strutto); anche ove essi sono compiuti possono essere al più controllati a campione (ad es. cereali). In questo senso i prodotti alimentari sono stati classificati come “beni-esperienza” e “beni fiducia”, nel senso che il loro livello qualitativo e le loro caratteristiche possono essere conosciute al più direttamente e mai compiutamente. Per colmare questo deficit d’informazione, si usano diversi accorgimenti, tra cui i più noti sono le certificazioni di qualità, i meccanismi sulla tracciabilità, le etichette e i fogli informativi relativi a composizione, caratteristiche nutrizionali, origine, modalità di produzione, etc.

Il problema dell’abuso della fiducia tra gli operatori economici della filiera agroalimentare a cui si è ora accennato è solo uno dei molti risvolti del problema della correttezza delle pratiche e relazioni commerciali nel settore, oggetto primario delle preoccupazioni della Commissione Europea.

Dal 2008 a oggi la Commissione ha lavorato in stretta collaborazione con le Autorità nazionali responsabili della concorrenza in materia di prodotti alimentari nel contesto della rete europea della concorrenza (REC). Tra le iniziative strategiche prospettate dalla Commissione nel dicembre 2008 va ricordata la presentazione, «per aumentare la trasparenza nella filiera alimentare», di «proposte volte a migliorare la vigilanza e la trasparenza dei mercati dei derivati sulle materie prime agricole nell’ambito dell’approccio generale concepito per i derivati e nel contesto della revisione della direttiva sui mercati degli strumenti finanziari (MiFID)»; in particolare, secondo la Commissione «obblighi di trasparenza e di comunicazione (reporting) dovrebbero essere estesi a tutti i derivati sulle materie prime agricole, compresi quelli oggetto di operazioni fuori borsa; (...) dovrebbero essere accompagnati da ulteriori obblighi di notifica delle posizioni per categoria di operatori da definirsi a livello comunitario»; inoltre, «per garantire il buon funzionamento di questi mercati», ci si riserva di valutare «l’opportunità di accordare alle autorità di regolamentazione la facoltà di fissare dei limiti alle posizioni per contrastare variazioni di prezzo eccessive o concentrazioni di posizioni speculative»⁽⁵²⁾.

In questo contesto, nel 2010 e nel 2011 il «Forum di alto livello per un migliore funzionamento della filiera alimentare» ha lavorato, su incarico

(52) Cfr. ad es. *Migliore funzionamento della filiera alimentare in Europa*, COM (2009) 591 del 28 ottobre 2009, p. 9 e comunicazioni della Commissione «*Garantire mercati dei derivati efficienti, sicuri e solidi: azioni strategiche future*» (COM(2009)0563 e COM(2009)0332); v. anche *The functioning of the food supply chain and its effect on food prices in the European Union*, European Economy, Occasional Papers 47, maggio 2009.

della Commissione Europea, per stilare un elenco di principi di buone prassi e di pratiche sleali nelle relazioni commerciali nella filiera alimentare. Ai sensi dell'art. 4 del Regolamento di attuazione dell'art. 62, costituiscono una condotta commerciale sleale anche il mancato rispetto di tali principi e le pratiche sleali identificate nell'ambito del Forum (cfr. allegato al decreto). In ambito europeo, successivamente, nel 2012, è fallito prima il tentativo di mettere a punto un meccanismo di controllo e poi quello di individuare i rimedi per il caso di non conformità alle buone pratiche. Alcune organizzazioni hanno comunque annunciato l'intenzione di avviare all'inizio del 2013 l'attuazione dei principi messi a punto dal Forum; la Commissione ha prorogato al 31 dicembre 2014 il mandato del medesimo e, nel gennaio di quest'anno, ha emanato il Libro Verde «Sulle pratiche commerciali sleali nella catena di fornitura alimentare e non alimentare tra Imprese in Europa» (COM(2013) 37), avviando una consultazione pubblica sullo stesso, che si è appena conclusa in data 30 aprile 2013.

4. I contratti di cessione: fattispecie, requisiti e rimedi

La nuova normativa relativa alla forma-contenuto minimo del contratto riguarda «i contratti che hanno ad oggetto la cessione dei prodotti agricoli e alimentari, ad eccezione di quelli conclusi con il consumatore finale» (cfr. art. 62, co. 1). Il Regolamento precisa alcune ulteriori esclusioni. Non si applica ai conferimenti di prodotti agricoli e agro-alimentari operati dagli imprenditori, che sono soci delle cooperative o delle organizzazioni di produttori, in favore di tali enti, né ai conferimenti di prodotti ittici operati tra gli imprenditori ittici di cui all'art. 4 del d.lgs. 9 gennaio 2012, n. 4⁽⁵³⁾ (cfr. art. 1, co. 3 del Regolamento). Sono anche escluse le cessioni di prodotti agricoli e alimentari istantanee, in cui la consegna del prodotto e il pagamento del prezzo sono contestuali (cfr. art. 1, co. 4 del Regolamento). Resta fermo però che anche questi rapporti contrattuali sono invece sottoposti alla disciplina delle pratiche commerciali sleali di cui diremo poco oltre (cfr. *infra* par. 5).

Sul piano tipologico, i contratti di cessione dei prodotti agricoli e alimentari sono tutti i contratti che implicano il trasferimento della proprie-

(53) Ai sensi di tale disposizione sono imprenditori ittici i) i titolari di licenza di pesca che esercitano, professionalmente, in forma singola, associata o societaria, l'attività di pesca professionale e le attività connesse; ii) le cooperative e i consorzi di imprenditori ittici quando utilizzano prevalentemente prodotti dei soci ovvero forniscono prevalentemente ai medesimi beni e servizi diretti allo svolgimento delle attività di pesca professionale; iii) gli acquacoltori che esercitano in forma singola o associata attività di pesca professionale.

tà di prodotti agricoli e/o alimentari, dietro il pagamento di un prezzo. Il tipo contrattuale di riferimento è chiaramente la compravendita. In questo caso, quindi, il legislatore non ha delineato una nuova fattispecie trans-tipica o un nuovo tipo, bensì ha dettato una disciplina speciale per una sotto-specie di compravendita⁽⁵⁴⁾.

Considerando gli scopi di tutela e di politica economica dell'intervento legislativo, nonché il quadro normativo di riforme di cui fa parte, la disciplina in esame è una disciplina sì speciale, ma non eccezionale, che, pertanto, in base a un approccio teleologico-funzionale, può essere applicata ad altri contratti diversi dalla compravendita in senso stretto. La prima, e forse principale, categoria di contratti che viene in rilievo è quella dei contratti atipici misti che presentano caratteri della vendita e della somministrazione o della vendita e dell'agenzia, della vendita e del deposito, della vendita e del trasporto, etc. Ma occorre anche considerare i contratti atipici di matrice consuetudinaria in uso in agricoltura (come ad esempio i contratti di concessione del diritto di erbatico o taglio, i contratti di alpeggio e di svernamento o "*ad pastinandum*" che sono o possono involgere effetti traslativi di prodotti agricoli o alimentari). Gli strumenti a disposizione dell'interprete per applicare la nuova disciplina ai contratti diversi dalla compravendita sono più d'uno. Con riferimento ai contratti atipici misti, soccorrono innanzitutto i criteri elaborati dalla giurisprudenza in materia, vale a dire i criteri della prevalenza e della compatibilità⁽⁵⁵⁾. In ogni altro caso, si potrà ragionare secondo lo schema dell'*analogia legis*, evidentemente a condizione che tra il contratto concluso in concreto dalle parti e la fattispecie della cessione di cui all'art. 62 ricorra una somiglianza rilevante⁽⁵⁶⁾, tale da fare prevalere la disciplina *de qua* rispetto a ogni altra disciplina tipica o speciale⁽⁵⁷⁾.

Con una disposizione dal contenuto più declamatorio che precettivo, l'art. 62, co. 1., stabilisce che «I contratti devono essere informati a principi di trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca corri-

(54) Sul punto cfr. Cons. St., sez. cons. Atti Normativi del 27 settembre 2012, parere n. 4203/2012 in data 8 ottobre 2012.

(55) Cfr. ad es., tra le più recenti, Cass., 12 dicembre 2012, n. 22828, in *CED Cass. rv. 624406* e Trib. Milano, sez. VII, 29 febbraio 2012, in banca dati *Leggi d'Italia*, che seguono l'insegnamento di Cass., SS.UU., 12 maggio 2008, n. 11656, in *Corriere giur.*, 2008, p. 1380.

(56) Sulla struttura e i presupposti del ragionamento per analogia v. in part. VELLUZZI, *Osservazioni sull'analogia giuridica*, in *Tra teoria e dogmatica. Sei studi intorno all'interpretazione*, Pisa, 2012, p. 65 ss.

(57) Sulla vis espansiva delle discipline contrattuali di "parte speciale": cfr. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Il contratto. Dal contratto tipico al contratto alieno*, Torino, 2011, p. 313 ss., spec. p. 318 ss.

spettività delle prestazioni, con riferimento ai beni forniti». La norma aggiunge poco o nulla alla disciplina in esame. Vuoi perché i principi richiamati sono assai generici: è il caso della trasparenza, priva com'è allo stato di una disciplina puntuale in materia. Vuoi perché essi sono chiaramente ridondanti rispetto a principi del diritto dei contratti e delle obbligazioni in generale: è ovviamente il caso della correttezza. Vuoi perché in effetti replicano il generale divieto di pratiche commerciali sleali: è il caso della «proporzionalità e reciproca corrispettività delle prestazioni, con riferimento ai beni forniti» che non è un'imposizione *ex lege* di prezzi e/o quantità, ma piuttosto un altro modo per sancire il divieto di sfruttare lo squilibrio di forza commerciale e imporre condizioni economiche sostanzialmente discriminatorie rispetto al mercato, inique o eccessivamente gravose.

L'art. 62, co. 1 sancisce l'obbligo di stipulare i contratti in «forma scritta». Il tenore della norma sembra chiaro e di facile applicazione, ma così non è almeno sotto due profili.

In primo luogo, il Regolamento (cfr. art. 3, co. 1) dispone che il requisito di forma è soddisfatto da «qualsiasi forma di comunicazione scritta, anche trasmessa in forma elettronica o a mezzo telefax, avente la funzione di manifestare la volontà delle parti di costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale avente ad oggetto la cessione dei prodotti» agricoli o agroalimentari. Il riferimento alla manifestazione di volontà delle parti, al contrario di quello che potrebbe *prima facie* sembrare, non è un'inutile superfetazione. Implicitamente indica una delimitazione: *non* «qualsiasi forma di comunicazione scritta» è rilevante, ma solo quelle che manifestano la volontà del soggetto che le pone in essere. Inoltre, suggerisce che ove vi sia un dubbio sulla costituzione, modifica, o estinzione di un rapporto, il criterio interpretativo da usare è quello «volontaristico» o «intenzionalistico»⁽⁵⁸⁾.

In secondo luogo, va precisato che «forma scritta» non equivale a «documento sottoscritto»: in base al Regolamento (cfr. art. 3, co. 5), il requisito della «forma scritta» si considera osservato, pur in assenza di un testo contrattuale sottoscritto da tutte le parti, «in presenza di situazioni qualificabili equipollenti all'apposizione della firma, idonee a

(58) Come noto, rispetto alla materia contrattuale, questo è solo uno dei possibili criteri previsti dalla legge e/o usati dalla giurisprudenza e/o elaborati dalla dottrina per interpretare una dichiarazione scritta in caso di dubbio sul suo significato: di recente v. la ricostruzione, anche in chiave comparatistica, di VIGLIONE, *Metodi e modelli di interpretazione del contratto: prospettive di un dialogo tra common law e civil law*, Torino, 2011; in precedenza, v. lo stato dell'arte delineato da CARRESI, *Dell'interpretazione del contratto: art. 1362-1371 cod. civ.*, Bologna-Roma, 1992 e da BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, Milano, 1991.

dimostrare in modo inequivoco la riferibilità del documento scritto ad un determinato soggetto».

La disposizione testé citata si pone in continuità con l'esperienza giurisprudenziale formatasi con riguardo ai contratti formali in materia principalmente di rapporti bancari e finanziari, e in specie in materia di contratti relativi agli strumenti finanziari derivati (cfr. ad es. artt. 117 t.u.b. e art. 23 t.u.f.), che per l'appunto considera rispettato il requisito della forma scritta (*ad substantiam*) anche ove il documento contrattuale manchi della sottoscrizione delle parti (*i.e.* di tutte le parti), purché vi sia un equipollente. Come noto, la giurisprudenza consolidata considera equipollente, anzitutto, la produzione in giudizio del documento medesimo e, con una soluzione molto criticata dalla dottrina, usa far decorrere il rapporto *ex nunc*; una giurisprudenza più recente dà rilevanza alla presenza di documenti scritti e scambi di comunicazioni, per iscritto, in corso di rapporto, nonché ai documenti attuativi sottoscritti (e in tal caso, secondo l'indirizzo più liberale, il rapporto ha effetto *ex tunc*)⁽⁵⁹⁾.

L'obbligo della forma scritta *ex art. 62, co. 1*, non ha natura meramente formale, dal momento che la norma richiede altresì un contenuto minimo: i «contratti» devono indicare «la durata, le quantità e le caratteristiche del prodotto venduto, il prezzo, le modalità di consegna e di pagamento». Anche in questo caso occorre peraltro distinguere tra contratto e documento contrattuale, perché non è invero necessario che i suindicati elementi siano scritti propriamente nel documento contrattuale. Piuttosto, in applicazione del generale principio di determinabilità dell'oggetto del contratto è sufficiente che risultino: o (*i*) dai contratti quadro o accordi quadro o interprofessionali tipici del settore in esame (cfr. art. 3, co. 2 del Regolamento; vedi *supra* par. 2); oppure (*ii*) dai

(59) Cfr. ad es. da ultimo Cass., 22 marzo 2012, n. 4564, in banca dati *DeJure*, la quale ha ritenuto sufficiente a soddisfare la forma scritta *ad substantiam ex art. 117 t.u.b.* e a perfezionare il contratto sottoscritto dal solo cliente la condotta tenuta dalla Banca nel corso del rapporto, da cui si desumeva la volontà di avvalersi del contratto; in precedenza, Cass., 17 ottobre 2006, n. 22223, in *Mass. Foro it.*, 2006, col. 1782; tra le più recenti pronunce di merito che hanno affrontato la questione, si segnalano Trib. Novara, 2 novembre 2009, in *Giur. it.*, 2010, p. 601; Trib. Novara, 19 luglio 2012; App. Torino, 3 aprile 2012; Trib. Rimini, 27 ottobre 2011; Trib. Ravenna, sent. n. 1157/2011, 2 settembre 2011; Trib. Roma, sent. n. 2284/2011, 4 febbraio 2011, secondo cui «le comunicazioni prodotte dalla banca - estratti conto e conferme delle avvenute esecuzioni delle operazioni impartite (...) sottoscritte dal funzionario responsabile dell'istituto, devono ritenersi idonee (...) ad integrare il requisito della forma scritta richiesta della legge - *ex art. 23 t.u.f.* per il contratto "quadro" -, rappresentando l'espressa accettazione delle proposte contrattuali sottoscritte dal» cliente, le sentenze testé citate sono disponibili all'indirizzo www.ilcaso.it; Trib. Biella, 13 gennaio 2010, in RUPERTO, *La giurisprudenza sul codice civile. Coordinata con la dottrina*, Libro IV (artt. 1823-1935), Milano, 2012, *sub art. 1833*, p. 46.

documenti di trasporto o di consegna, dalle fatture, dagli scambi di comunicazioni e di ordini, anche antecedenti alla consegna dei prodotti (cfr. art. 3, co. 2 e 3, del Regolamento). In questa seconda serie d'ipotesi, affinché il requisito di forma-contenuto previsto dalla legge sia soddisfatto, i predetti documenti devono però indicare anche gli estremi del contratto di cessione e/o, se c'è, del contratto o dell'accordo quadro di riferimento. La previsione è assai opportuna sotto il profilo della certezza dei rapporti, considerando le molte difficoltà che nella prassi sovente s'incontrano nel determinare *ex post* a quale rapporto contrattuale vanno precisamente ricollegati i documenti attuativi (ordini, fatture, etc.). La portata di questa previsione risulta tuttavia in parte ridotta da un'altra possibile modalità attuativa dell'obbligo di forma-contenuto in esame (cfr. art. 3, co. 4, del Regolamento). Soddisfano infatti il requisito di legge anche i documenti di trasporto o di consegna e le fatture che, pur non indicando gli estremi del contratto di cessione, riportano tutti gli elementi minimi richiesti, nonché la seguente dicitura: «Assolve gli obblighi di cui all'articolo 62, co. 1, del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27».

Nella versione originaria dell'art. 62, co. 1, la forma e il contenuto minimo scritti erano previsti a pena di nullità, rilevabile d'ufficio dal giudice. La versione vigente tace del tutto sul punto; mentre è rimasta ferma la sanzione amministrativa pecuniaria di cui al co. 5, dell'art. 62, per il caso di violazione degli obblighi di forma-contenuto. I requisiti sono qualificati dal Regolamento «elementi essenziali», ma è ovvio che non basta tale dato per concludere che, pur non essendo più espressa la nullità, siamo nondimeno in presenza di una forma-contenuto "*ad substantiam*"⁽⁶⁰⁾. Senza dubbio, la modifica legislativa può costituire un argomento non secondario contro la tesi della nullità virtuale. È possibile tuttavia fornire una spiegazione alternativa della scelta del legislatore.

Se si considera la *ratio* "protettiva" della parte imprenditoriale "debole" e gli obiettivi anche di politica economica della normativa in esame, il rimedio originario della nullità era tutt'altro che opportuno, atteso che si trattava di una nullità assoluta, come tale azionabile anche dalla parte imprenditoriale più "forte". D'altra parte, occorre rilevare che - a differenza di quanto avviene nella subfornitura industriale e nei contratti del consumatore, dove i due ruoli di parte "debole" e "forte" del rapporto sono in astratto predeterminabili (da un lato, vi sono l'impresa "dipendente-cliente" e il consumatore; dall'altro lato, l'impresa "dominante" e il professionista) - nei rapporti contrattuali di cessione

(60) Da ultimo sul tema si segnala l'analisi di ADDIS, «Neoformalismo» e tutela dell'imprenditore debole, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 6 ss.

che formano le filiere agricole e agroalimentari non è determinabile in astratto chi sia tra il cedente e il cessionario la parte presuntivamente più “debole” e quella invece più “forte”. Com’è evidente stando alle indagini sulle filiere agricole e agroalimentari (cfr. *supra* par. 3), a ogni livello della catena, a seconda dei casi, vi sono posizioni di forza diverse ed anche invertite, per cui la parte “debole” in alcuni casi è colui che cede i prodotti agricoli/agroalimentari e in altri casi è all’opposto colui che li acquista (per rivenderli). In un simile contesto, il rimedio preferibile è la nullità relativa, invocabile dalla parte “debole” del rapporto⁽⁶¹⁾, la quale a seconda dei casi potrà essere o il cessionario o il cedente. E ciò richiede un accertamento (di fatto e preliminare) ulteriore rispetto alla ordinaria verifica della titolarità dell’azione di nullità. Quanto alla rilevabilità d’ufficio, essa dovrebbe essere ammessa solo a vantaggio della parte “debole” e sempreché la stessa non vi rinunci esplicitamente in sede di discussione ai sensi dell’art. 183, co. 3, c.p.c.⁽⁶²⁾.

5. Le pratiche commerciali sleali

Il co. 2 dell’art. 62 ha un ambito di applicazione può ampio rispetto al co. 1, dal momento che non riguarda solo i contratti di cessione (cfr. *supra* par. 4) ma tutte le «relazioni commerciali tra operatori economici» delle filiere agricole e agroalimentari. Esso vieta di: «a) imporre direttamente o indirettamente condizioni di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, nonché condizioni extracontrattuali e retroattive; b) applicare condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti; c) subordinare la conclusione, l’esecuzione dei contratti e la continuità e regolarità delle medesime relazioni commerciali alla esecuzione di prestazioni da parte dei contraenti che, per loro natura e *secondo gli usi commerciali*, non abbiano alcuna connessione con l’oggetto degli uni e delle altre; d) conseguire indebite prestazioni unilaterali, non giustificate dalla natura o dal contenuto delle relazioni commerciali; e) adottare *ogni ulteriore condotta commerciale sleale* che risulti tale *anche tenendo conto del complesso delle relazioni commerciali che caratterizzano le condizioni di approvvigionamento*» (enfasi nostre).

(61) Sul tema v. da ultimo lo studio di PAGLIANTINI, *L’azione di nullità tra legittimazione ed interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 407 ss.

(62) Sul tema, da ultimo v. il contributo di SCOGNAMIGLIO, *Il giudice e le nullità: punti fermi e problemi aperti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Nuova leggi civ. comm.*, 2013, I, p. 28 ss., nota di commento a Cass., SS.UU., n. 14828/2012 e Cass., n. 21083/2012.

L'elenco è meramente esemplificativo come risulta esplicitamente dalla clausola finale che rinvia a «*ogni ulteriore condotta commerciale sleale*», nonché dall'art. 4 del Regolamento secondo cui: *i*) «rientrano nella definizione di “condotta commerciale sleale” anche il mancato rispetto dei principi di buone prassi e le pratiche sleali identificate dalla Commissione europea e dai rappresentanti della filiera agro-alimentare a livello comunitario nell'ambito del Forum di Alto livello per un migliore funzionamento della filiera alimentare» (cfr. co. 1 e all. al Regolamento, enfasi nostra); *ii*) è inoltre vietato «qualsiasi comportamento del contraente che, *abusando della propria maggior forza commerciale, imponga condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose*, ivi comprese quelle che: a) prevedano a carico di una parte l'inclusione di servizi e/o prestazioni accessorie rispetto all'oggetto principale della fornitura, anche qualora queste siano fornite da soggetti terzi, senza alcuna connessione oggettiva, diretta e logica con la cessione del prodotto oggetto del contratto; b) escludano l'applicazione di interessi di mora a danno del creditore o escludano il risarcimento delle spese di recupero dei crediti; c) determinino, in contrasto con il principio della buona fede e della correttezza, prezzi palesemente *al di sotto dei costi di produzione medi dei prodotti oggetto delle relazioni commerciali e delle cessioni da parte degli imprenditori agricoli* [enfasi nostre]» (cfr. art. 4, co. 2)⁽⁶³⁾.

Come si evince dalle disposizioni testé citate le norme di fonte primaria e secondaria delineano come sleali più condotte simili, se non identiche, non senza incorrere in evidenti difetti redazionali e di coordinamento. Dalle stesse si evince comunque una definizione generale complessiva di pratica sleale nelle relazioni commerciali del seguente tenore: è sleale e dunque vietato imporre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, abusando della propria forza commerciale.

La legge stessa indica alcuni parametri per dare contenuto a tale divieto: le buone prassi e gli usi commerciali. Parametri dell'abuso del potere economico/contrattuale e della gravosità ingiustificata saranno quindi le condizioni presenti nel “micro-mercato” e nella filiera di riferimento⁽⁶⁴⁾, a patto che mercati e filiere funzionino in maniera fisiologica e concorrenziale e non siano invece a loro volta pregiudicati da condotte

(63) In base all'art. 4, co. 3, del Regolamento è sleale e dunque vietato pattuire che un termine dilatorio tra la consegna dei prodotti e l'emissione della fattura da parte del cedente, a meno che si tratti di consegne ripartite nell'arco di un mese, posto che in tal caso la fattura va emessa solo dopo aver eseguito l'ultima consegna del mese. V. *infra* par. 5.

(64) Si noti che la lett. *e*) del co. 2 dell'art. 62 impone di tenere conto anche «del complesso delle relazioni commerciali che caratterizzano le condizioni di approvvigionamento», cioè l'intera filiera “a monte” e “a valle” del singolo rapporto.

commerciali sleali che rendono complessivamente patologiche le relazioni tra i loro operatori economici.

Il d.l. Cresci Italia e il Regolamento indicano anche alcuni principi cui devono ispirarsi le relazioni commerciali nella filiera agricola e agroalimentare rilevanti per dare contenuto al generale divieto di pratiche commerciali sleali⁽⁶⁵⁾. Cardine della disciplina è il principio dell'autonomia (contrattuale) intesa sì come libertà, ma anche come responsabilità rispetto alle proprie determinazioni e come dovere di assunzione dei conseguenti costi e rischi. Poi, da un lato, vi sono principi di efficienza, ottimizzazione delle risorse e sostenibilità economica; dall'altro lato vi sono principi di diligenza, fiducia, trasparenza, confidenzialità.

Sul piano della fattispecie, la sovrapposizione tra le condotte vietate dalla nuova normativa e quelle proibite dalla normativa antitrust europea e nazionale (cfr. artt. 101 e 102 del TFUE e artt. 2 e 3, l. n. 287 del 1990) è evidente, anche se si sono giustamente notate alcune discrasie e incongruenze⁽⁶⁶⁾.

Limitandosi ad alcuni rilievi principali, la lett. a) dell'art. 62, co. 2 è pressoché identica alla lett. a), degli artt. 101, co. 1 e 102 TFUE (si parla infatti di condizioni «ingiustificatamente gravose» anziché «non eque») e agli artt. 2, co. 2 lett. a), e 3, co. 1, lett. a), della l. 287/1990 (che vietano tout court di «fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali»).

Quanto alle «condizioni extracontrattuali» (cfr. lett. a), art. 62, co. 2), la precisazione vale a sottolineare la rilevanza anche di quanto non è strettamente inerente al rapporto contrattuale *inter partes* perché ad esempio riguarda relazioni con terzi e la posizione di ciascun operatore economico nella filiera. Analogo significato ha il divieto di conseguire indebite prestazioni unilaterali, non giustificate dalla natura o dal contenuto delle relazioni commerciali (cfr. lett. d), art. 62, co. 2).

In merito alla slealtà di «condizioni ... retroattive» (cfr. lett. a)), art. 62, co. 2), occorre notare che di per sé le parti sono libere di accordarsi anche ora per allora e modificare in via retroattiva il rapporto può essere pure necessario o equo in talune circostanze (ad esempio ove sopravvenienze modifichino in maniera determinante i presupposti del rapporto).

Anche il divieto di applicare condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti (cfr. lett. b), art. 62, co. 2) non va inteso in senso asso-

(65) Sul punto v. in part. l'allegato al Regolamento cioè il documento del Forum europeo più volte citato.

(66) Cfr. ad es. ARGENTATI, *La disciplina speciale delle relazioni commerciali nel settore agroalimentare. riflessioni sull'art. 62 l. n. 27 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2012, p. 441 ss.

luto come divieto di praticare ad esempio prezzi o sconti o condizioni di consegna o relative ai resi, etc. differenziate, a seconda dei clienti, pur in relazione a prodotti appartenenti alla stessa categoria merceologica. Ciò che s'intende vietare - come risulta anche dalla disciplina antitrust (cfr. artt. 101, co. 1, lett. *d*), e 102 lett. *c*), TFUE e artt. 2, co. 2, lett. *d*), e 3, co. 1, lett. *c*) della l. 287/1990) è l'applicazione di condizioni ingiustificatamente discriminatorie e pregiudizievoli nei confronti di taluni operatori.

La lett. *c*) dell'art. 62, co. 2 itera le corrispondenti previsioni del diritto antitrust (cfr. artt. 101, co. 1, lett. *e*), e 102, lett. *d*), TFUE e artt. 2, co. 2, lett. *e*) e 3, co. 1, lett. *d*), l. 287/1990) e, letto in combinazione con la lett. *a*), co. 2, art. 4 del Regolamento, vieta in sostanza di subordinare i rapporti contrattuali e/o le relazioni commerciali a prestazioni o servizi forniti anche da terzi che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non presentino alcuna giustificabile connessione con l'oggetto del contratto o relazione tra le parti.

In merito al divieto di «prezzi palesemente al di sotto dei costi di produzione medi dei prodotti» (cfr. cfr. art. 4, co. 2, del Regolamento) occorre rilevare che vendere sotto-costo non è di per sé una pratica abusiva; in presenza di talune situazioni di mercato può essere giustificato in forza di ragioni propriamente economiche-commerciali, sicché quel che è vietato sono le pratiche di dumping in spregio alla buona fede e alla correttezza negli affari.

Il Regolamento vieta poi, in quanto abusiva, l'esclusione dell'applicazione degli interessi di mora a danno del creditore, nonché l'esclusione del risarcimento delle spese di recupero dei crediti (cfr. art. 4, co. 2, lett. *b*)). Nel primo caso non è ammessa la prova contraria e siamo quindi in presenza di un abuso *di per sé* (cfr. art. 7, co. 3, d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, come mod. dall'art. 1 d.lgs. 192/2011). Nel secondo caso la prova contraria è invece ammessa (cfr. art. 7, co. 4, d.lgs. 231/2002 e s.m.i.), per cui pare possibile ad esempio dimostrare che una clausola che limita il risarcimento delle spese di recupero dei crediti non è abusiva. Occorre infatti considerare che il creditore ha diritto al rimborso dei costi e delle spese sostenute per il recupero del credito, ivi incluse quelle per l'assistenza, oltre un importo forfettario pari a 40 euro (cfr. art. 6 d.lgs. 231/2002 e s.m.i.). E le parti possono regolare il risarcimento del danno e il rimborso delle suddette spese, a condizione che la clausola contrattuale o il patto non risultino gravemente iniqui in danno del creditore, nel qual caso sono nulli (cfr. art. 7, co. 1, d.lgs. 231/2002 e s.m.i.). In tale ipotesi, essendo la nullità parziale, tornano ad applicarsi le previsioni di legge sopra ricordate.

Un altro divieto imposto dall'art. 6 co. 2 del Regolamento che può configurare una condotta sleale è «negare il pagamento dell'intero importo pattuito per la fornitura a fronte di contestazioni solo parziali relative

all'adempimento della medesima». Si tratta di un'applicazione del principio di cui all'art. 1460, co. 2, c.c.

Sul fronte delle tutele *inter partes* i rimedi sono la domanda di inibitoria della pratica commerciale sleale⁽⁶⁷⁾, e il risarcimento del danno a norma degli artt. 1223, 1226, 1227, 1228 c.c. Quanto al termine di prescrizione, pur essendo controverso se la fattispecie delle pratiche commerciali sleali abbia natura extracontrattuale o piuttosto matrice contrattuale per violazione di un'obbligazione *ex lege* (cfr. art. 1173 c.c.), seguendo l'orientamento più recente della giurisprudenza in materie analoghe⁽⁶⁸⁾, si può propendere per questa seconda ipotesi e ritenere che il termine di prescrizione sia quello ordinario decennale.

6. I termini di pagamento e fatturazione e la mora da ritardo

La nuova normativa prevede due termini legali di pagamento del corrispettivo dei prodotti ceduti⁽⁶⁹⁾. Ove si tratti di «prodotti alimentari deteriorabili»⁽⁷⁰⁾ il termine legale è pari a trenta giorni; per tutti gli altri prodotti agricoli e agroalimentari è invece pari a sessanta giorni (cfr. art. 62, co. 3).

In ogni caso, il termine decorre dall'ultimo giorno del mese di ricevimento della fattura (cfr. art. 62, co. 3, e art. 5 del Regolamento)⁽⁷¹⁾.

(67) Attivabile anche dalle associazioni di categoria *ex art.* 62, co. 10.

(68) Le fattispecie della responsabilità da violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale prevista dall'art. 2497 c.c. e della responsabilità da abuso di dipendenza economica vengono dalla più recente giurisprudenza della Cassazione considerate di natura contrattuale: cfr. Cass. SS.UU., 25 novembre 2011, n. 24906, in *Foro it.*, 2012, n. 3, I, c. 805. Nella giurisprudenza di merito v. ad es. Trib. Milano, sez. VIII, 7 ottobre 2010, in banca dati *DeJure*; Trib. Milano, sez. VIII, 17 giugno 2011, in *Società*, 3, 2012; Trib. Milano, 22 gennaio 2001, in *Fall.*, 2001, p. 1155; Trib. Catania, sez. Bronte, ord. 9 luglio 2009, in *Foro it.*, 2009, I, col. 2813 ss.

(69) La nuova normativa non si applica alla cessione dei prodotti alcolici che resta regolata dall'art. 22, l. 18 febbraio 1999 n. 28 e s.m.i.

(70) Ai sensi dell'art. 62, co. 4, I «prodotti alimentari deteriorabili» sono «i prodotti che rientrano in una delle seguenti categorie: a) prodotti agricoli, ittici e alimentari preconfezionati che riportano una data di scadenza o un termine minimo di conservazione non superiore a sessanta giorni; b) prodotti agricoli, ittici e alimentari sfusi, comprese erbe e piante aromatiche, anche se posti in involucro protettivo o refrigerati, non sottoposti a trattamenti atti a prolungare la durabilità degli stessi per un periodo superiore a sessanta giorni; c) prodotti a base di carne che presentino le seguenti caratteristiche fisico-chimiche: aW superiore a 0,95 e pH superiore a 5,2 oppure aW superiore a 0,91 oppure pH uguale o superiore a 4,5; d) tutti i tipi di latte». Per inciso, un problema applicativo si pone per il latte a lunga conservazione.

(71) Il cedente deve emettere una fattura separata per ciascuna cessione che sia assog-

La data certa del ricevimento è quindi essenziale⁽⁷²⁾; in mancanza, si assume, salvo prova contraria, che la medesima coincide con la data di consegna dei prodotti (cfr. art. 5, co. 4 del Regolamento).

In base all'art. 4, co. 3, del d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, come mod. dall'art. 1 del d.lgs. 192/2011, le parti possono pattuire un termine per il pagamento superiore a quello previsto dalla legge sopradetto (pari a trenta e sessanta giorni), ma il patto deve essere scritto ed è valido a condizione che esso non risulti gravemente iniquo per il creditore⁽⁷³⁾. Ove per tale ragione il patto fosse nullo, rimane fermo il termine di legge (cfr. art. 7 d.lgs. 231/2002 e s.m.i.). La nullità può essere dichiarata anche d'ufficio e la grave iniquità, presupposto della nullità, va accertata «avuto riguardo a tutte le circostanze del caso». Elementi che il giudice deve valutare sono «il grave scostamento dalla prassi commerciale in contrasto con il principio di buona fede e correttezza», la natura del prodotto oggetto del contratto di cessione, e l'eventuale esistenza di motivi oggettivi per derogare alla disciplina legale (cfr. art. 7 d.lgs. 231/2002 e s.m.i.).

Gli interessi legali di mora per il ritardo decorrono automaticamente - cioè senza che sia necessaria la costituzione in mora - dal giorno successivo alla scadenza del termine di pagamento, definito con le precisazioni di cui sopra (cfr. art. 62, co. 3; art. 4 d.lgs. 231/2002 e s.m.i.).

Essi sono calcolati utilizzando il tasso di riferimento determinato in generale dalla disciplina sul ritardo dei pagamenti nelle transazioni commerciali (cfr. art. 5, co. 2, del d.lgs. 231/2002 e s.m.i.), aumentato di due punti percentuali (cfr. art. 62, co. 3, e artt. 2, co. 1, lett. *f*) e *g*) e 6, co. 1 del Regolamento). Tale tasso di interesse è inderogabile (cfr. art. 62, co. 3, e art. 6, co. 1, del Regolamento). Su questo punto, dunque, nelle transazioni commerciali relative ai prodotti agricoli o alimentari non vi è alcuno spazio per l'autonomia privata, a differenza di quanto avviene invece nelle transazioni commerciali tra imprese negli altri settori merceologici.

gettata a termini di pagamento differenti, salvo che si tratti di cessione a consegne ripartite nell'arco di un mese, nel qual caso la fattura deve essere emessa dopo aver eseguito l'ultima consegna del mese (cfr. art. 4, co. 3, e art. 5, co. 2, del Regolamento).

(72) Come data di ricevimento della fattura fa fede, nel caso di consegna a mani, la data della stessa, altrimenti vale la data di invio a mezzo di lettera raccomandata A.R. o tramite PEC o sistema EDI o altro mezzo equivalente, previsto dalla vigente normativa fiscale (art. 5, co. 3 del Regolamento).

(73) Questa possibilità di deroga convenzionale vale solo se le parti sono soggetti privati; diversa è infatti la disciplina se il cedente e/o il cessionario sono imprese pubbliche, ipotesi di cui non ci si occupa nel presente lavoro (cfr. art. 4, co. 4 e 6 d.lgs. 231/2002 e s.m.i.).

Abstract

This essay is an analysis of the new Italian law about agricultural and food products' sale contracts and commercial relationships introduced by art. 62 decree 24 January 2012 n. 1 and its regulative provisions. Besides a rough sketch of the content of the new law, it is individuated its spatial and material sphere of application. Then it is portrayed the Italian legislation about agricultural and food supply chains in force since the Nineties and the current trends of Italian contract law with regard to enterprises' nettings and commercial contracts. Therefore, it is presented some special features of agricultural products' and food's markets in Italy and some main market's failures of the systems of production and distribution of these goods. In the last paragraphs it is investigated the requirements of form and the minimum content of agricultural products and food contracts according to art. 62 above mentioned; and it is discussed which remedy shall be granted by the parties. Then it is described the rules and principles against the unfair commercial practices stated by the new law. At the end, it is presented the rules about the terms of payment and the interests for delay, according to art. 62 and the provisions stated by d.lgs. 231/2002, as recently modified by d.lgs. 192/2011.

La responsabilità dei condòmini per le obbligazioni contratte dall'amministratore

Marco Ticozzi
*Professore aggregato di Diritto privato
nell'Università Ca' Foscari Venezia*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. La scelta tra solidarietà e parziarietà: quale interesse tutelare? - 3. L'interesse del mercato. - 4. La responsabilità dei condòmini prima della modifica dell'art. 63 disp. att. c.c. - 5. La nuova responsabilità solidale dei condòmini.

1. Introduzione

La recente riforma della disciplina del condominio⁽¹⁾, tra le altre cose ha regolato la responsabilità dei differenti condòmini per le obbligazioni contratte dall'amministratore nell'interesse comune. Il che è avvenuto fissando un vincolo solidale tra tali soggetti ma limitando la possibilità di agire del creditore.

Il tema è peraltro risalente. In passato la giurisprudenza aveva offerto soluzioni differenziate, confermando in un primo momento e per molto tempo l'esistenza di un vincolo solidale tra i condòmini e spingendo poi per la soluzione opposta, vale a dire quella della parziarietà del vincolo.

Ovviamente in astratto la scelta dovrebbe essere di politica legislativa, trattandosi di decidere quali siano i soggetti su cui far ricadere il rischio del mancato pagamento da parte di uno o più condòmini. Ma, proprio perché fino alla recente riforma mancava una previsione espressa, in passato vi era maggiore spazio per soluzioni differenti volte a favorire uno dei due interessi coinvolti.

(1) Legge 11 dicembre 2012, n. 220, che ai sensi dell'art. 32 entra in vigore il 17 giugno 2013.

2. La scelta tra solidarietà e parziarietà: quale interesse tutelare?

Come noto, la solidarietà è una delle discipline che si applica ai rapporti obbligatori in cui vi sia una pluralità soggettiva dal lato passivo⁽²⁾: ma in tali situazioni la previsione che i più debitori siano tenuti solidalmente, e quindi tutti per l'intera prestazione anche con riferimento alle quote interne dei consorti, è solo una delle opzioni di regolamentazione della fattispecie. Alternativa alla solidarietà, infatti, è la parziarietà del vincolo: anche ora vi sono più condebitori ma ogni soggetto è tenuto solo per la quota interna che lo coinvolge direttamente.

Ovviamente le differenze sono evidenti. In un caso ognuno garantisce anche la prestazione degli altri, mentre nell'altro ognuno risponde solo per ciò che lo riguarda in via immediata.

Da tale profilo, diventa quindi importante la scelta operata del legislatore per l'una o per l'altra regola: ove si stabilisca che i più debitori rispondano in solido, si avvantaggerà il creditore che potrà disporre di più patrimoni per soddisfare il proprio credito; nell'ipotesi contraria, invece, saranno i debitori a essere maggiormente tutelati, giacché appunto non rischieranno di dover pagare anche le quote dei consorti. In tal caso, infatti, il creditore dovrà agire con plurime azioni per soddisfare il proprio credito complessivo.

Mentre tradizionalmente si era indicato che delle obbligazioni contratte dall'amministratore del condominio rispondessero solidalmente tutti i condomini⁽³⁾, trattandosi di un unico debito gravante su più condebitori, più recentemente le Sezioni Unite⁽⁴⁾ hanno indicato che in tale fattispecie l'obbligazione deve intendersi parziaria, donde al creditore si imporrebbe la necessità di agire verso ogni condebitore *pro quota*.

Come anticipato, le varie soluzioni proposte in passato erano dirette a tutelare situazioni diverse.

(2) In generale sulle obbligazioni solidali si veda: GANGI, *Le obbligazioni, concetto-obbligazioni naturali- solidali- divisibili e indivisibili*, Milano, 1951; BRANCA, *Obbligazioni solidali, correali, collettive*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 150 ss.; AMORTH, *L'obbligazione solidale*, Milano, 1959; GIORGIANNI, *Obbligazione solidale e parziaria* (voce), in *Noviss. Dig. it.*, XI, 1965; RUBINO, *Delle obbligazioni, (obbligazioni alternative, obbligazioni in solido, obbligazioni divisibili e indivisibili)*, in *Commentario al codice civile Scialoja e Branca*, Bologna-Roma 1968; BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, 1974; DI MAJO, *Obbligazioni solidali (e indivisibili)* (voce), in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979; MAZZONI, *Le obbligazioni solidali e indivisibili*, in *Trattato Rescigno*, IX, Torino, 1984; TICOZZI, *Studio sulle obbligazioni solidali*, Padova, 2012.

(3) Cass., 31 agosto 2005, n. 17563; Cass., 30 luglio 2004, n. 14593; Cass., 17 aprile 1993, n. 4558; Cass., 5 aprile 1982, n. 2085.

(4) Cass. SS.UU., 8 aprile 2008, n. 9148.

È giusto che ogni condomino risponda anche per gli altri, ad esempio per servizi o prestazioni per le quali abbia goduto solo in parte? Chiaramente ognuno si sentirebbe di dire che vi sono dei profili di iniquità nel costringere i condomini a pagare anche i debiti di quello che non possa o voglia pagare spontaneamente.

Ma quest'interesse è solo uno di quelli coinvolti dalla fattispecie⁽⁵⁾: è giusto che il terzo che ha fornito un bene al condominio, magari con la previsione che il corrispettivo verrà pagato in un secondo momento⁽⁶⁾, debba agire per il recupero del credito non pagato dall'amministratore *pro quota* verso ogni condomino?

Non sarebbe in tal caso più logico allocare il rischio del mancato pagamento di un condomino sugli altri, posto che sono proprio questi ad aver maggior controllo della situazione e maggiori possibilità di recupero?

Infatti, il terzo dovrebbe anzitutto informarsi di quali siano i condomini e le quote millesimali di ognuno; dovrebbe poi agire con plurime azioni di recupero⁽⁷⁾, ecc. Per contro, il condominio da un lato potrebbe preventivamente delibare la spesa accantonando il relativo costo e dall'altro, comunque, pagare l'intero ripartendo il costo tra tutti e agendo quindi solo per la quota non pagata.

Peraltro, la scelta tra parziarietà e solidarietà coinvolge anche questioni di carattere più generale, come favorire o meno la contrattazione in determinati settori: il fornitore del condominio, ove l'opzione sia quella della parziarietà, certo sarà stimolato a non fornire beni a meno che il pagamento sia contestuale oppure la richiesta della prestazione sia garantita da tutti i condomini.

(5) DI MAJO, *Solidarietà e parziarietà nelle obbligazioni condominiali: l'eterno ritorno*, in *Corr. Giur.*, 2008, p. 778 evidenzia come con la parziarietà si valorizzano «i diritti di ciascun condomino sulle cose comuni» mentre con la solidarietà «si perseguono obiettivi di più sicura gestione di queste, specie in favore di coloro che entrano in rapporti col condominio. Sarebbe assurdo che i creditori del condominio avessero a che fare con centinaia di singoli condomini debitori, ove si tratti di grandi condomini».

(6) Ovviamente, se vi fosse contestualità tra prestazioni, non vi sarebbe neppure la necessità di recuperare il credito: ove il corrispettivo venga infatti pagato al momento dell'esecuzione della prestazione oppure in via anticipata, il problema non si porrebbe.

(7) Evidenzia come la parziarietà provochi proprio il frazionamento del credito e il moltiplicarsi delle azioni esecutive BACCIARDI, *Dalla solidarietà alla parziarietà: il revirement delle sezioni unite sul regime attuativo del condebito condominiale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, pp. 1035-1036.

3. *L'interesse del mercato*

La verità, come indica l'esempio sopra riportato, è che la scelta tra parziarietà e solidarietà non è solo una decisione che coinvolge creditore e debitori, ma più in generale l'interesse del mercato. Proprio per favorire questo, il legislatore del 1942, dovendo integrare le disposizioni generali del codice civile e di quello di commercio, optò per la soluzione che era già presente nel codice di commercio e che valorizzava il principio del *favor creditoris*⁽⁸⁾: un ulteriore segno della commercializzazione dei rapporti privatistici, che in linea generale si indica essere stato il tratto distintivo dell'unificazione⁽⁹⁾.

Infatti, l'art. 1294 c.c. in vigore prevede la solidarietà tra i condebitori se dalla legge o dal titolo non risulti diversamente.

Nella relazione al codice civile n. 597⁽¹⁰⁾ vi è qualche cenno in tal senso, pur essendo l'argomento poco valorizzato. La regola fissata dal richiamato art. 1294 c.c. rappresentò infatti una «estensione dell'art. 40, primo e secondo comma, cod. comm.», previsione che «ha potuto prevalere su quella contraria dell'art. 1188, primo comma, cod. civ. del 1865 perché si è manifestata più congrua alla realtà della vita».

Peraltro, la presunzione di solidarietà si indicò poggiare anche su altre due ragioni.

La prima è quella per la quale generalmente, quando due debitori sono tenuti in solido, ciò avviene perché vi è una comunione di interessi: ed allora, nella decisione se sia preferibile favorire i più condomini oppure il terzo che abbia contrattato con il solo amministratore del condominio, non ha rilievo preminente, oltre all'aspetto relativo alla garanzia per il creditore, proprio quello della comunione di interessi tra condomini?

Come sopra indicato, proprio perché tali soggetti sono reciprocamente legati e assumono obbligazioni nell'interesse comune, da un lato sono avvantaggiati da una tale gestione condivisa e dall'altro, proprio per tale

(8) DI MAJO, *Solidarietà e parziarietà nelle obbligazioni condominiali* cit., p. 778; GNANI, *La responsabilità solidale. Art. 2055*, in *Commentario al codice civile Schlesinger - Busnelli*, Milano, 2005, p. 13; COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, 1948, p. 145; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, p. 38; GIACQUINTO, *Delle obbligazioni in solido*, in *Commentario D'Amelio-Finzi*, Firenze, 1948, p. 244.

(9) GALGANO, *Il diritto privato tra codice e costituzione*, Bologna, 1979, p. 32 ss.

(10) Come noto, peraltro, la Relazione al codice civile, così come le relazioni ministeriali ai disegni di legge, non ha valore vincolate nella determinazione della *ratio* delle disposizioni: SACCO, *L'interpretazione*, in *Le fonti del diritto Italiano*, II, in *Trattato di diritto civile Sacco*, Torino, 1999, p. 192; ROTONDI, *Interpretazione delle leggi* (voce), in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 896; QUADRI, *Applicazione della legge in generale*, in *Commentario al codice civile Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1974, p. 225 ss.

vicinanza, hanno maggior facilità di porre rimedio ai comportamenti, come il rifiuto di pagare, posti in essere da uno solo di loro.

La seconda è quella diretta a giustificare la presunzione di solidarietà in virtù dei principi ispiratori del sistema fascista invocati a quel tempo: «nel diritto romano, la regola della parziarietà sembra abbia guadagnato terreno col progressivo accentuarsi del movimento di favore per il debitore: pertanto non poteva mantenersi in un sistema come il fascista, che tende ad abbandonare ogni sentimentale pietismo verso chi assume un'obbligazione»⁽¹¹⁾. Volendo depurare l'indicazione dal riferimento all'ispirazione dell'epoca, resta il fatto che emerge appunto il passaggio dalla tutela del debitore al *favor creditoris*. Si tratta di un principio fondamentale per la comprensione delle regole e delle scelte nella disciplina delle obbligazioni solidali. Le relative previsioni non si limitano cioè a essere solo l'insieme di regole che disciplinano un'obbligazione con pluralità soggettiva ma, proprio nelle fondamenta, si fondano su principi tesi a valorizzare il commercio e più in generale la circolazione della ricchezza: il che avviene attraverso la rassicurazione del creditore che sa, quando contratta con più soggetti, che tutti garantiscono l'intero debito con il proprio patrimonio.

Il *favor creditoris* che si coglie nella presunzione di solidarietà, quindi, non è tanto diretto a tutelare una delle due parti del rapporto obbligatorio, pur costituendone la conseguenza più immediata, quanto volto più in generale a favorire un'economia produttiva⁽¹²⁾, con «una circolazione la più ampia, la più celere, la più sicura possibile»⁽¹³⁾.

4. La responsabilità dei condomini prima della modifica dell'art. 63 disp. att. c.c.

Proprio per il rilievo che assume il *favor creditoris*, ci sembra che, in assenza di una previsione speciale che impedisca l'applicazione della presunzione di solidarietà fissata dall'art. 1294 c.c., non sia possibile pervenire a un analogo risultato in via interpretativa, quantomeno ricavando tale principio dal mero bilanciamento degli interessi delle due parti del rapporto. Tale scelta, come sottolineato, frustrerebbe lo scopo

(11) Relazione al codice civile, n. 597.

(12) Pur fuoriuscendo dal tema d'indagine, semmai il problema poi si pone in concreto giacché i tempi della giustizia e delle procedure esecutive nonché le difficoltà probatorie spesso rendono inattuabile la responsabilità patrimoniale fissata dal diritto sostanziale.

(13) GALGANO, *Il diritto privato tra codice e costituzione* cit., p. 35.

ulteriore che la previsione persegue e si porrebbe in controtendenza rispetto allo spazio che è generalmente attribuito alla solidarietà.

Prima della riforma della disciplina del condominio, peraltro, mancava una previsione espressa che indicasse se le obbligazioni dei condomini dovessero considerarsi solidali o parziarie.

Proprio per tale ragione e in considerazione del fatto che si era in presenza di più condebitori tenuti all'adempimento della stessa prestazione, per molto tempo non solo la giurisprudenza ma anche la letteratura avevano confermato la natura solidale del vincolo⁽¹⁴⁾. Indirizzo, recentemente sovvertito dalle Sezioni Unite, per le quali le obbligazioni assunte dall'amministratore vincolerebbero i condomini solo pro quota: infatti, «le obbligazioni assunte dall'amministratore in rappresentanza e nell'interesse dei condomini, per la conservazione ed il godimento delle parti e degli impianti comuni dell'edificio, per la prestazione dei servizi nell'interesse comune e per le innovazioni deliberate dalla maggioranza, consistendo in prestazioni di somme di denaro, come tali naturalisticamente divisibili, non vincolano in solido i condomini, i quali rispondono unicamente nei limiti della rispettiva quota, secondo i criteri dell'art. 1123 c.c.; sicché il terzo creditore, conseguita in giudizio la condanna dell'amministratore quale rappresentante dei condomini (nella specie, per il pagamento del corrispettivo per lavori eseguiti nell'edificio condominiale), può procedere esecutivamente nei confronti di questi ultimi non per l'intera somma dovuta, bensì solo nei limiti della quota di ciascuno»⁽¹⁵⁾.

L'indicazione non è però condivisibile, anzitutto sul piano delle motivazioni⁽¹⁶⁾. La sentenza, infatti, giustifica tale soluzione affermando

(14) BUSNELLI, *op. cit.*, p. 457 ss.; DE TILLA, *Sulla solidarietà dei condomini per le obbligazioni contratte dal condominio*, in *Giust. civ.*, 1993, p. 2684 ss.; BRANCA, *Solidarietà delle obbligazioni dei condomini verso i terzi*, in *Foro pad.*, 1962, p. 1209 ss.; BASILE, *Condominio degli edifici (voce)*, in *Encicl. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988, p. 8 ss.

(15) Cass. SS.UU., 8 aprile 2008, n. 9148: soluzione confermata anche dalle successive Cass., 21 luglio 2009, n. 16920 e Cass., 30 gennaio 2012, n. 1289. Tale posizione, invece, era minoritaria in letteratura: in questo senso CORONA, *Appunti sulla situazione soggettiva di condominio*, in *Riv. Not.*, 2006, p. 633 ss.; PERETTI GRIVA, *Osservazioni in materia dell'obbligazione dei condomini per spese necessarie per la prestazione dei servizi nell'interesse comune*, in *Giur. it.*, 1952, I, c. 608; NOBILE, *La solidarietà nelle obbligazioni del condominio*, in *Giur. Cass. civ.*, 1951, II, p. 384.

(16) Critica è anche la dottrina che si è occupata del tema in seguito a tale decisione: DI MAJO, *Solidarietà e parziarietà nelle obbligazioni condominiali* cit., p. 778; TRIPALDI, *Sulla natura solidale dell'obbligazione dei condomini*, in *Giur. it.*, 2009, p. 131 ss.; IZZO, *L'attuazione parziaria delle obbligazioni condominiali: una restaurazione ottocentesca del favor debitoris*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 789 che parla di «capovolgimento della relazione tra norma generale e speciale»; PIOMBO, *Note minime sulla solidarietà (negata dalle sezioni unite della cassazione) nelle obbligazioni condominiali*, in *Foro it.*, 2008, I, c. 351, per il quale la decisione è basata

che vada ritenuto che «la solidarietà passiva, in linea di principio, esige la sussistenza non soltanto della pluralità dei debitori e della identica causa dell'obbligazione, ma altresì della indivisibilità della prestazione comune; che in mancanza di quest'ultimo requisito e in difetto di una espressa disposizione di legge, la intrinseca parziarietà della obbligazione prevale»⁽¹⁷⁾. Viceversa, l'art. 1294 c.c. fissa il principio opposto, giacché l'obbligazione in cui vi sono più condebitori è solidale se non risulta diversamente: non distingue affatto tra tipologie di obbligazioni solidali e tra prestazioni divisibili o indivisibili.

Anzi, che la disciplina sulle obbligazioni solidali riguardi proprio e anzitutto le prestazioni divisibili, come quelle di denaro, è confermato dal fatto che quelle indivisibili sono regolate separatamente⁽¹⁸⁾: gli artt. 1314 c.c. e seguenti, infatti, estendono la disciplina della solidarietà anche a tale tipologia di obbligazioni apportando alcune deroghe.

Piuttosto che stravolgere la disciplina delle obbligazioni solidali, non essendovene ragione⁽¹⁹⁾, la sentenza delle Sezioni Unite avrebbe potuto provare a valorizzare altri profili, indicati ma che sono rimasti marginali. La decisione, infatti, ha giustificato la scelta anche sottolineando che «l'amministratore -in quanto non può obbligare i singoli condomini se non nei limiti dei suoi poteri, che non contemplano la modifica dei criteri di imputazione e di ripartizione delle spese stabiliti dall'art. 1123 c.c.-

su argomentazioni di carattere generale e, proprio per questo, è "sovversiva" dei risultati precedentemente acquisiti; BERTOTTO, *Sulla natura solidale delle obbligazioni assunte dall'amministratore in rappresentanza dei condomini*, in *Giur. it.*, 2008, c. 2716, che evidenzia come la decisione lasci «perplexi, perché in sostanza porta ad un'abrogazione tacita della norma sulla presunzione di solidarietà passiva (art. 1294 c.c.)». Non sono mancate, però, opinioni che hanno messo in luce l'aspetto positivo della decisione, vale a dire quello di aver messo al centro dell'attenzione la situazione dei condomini: PELLEGGATTA, *Il dogma della solidarietà e il problema delle obbligazioni condominiali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, pp. 151-152.

(17) Cass. SS.UU., 8 aprile 2008, n. 9148.

(18) Lo evidenzia anche PELLEGGATTA, *op. cit.*, p. 144.

(19) E, infatti, la successiva sentenza Cass., 21 ottobre 2011, n. 21907 ha circoscritto i confini della sentenza a Sezioni Unite, che deve essere letta nel senso che la solidarietà si possa escludere solo nelle obbligazioni assunte dall'amministratore e non anche in tutte le altre obbligazioni che siano divisibili: e ciò tenuto conto del fatto che «il percorso argomentativo sul fondamento della solidarietà ex art. 1294 c.c., seppure centrale per giungere alla affermazione, da parte della citata sentenza n. 9148 del 2008, della natura parziaria della responsabilità dei condomini per le obbligazioni assunte verso i terzi dall'amministratore in nome e per conto del condominio, non costituisce l'unica ragione del decidere: pertanto quel sostegno motivazionale non è 'principio di diritto' ex art. 374 c.p.c., co. 3, (non includendo questo tutte le giustificazioni adoperate dal massimo organo della nomofilachia a sostegno della risoluzione adottata), e non è capace di porsi - in altre situazioni di condebito per obbligazioni pecuniarie- con la forza e con il 'vincolo' che assiste l'enunciazione delle sezioni unite».

non può obbligare i singoli condomini se non nei limiti della rispettiva quota»⁽²⁰⁾. A voler giungere alla medesima soluzione, si poteva quindi fondare la decisione su tale rilievo mettendo in discussione la validità dell'impegno dell'amministratore⁽²¹⁾ oppure sostenendo che, dovendo il contratto essere interpretato nel senso in cui sia valido piuttosto che invalido (art. 1367 c.c.), il consenso dell'amministratore debba essere inteso come limitato all'assunzione di un'obbligazione parziaria. Come a dire che, prevedendo la legge che le spese si ripartiscano *pro quota* tra i condomini, è implicito che il consenso dell'amministratore debba contenere una tale limitazione.

Queste ultime sembrano comunque delle tesi incerte nella propria fondatezza⁽²²⁾, soprattutto nel caso in cui la spesa fosse stata deliberata dall'assemblea condominiale⁽²³⁾. L'orientamento sopra ricordato, infatti, confonde i rapporti esterni con quelli interni e tenta di fondare la non

(20) Cass. SS.UU., 8 aprile 2008, n. 9148

(21) Proprio perché il potere rappresentativo dell'amministratore si fonda generalmente sulla delibera assembleare, si potrebbe infatti argomentare - come diremo però la tesi non ci sembra convincente - che, in assenza di una delibera specifica in tal senso, l'amministratore non possa assumere impegni che comportino una responsabilità solidale dei condomini, in deroga al criterio di ripartizione interno in millesimi. Tale tesi potrebbe trovare una indiretta conferma in alcune decisioni della giurisprudenza, che in più occasioni hanno sottolineato proprio i limiti dei poteri rappresentativi dell'amministratore: così Cass., 16 aprile 2012, n. 5984 e in modo analogo anche Cass., 27 giugno 2011, n. 14197 indicano che «i poteri dell'amministratore e dell'assemblea sono delineati con precisione dalle disposizioni del codice civile: pertanto l'amministratore non ha - salvo quanto previsto dagli art. 1130 e 1135 c.c. in tema di lavori urgenti - un generale potere di spesa, in quanto spetta all'assemblea condominiale il compito generale non solo di approvare il conto consuntivo, ma anche di valutare l'opportunità delle spese sostenute dall'amministratore». Peraltro, in una fattispecie simile, Cass., 7 maggio 1987, n. 4232 ha ritenuto che «l'iniziativa del medesimo amministratore senza la preventiva deliberazione dell'assemblea è consentita solo se tali lavori presentino il carattere dell'urgenza; difettando tale presupposto le iniziative assunte dall'amministratore stesso in riguardo ai lavori straordinari non creano obbligazioni per i condomini».

(22) E, infatti, la letteratura non si limita a criticare la disapplicazione del principio fissato dall'art. 1294 c.c. ora al nostro esame, ma anche gli ulteriori argomenti delle Sezioni Unite: BERTOTTO, *op. cit.*, c. 2718 ss.

(23) Anche la giurisprudenza di merito successiva alle Sezioni Unite, infatti, è critica con la soluzione fornita: Trib. Modena, 14 maggio 2010, in *Immobili & dir.*, 2010, fasc. 7, p. 14 indica che «rispetto alle obbligazioni assunte dal condominio nei confronti dei terzi, i condomini devono ritenersi impegnati unitariamente e solidalmente, a prescindere dalla misura della quota, tutte le volte in cui l'onere riguarda il pagamento del corrispettivo di prestazioni di manutenzione, conservazione, rifacimento ecc. di parti comuni dell'edificio deliberate o assentite o anche soltanto ratificate attraverso il metodo assembleare, stante la sua incompatibilità rispetto a una situazione di parziarietà passiva, che riacquista il suo valore nei soli rapporti interni fra condomini».

riconoscibilità della natura solidale dell'obbligazione con il fatto che sia fissato un criterio concernente la divisione dell'obbligazione: ma ogni obbligazione solidale si divide nei rapporti interni, per cui la circostanza che i condomini siano tenuti per quote millesimali non esclude il fatto che nei rapporti esterni l'obbligazione possa essere intesa in senso solidale.

Inoltre, non è l'amministratore che assume un vincolo solidale per i condomini. L'amministratore conclude solo un contratto, fonte dell'obbligazione di pagamento: è la legge (art. 1294 c.c.) che da ciò fa derivare l'obbligo solidale, dovendo distinguersi tra fonte dell'obbligazione solidale e fonte della solidarietà⁽²⁴⁾.

Complessivamente, dunque, la soluzione accolta sembra urtare contro l'indicazione di portata generale fornita dall'art. 1294 c.c., che ha la funzione di fissare un principio di *favor creditoris* da applicare in tutte le fattispecie salva la previsione contraria. Certo, vi è anche l'interesse del condomino, ma ci pare che non spetti all'interprete la decisione su quale situazione soggettiva sia preferibile privilegiare. Peraltro, proprio la ricostruzione storica delle ragioni della scelta di presumere la solidarietà e la considerazione che questa non si limiti a regolare un conflitto tra parti ma sia diretta anche a favorire il mercato, dovrebbe spingere, nel dubbio sull'esistenza di un'eccezione nella singola ipotesi (art. 1123 c.c.), alla sua interpretazione restrittiva. Vale a dire che la previsione per la quale le spese condominiali si ripartiscono in proporzione alla proprietà di ciascuno, deve essere intesa come disposizione diretta a indicare solamente la misura di ripartizione interna della comune obbligazione, senza possibilità di attribuirvi una non esplicitata volontà del legislatore (in contrasto con l'art. 1294 c.c.) di escludere la natura solidale del vincolo⁽²⁵⁾.

(24) Come generalmente riconosce la letteratura (AMORTH, *op. cit.*, p. 69; RUBINO, *op. cit.*, p. 183; GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 678; MAZZONI, *op. cit.*, p. 606), in applicazione delle regole generali, la fonte dell'obbligazione solidale può essere rappresentata da un contratto, da un fatto illecito o da ogni altro atto o fatto idoneo a far sorgere un'obbligazione (art. 1173 c.c.). Viceversa la fonte della solidarietà, intesa come particolare modo d'essere dell'obbligazione, deve essere ricercata nella circostanza che fa essere tale l'obbligazione: potrà quindi accadere che l'obbligazione abbia origine convenzionale e la solidarietà invece legale (come, per esempio, nel caso dell'accollo o dell'espromissione cumulativi: artt. 1272 e 1273 c.c.); potrà però accadere anche l'inverso, così come obbligazione e solidarietà potranno avere una fonte del medesimo tipo. Dal profilo concreto, nella maggior parte dei casi la fonte della solidarietà è da rinvenirsi nella regola generale fissata dall'art. 1294 c.c. per la quale, salva diversa volontà delle parti o della legge, le obbligazioni con pluralità di debitori si considerano solidali.

(25) In questo senso anche la letteratura che si occupa del tema dopo al riforma: GIORGETTI - GIUGGIOLI, *Il nuovo condominio*, Milano, 2013, pp. 190-191. Anche la giurisprudenza ha sottolineato proprio come la previsione di cui all'art. 1123 c.c. si riferisca ai soli rapporti interni, restando ferma la natura solidale del vincolo nei confronti del creditore (Cass., 5 aprile 1982, n. 2085).

Peraltro, con esclusione del solo caso delle obbligazioni contratte dall'amministratore di condominio⁽²⁶⁾, anche la successiva giurisprudenza ha confermato le indicazioni che qui abbiamo fornito, vale a dire che la solidarietà è la regola anche nelle obbligazioni divisibili⁽²⁷⁾.

Come anticipato, in ogni caso la decisione delle Sezioni Unite è stata superata dalla nuova previsione contenuta nell'art. 63 disp. att. c.c.⁽²⁸⁾, la quale conferma la natura solidale del vincolo che coinvolge i condomini.

Resta, però, l'interesse alla valutazione della situazione previgente anzitutto in relazione agli obblighi sorti sulla base della precedente disciplina: in tal caso, infatti, si tratta di obbligazioni regolate in ogni caso dal diritto al tempo vigente e, quindi, da considerarsi solidali per le ragioni ora viste, sempre che non si intenda seguire la differente impostazione delle Sezioni Unite.

Inoltre, l'accertata natura solidale dell'obbligazione, che vi sarebbe comunque stata proprio perché ne sussistono i presupposti (art. 1292 c.c.) anche a prescindere dalla fissazione legislativa di un obbligo

(26) Anche se non sono mancate decisioni di merito che hanno disapplicato il principio fissato dalla Sezioni Unite anche e proprio nell'ipotesi di obbligazione condominiale: così Corte App. Roma, 23 giugno 2010, in *Giur. it.*, 2011, c. 1067 ha indicato che «il credito vantato dall'amministratore del condominio non più in carica per le somme da lui anticipate per l'amministrazione e la manutenzione del bene condominiale nell'interesse comune di tutti i condomini ha natura di obbligazione solidale (e non parziaria)».

(27) In questo senso Cass., 21 ottobre 2011, n. 21907 ha indicato di non ritenere «persuasiva la tesi che la solidarietà passiva, a parte le ipotesi speciali espressamente volute dal legislatore, dipenda dalla (e si leghi indissolubilmente alla) indivisibilità della prestazione e sia preordinata a proteggere, in fase esecutiva, soltanto l'unità della prestazione indivisibile. La regola della solidarietà passiva è stata infatti introdotta dal codice civile del 1942 in conseguenza della commercializzazione delle obbligazioni civili al fine di rafforzare, nella fase di attuazione del rapporto obbligatorio, tanto le probabilità per il creditore di vedere soddisfatto il suo interesse creditorio al bene oggetto della prestazione quanto la «comunione di interessi» dalla quale, nella realtà della vita, «più debitori (...) obbligati per un solo debito (...) sono legati intimamente» (Relazione al codice civile, n. 597). Al contrario, la funzione della indivisibilità va colta nell'esigenza di assicurare l'unità della prestazione, data l'inidoneità del suo oggetto ad essere suscettibile di essere frazionato in porzioni idonee a conservare proporzionalmente la stessa funzione economica dell'intera prestazione. E poiché, appunto, il fondamento della solidarietà passiva non risiede nell'esigenza di tutelare l'adempimento unitario di una obbligazione avente per oggetto una cosa o un fatto non suscettibile di divisione, bensì in quella di rafforzare le probabilità per il creditore di conseguire la prestazione, sia questa divisibile o indivisibile, è da escludere che l'indivisibilità della prestazione costituisca un necessario predicato dell'*idem debitum*. Ne deriva che la naturale divisibilità dell'obbligazione pecuniaria dei comproprietari di un appartamento sito in un condominio di contribuire agli oneri condominiali, non impedisce di configurare la solidarietà del vincolo tra quei contitolari».

(28) Ai sensi dell'art. 32 della l. 11 dicembre 2012, n. 220 la previsione in esame entra in vigore il 17 giugno 2013.

di pagamento solidale a carico dei condomini non morosi, conferma che quella in esame è una vera e propria ipotesi di solidarietà: con la conseguenza che, salve le specifiche deroghe stabilite dall'art. 63 disp. att. c.c., si applicheranno alla fattispecie le disposizioni che regolano in via generale le obbligazioni solidali.

A tal riguardo, infatti, occorre ricordare come in passato Rubino avesse delineato ipotesi di solidarietà 'spuria', vale a dire fissate da una specifica previsione legislativa senza la quale sarebbe stato necessario considerare il vincolo parziario⁽²⁹⁾: di qui la tesi per cui, nel caso di obbligazioni qualificate esplicitamente solidali ma carenti di alcuni dei presupposti fissati dall'art. 1292 c.c., si applichino le sole previsioni richiamate nella specifica ipotesi.

Nei casi in cui la legge imponga un legame di garanzia reciproca riprodotto gli effetti che derivano dalla fissazione di un vincolo solidale senza però indicare con chiarezza che si tratti di un'obbligazione propriamente solidale, si dovrà verificare volta per volta se la specifica obbligazione considerata possieda tutti i requisiti previsti in generale per le obbligazioni solidali. Ove la risposta sia affermativa, si dovranno applicare in via diretta le norme sulla solidarietà in generale, salva solo la normativa specifica eventualmente prevista per il singolo caso: quindi, si tratterebbe comunque di un'ipotesi di obbligazione solidale, seppur adattata al caso concreto. Viceversa, ove la risposta sia negativa, l'applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 1292- 1313 c.c. potrà al più essere analogica⁽³⁰⁾.

Di qui, appunto, il rilievo per il caso che ci occupa giacché l'astratta natura solidale delle obbligazioni dei condomini, che deriva dalla ritenuta ricorrenza dei presupposti di cui all'art. 1292 c.c., elimina i dubbi sull'applicazione diretta delle previsioni sulla solidarietà in generale, salve solo quelle derivate nel caso concreto.

Si pensi in particolare alla disposizione eccezionale, perché derogativa del principio generale «della non comunicabilità degli atti pregiudizievoli e dell'estensione di quelli vantaggiosi»⁽³¹⁾, di cui all'art. 1310 c.c. in tema di estensione a tutti i condebitori degli effetti sfavorevoli

(29) Indicava, infatti, RUBINO, *op. cit.*, p. 145 che in tali casi non si trattava «di un'inutile ripetizione dell'art. 1294, ma di figure che esulano dall'ambito di questo art. perché in ciascuna di esse la fonte delle singole obbligazioni non è propriamente unica, sicché per ciascuna di esse, volendo introdurre la solidarietà, occorre una disposizione apposita e specifica».

(30) Sul tema rinviamo alla più ampia analisi che abbiamo svolto altrove: TICOZZI, *op. cit.*, p. 43 ss.

(31) Relazione al codice civile n. 598.

derivanti da atti interruttivi della prescrizione compiuti dal creditore verso un solo consorte. Se un'ipotesi di solidarietà è propriamente tale la disposizione potrà essere invocata utilmente dal creditore; in caso contrario, vale a dire in ipotesi di solidarietà 'spuria', si dovrebbe escluderne l'utilizzo proprio per l'eccezionalità della regola⁽³²⁾.

5. La nuova responsabilità solidale dei condomini

Come anticipato, l'art. 63 disp. att. c.c. ha fissato un vincolo solidale tra i condomini per le obbligazioni contratte dall'amministratore⁽³³⁾, ponendo però dei limiti al creditore che agisca per il recupero del suo credito. La previsione, infatti, indica che «per la riscossione dei contributi in base allo stato di ripartizione approvato dall'assemblea, l'amministratore, senza bisogno di autorizzazione di questa, può ottenere un decreto di ingiunzione immediatamente esecutivo, nonostante opposizione, ed è tenuto a comunicare ai creditori non ancora soddisfatti che lo interpellino i dati dei condomini morosi. I creditori non possono agire nei confronti degli obbligati in regola con i pagamenti, se non dopo l'escussione degli altri condomini».

In definitiva, se da un lato si conferma la solidarietà, essendo indicato che il creditore comunque (anche se non immediatamente) può agire verso i condomini diversi da quello moroso, dall'altro si limita la facoltà di scelta del creditore, che appunto potrà aggredire il patrimonio dei condomini in regola con i pagamenti solo dopo l'escussione degli altri: si

(32) In questo senso, infatti, quella letteratura che non ritiene propriamente solidale la responsabilità dei condomini alla luce dell'art. 63 disp. att. c.c.: SCARPA, *Condomini morosi, condomini garanti e "doppia parziarietà" nella Riforma del condominio*, in *Immobili & proprietà*, 2013, pp. 220-221.

(33) In questo senso sembra la letteratura che si è occupata del tema successivamente alla riforma: GIORGETTI - GIUGGIOLI, *op. cit.*, pp. 190-191; GALLUCCI, *Il condominio negli edifici*, Padova, 2013, p. 143 ss.; seppur in senso dubitativo in tal senso CELESTE - SCARPA, *Riforma del Condominio*, Milano, 2013, p. 195 ss., che accostano l'ipotesi alla fideiussione e sottolineano che proprio la natura solidale del vincolo consente il regresso del condomino non moroso che abbia comunque pagato (p. 198). Sul tema anche LAZZARO, *Il condominio dopo la riforma*, Milano, 2013, p. 221 ss. In senso contrario, però, sembra SCARPA, *op. cit.*, p. 216 ss. che dubita della natura solidale di tale vincolo, che sarebbe incompatibile con la sussidiarietà tra i diversi obblighi. Tale autore, dunque, ritiene che il vincolo sia un'ipotesi di 'solidarietà impropria', che non consentirebbe l'applicazione della disciplina delle obbligazioni solidali, se non dopo una valutazione caso per caso (p. 220-221). Rinviamo a quanto stiamo per osservare nel testo in merito alla compatibilità tra solidarietà e sussidiarietà: d'altronde, anche l'obbligazione del fideiussione può essere sussidiaria e, allo stesso modo, anche quella dei soci di una società di persone è tale, senza che generalmente si dubiti della natura solidale dei relativi vincoli.

tratta, dunque, di un'ipotesi di obbligazione solidale nella quale è fissata una sussidiarietà tra le differenti obbligazioni.

Come noto, in via generale nelle obbligazioni solidali il creditore ha ampia facoltà di scegliere il condebitore cui chiedere l'adempimento⁽³⁴⁾: fino a che il creditore non sia prevenuto dall'offerta della prestazione, può esigere l'adempimento totale dell'obbligazione da chiunque tra i condebitori⁽³⁵⁾. Ma l'aspetto più rilevante è quello per il quale il creditore può esercitare il proprio diritto anche contemporaneamente contro più debitori, richiedendo a ciascuno l'intero⁽³⁶⁾. L'unica limitazione alla facoltà di agire separatamente o contemporaneamente e in via di cognizione o di esecuzione contro più condebitori è dato quindi dal solo adempimento dell'obbligazione. Vale a dire che il creditore, finché non sia soddisfatto nel proprio credito avendo ricevuto il pagamento dell'intero debito⁽³⁷⁾, potrà agire come preferisce.

La fissazione in via legislativa di un limite all'azione del creditore verso i condomini, in definitiva, serve a evitare l'applicazione di questi principi, che costituiscono la modalità attuativa generalmente applicabile alle ipotesi di obbligazioni solidali.

Peraltro, la circostanza che vi siano questi limiti non esclude la natura solidale del vincolo, non essendo la sussidiarietà d'ostacolo⁽³⁸⁾. È pur vero che talvolta si è dubitato che vi possa essere solidarietà quando il

(34) Principio condiviso anche dalla giurisprudenza, per la quale infatti «nel caso di solidarietà passiva si configura una pluralità di rapporti giuridici di credito-debito tra loro distinti ed autonomi, correnti tra il creditore ed ogni singolo debitore solidale ed aventi in comune solo l'oggetto della prestazione, sicché il creditore ha la facoltà, ex art. 1292 c.c., di scegliere il condebitore solidale a cui chiedere l'integrale adempimento» (Cass., 22 marzo 2011, n. 6486).

(35) MESSINEO, *op. cit.*, p. 541; LONGO, *Diritto delle obbligazioni*, Torino, 1950, p. 76; GANGI, *op. cit.*, p.165; GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 682. Tale indicazione di carattere generale è confermata anche nei Principi Unidroit: l'art. 11.1.3, infatti, prevede che «in caso di obbligazioni solidali, il creditore può pretendere l'adempimento da qualsiasi debitore fino a che la prestazione non sia stata integralmente eseguita».

(36) BIANCA, *L'obbligazione*, in *Diritto civile*, IV, Milano, 1993, p. 711; GANGI, *op. cit.*, p. 206.

(37) I Principi Unidroit sul punto hanno addirittura una previsione più specifica di quella interna, indicandosi che «l'adempimento e la compensazione da parte di uno dei debitori in solido o la compensazione da parte del creditore nei confronti di uno dei debitori in solido libera gli altri nei limiti dell'adempimento o della compensazione» (art. 11.1.5). Come nel codice civile, dunque, anche in tali diverse regole la solidarietà permane fino al pagamento dell'intero debito, essendo però precisato che, ove l'adempimento non sia per l'intero importo dovuto, l'estinzione avverrà nei limiti di quanto eseguito.

(38) In questo senso in modo costante la giurisprudenza: Cass., 10 aprile 2009, n. 8782; Cass., 31 luglio 2008, n. 20891; Cass., 16 settembre 2004, n. 18653; Cass., 10 giugno 2004, n. 11060; Cass., 22 marzo 2003, n. 4217; Cass., 18 aprile 2001, n. 5658.

creditore non abbia la possibilità di scegliere liberamente a chi chiedere l'adempimento⁽³⁹⁾: da tale profilo la previsione del beneficio di preventiva escussione costituirebbe un impedimento a considerare l'obbligazione propriamente solidale. In realtà, si deve ritenere che anche in tal caso sussisterà solidarietà tra i debitori, giacché il diverso grado o modo con il quale tali soggetti sono tenuti non esclude che tutti siano obbligati per l'intero, in modo che l'adempimento dell'uno liberi gli altri⁽⁴⁰⁾: il creditore, seppur limitato nella facoltà di scelta dovendo seguire un determinato ordine, conserva infatti il diritto di chiedere, prima o dopo, l'intero a tutti⁽⁴¹⁾.

Infatti, il diverso grado delle obbligazioni -non incidendo appunto sul diritto del creditore di pretendere, eventualmente in un secondo momento, il pagamento dal condebitore- si deve considerare una modalità diversa (art. 1293 c.c.) dell'obbligazione tale da non escludere la solidarietà⁽⁴²⁾.

In concreto, poi, occorre valutare come si manifesti il limite alla facoltà di scelta imposta al creditore: la previsione indica che «i creditori non possono agire nei confronti degli obbligati in regola con i pagamenti, se non dopo l'escussione degli altri condomini».

La regola è peraltro conforme all'indicazione generale per la quale la sussidiarietà generalmente comporta il c.d. beneficio di preventiva escussione⁽⁴³⁾: il creditore, in tali casi, dovrà agire esecutivamente in via

(39) BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1963, p. 188; MESSINEO, *op. cit.*, p. 543; GIAQUINTO, *op. cit.*, p. 252; GIORDANO, *In tema di solidarietà nella delegazione*, in *Giur. Cass. civ.*, 1944, p. 416.

(40) BIANCA, *op. cit.*, p. 713. In questo senso si è infatti ritenuto che «l'essenziale della solidarietà è che ciascuno sia tenuto al tutto (*solidum*) e che il pagamento di uno liberi gli altri (unicità della causa)» (AMORTH, *op. cit.*, p. 14).

(41) Anche in giurisprudenza, in materia di responsabilità amministrativa, si è detto che la posizione dei diversi debitori non debba essere posta su un piano di pariteticità perché siano considerati debitori solidali: Corte dei Conti 18 luglio 1988, n. 172, in *Foro amm.*, 1988, p. 3445.

(42) Infatti «se la solidarietà passiva è vista dal legislatore in funzione di garanzia della piena realizzazione delle ragioni del creditore (c.c., art. 1294), lo stesso legislatore ha però ammesso la possibilità (c.c., art. 1293) di modalità di soddisfacimento dell'obbligazione diverse per ciascun obbligato; non è pertanto incompatibile con la nozione di solidarietà l'obbligo del creditore di rivolgersi ad uno dei condebitori prima che ad altri e di seguire un determinato *iter* nell'escussione dei patrimoni assoggettati, al fine di realizzare la graduazione della misura della responsabilità tra responsabile principale e responsabile sussidiario» (Corte dei Conti, sez. giur. reg. Lombardia, 20 febbraio 1995, 141, in *Riv. cortei conti*, 1995, fasc. 2, p. 126).

(43) Si è detto in tal senso che «in mancanza di precise pattuizioni (o di specifiche disposizioni di legge) in senso limitativo, l'interprete non è autorizzato ad annettere alla

preventiva sul debitore principale, potendo rivolgersi al secondo debitore «solo dopo che (e nei limiti in cui) abbia inutilmente escusso il primo»⁽⁴⁴⁾.

Ma se non vi sono dubbi che, in caso di conclamata insolvenza, il creditore non sia tenuto ad attendere ulteriormente⁽⁴⁵⁾, negli altri casi occorre valutare quale sia l'onere che grava sul creditore e, in definitiva, quali tentativi debba compiere prima di poter agire contro i condomini non morosi⁽⁴⁶⁾.

La giurisprudenza, specie con riferimento al beneficio di preventiva escussione fissato per la responsabilità dei soci delle società di persone o a quello pattuibile in favore del fideiussore, indica ad esempio che non è sufficiente per il creditore il solo tentativo di un'esecuzione mobiliare⁽⁴⁷⁾ o presso terzi⁽⁴⁸⁾.

La previsione fa certamente riferimento al tentativo di escussione ma, come indica correttamente la giurisprudenza, l'indicazione non può essere letta nel senso che sia sufficiente un tentativo qualsiasi, senza che questo sia accompagnato dalla prova dell'impossibilità di aggredire altri beni. Sembra dunque corretto richiedere al creditore la dimostrazione di aver tentato con ogni ragionevole sforzo l'esecuzione, non essendovi altri beni idonei a soddisfare il suo credito⁽⁴⁹⁾: dunque dimostrando i

obbligazione sussidiaria una portata diversa da quella che tradizionalmente è collegata al carattere della sussidiarietà, consistente nel *beneficium excussionis*» (Cass., 9 marzo 1982, n. 1470, in *Foro pad.*, 1982, I, p. 11).

(44) RUBINO, *op. cit.*, p. 163.

(45) Così, in caso di fallimento di un condebitore, il creditore non è tenuto ad agire preventivamente su quel soggetto: infatti, «il beneficio della preventiva escussione -salvo il caso di una esplicita sua estensione ad una tale eventualità- non può essere opposto dal fideiussore in caso di sottoposizione del debitore principale a procedura concorsuale, ove non vi siano ed ove non siano dal fideiussore indicati beni del debitore principale ancora suscettibili di essere assoggettati ad azione esecutiva individuale del creditore» (Cass., 18 luglio 2011, n. 15731).

(46) CELESTE - SCARPA, *op. cit.*, p. 195 indicano che la preventiva escussione richiede «l'esaurimento effettivo della procedura esecutiva individuale in danno del condomino moroso, prima di poter pretendere l'eventuale residuo insoddisfatto dal condomino in regola».

(47) In tal senso si è indicato che «l'esperimento negativo di un unico pignoramento mobiliare al domicilio del debitore, senza la prova di ulteriori tentativi diretti alla ricerca di beni immobili, ovvero al vincolo dei beni esistenti presso l'esattore, non integra l'assolvimento della preventiva escussione del debitore diretto, cui è condizionato il sorgere della responsabilità solidale da parte dell'esattore subentrante» (Cass., 15 gennaio 1986, n. 190).

(48) Si è così sostenuto che «l'esito negativo del pignoramento presso terzi dei diritti di una società in nome collettivo è inidoneo a far ritenere certa l'incapienza del patrimonio societario, potendo la società disporre di altri beni sufficienti a garantire il soddisfacimento del credito, e non giustifica l'esecuzione nei confronti del socio che gode del '*beneficium excussionis*' ex art. 2304 cod. civ.» (Cass., 3 marzo 2011, n. 5136).

(49) In questo senso anche la S.C., che ha evidenziato proprio come «non sia sufficiente,

tentativi infruttuosi e le indagini eseguite, che non abbiano portato a individuare beni aggredibili.

In casi eccezionali, peraltro, si può ammettere che all'individuazione di un bene non debba seguire l'azione esecutiva. Sembrerebbe infatti eccessivo onerare il creditore anche di quelle azioni esecutive che siano dirette a colpire beni dai quali verosimilmente non si ricaveranno somme sufficienti a portare a un pagamento, almeno parziale, del credito. Si pensi ad esempio a eventuali beni privi di valore, per i quali i costi della procedura si prospettino superiori al possibile prezzo di realizzo. Si pensi, ancora, ai beni sui quali altri creditori abbiano privilegi che garantiscano crediti superiori al valore del bene stesso: indicazione che potrebbe valere anzitutto per l'immobile di proprietà del condomino moroso ma sul quale vi siano plurime ipoteche.

Peraltro, qualora il creditore agisca in via esecutiva verso un condomino non moroso senza aver tentato il recupero del credito nei confronti di quello in ritardo con il pagamento, si deve ritenere che il giudice non possa paralizzare d'ufficio tale azione, avendo natura di eccezione la contestazione che il debitore faccia circa l'esistenza del beneficio di preventiva escussione⁽⁵⁰⁾.

Quanto, poi, ai giudizi differenti da quello esecutivo, l'esistenza di un beneficio di preventiva escussione non esclude la possibilità che il creditore agisca contro tutti i condebitori, anche contemporaneamente, in via di cognizione per ottenere un titolo esecutivo⁽⁵¹⁾. Pur non potendo azionarlo fin da subito contro ogni condomino in via esecutiva, in tal modo il creditore potrà iscrivere ipoteca anche nei confronti dei condebitori per i quali valga la limitazione⁽⁵²⁾.

ai fini dell'accoglimento della domanda proposta contro il Fondo, l'esistenza di una mera parvenza di esecuzione, quale deve considerarsi l'inutile esperimento di un tentativo di pignoramento mobiliare presso il debitore, quando non risultino effettuate idonee ricerche a carico del debitore medesimo, in ordine alla eventuale titolarità, in capo allo stesso, di crediti verso terzi o di beni e diritti immobiliari seguite, se positive, da esecuzione forzata ai sensi, rispettivamente, dell'art. 543 e segg. cod. proc. civ. e dell'art. 555 e segg. cod. proc. civ.» (Cass., 2 aprile 2002, n. 4666).

(50) In questo senso la giurisprudenza in tema di fideiussione (Cass., 13 dicembre 1994, n. 10610) e società (Cass., 12 gennaio 1983, n. 198), nonché la letteratura che si è occupata della disciplina del condominio dopo la riforma: CELESTE - SCARPA, *op. cit.*, p. 196; SCARPA, *op. cit.*, p. 222.

(51) CELESTE - SCARPA, *op. cit.*, p. 196.

(52) Infatti, «il beneficio d'escussione previsto dall'art. 2304 civ. cod. ha efficacia limitatamente alla fase esecutiva, nel senso che il creditore sociale non può procedere coattivamente a carico del socio se non dopo avere agito infruttuosamente sui beni della società, ma non impedisce allo stesso creditore d'agire in sede di cognizione per munirsi di uno specifico titolo

In definitiva, ci sembra che la recente riforma del condominio sia intervenuta opportunamente. Anzitutto nel senso di confermare la natura solidale delle obbligazioni contratte dall'amministratore di condominio, con ciò correggendo l'indicazione qui non condivisa delle Sezioni Unite; e nello stesso tempo fissando dei limiti alle azioni del creditore, limiti prima non esistenti e non prospettabili perché in contrasto con la disciplina generale delle obbligazioni solidali, che assicura ampia libertà di scelta al creditore. In tal modo sono stati temperati, almeno in parte, gli interessi in gioco: quelli delle parti del rapporto obbligatorio, tutelando il creditore ma valorizzando anche la posizione del condomino non moroso, e quelli del mercato, che si fonda sul *favor creditoris*⁽⁵³⁾.

Abstract

This article examines the responsibility of the owners with regard to the obligations taken by the building administrator. While in the past it was believed that this was a joint liability, jurisprudence has recently changed its opinion, indicating that this liability is divided between the owners according to their own share of property. Moreover, the legislature has now tuned specifically this responsibility, indicating that each owner is bound to pay back the creditor the entire debt. However, before the creditor can act against the owners who have complied with their own share of payment, he must try to exact payment from the ones in arrears.

esecutivo nei confronti del socio, sia per poter iscrivere ipoteca giudiziale sugli immobili di quest'ultimo, sia per poter agire in via esecutiva contro il medesimo, senza ulteriori indugi, una volta che il patrimonio sociale risulti incapiente o insufficiente al soddisfacimento del suo credito» (Cass., 16 gennaio 2009, n. 1040; in modo analogo anche Cass., 15 luglio 2005, n. 15036).

(53) Già ANSALDUS DE ANSALDIS indicava come i commercianti non devono trovarsi «in judicialibus labyrinthis, et amaritudinibus distracti et involuti» (ANSALDUS DE ANSALDIS, *De commercio et mercatura*, Genevae MDCCXVIII, *Discursus generalis*, n. 7): infatti, le obbligazioni commerciali «vogliono da un lato guarentigie più sicure e severità di sanzioni, dall'altro semplicità e speditezza di forme specie riguardo al loro adempimento» (DE SEMO, *Le obbligazioni solidali in materia di commercio*, Roma, 1916, p. 184). Da tale prospettiva è chiaro allora come la fissazione della solidarietà come regola generale in ipotesi di pluralità di debitori sia diretta a favorire il commercio, essendo il creditore garantito dalla presenza di più patrimoni aggredibili ognuno per l'intero debito: in generale non solo vi sarà minor probabilità di perdere il credito, ma soprattutto tale soluzione garantirà maggior velocità nel pagamento, potendo il creditore richiederlo al debitore che offra maggiori garanzie. Resta però il fatto che, nel caso concreto della solidarietà tra i condomini, dei limiti sono stati fissati: per cui la garanzia di tutti i patrimoni permane ma la velocità di esazione potrebbe avere dei rallentamenti che trovano fondamento appunto nella tutela accordata al condomino non moroso.

Le operazioni di trasformazione e di fusione.
In particolare, le fusioni con indebitamento e la nuova
disciplina in materia di assistenza finanziaria^(*)

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

SOMMARIO: 1. Alcune considerazioni in tema di trasformazione e fusione. - 1.1. La trasformazione endosocietaria regressiva. - 1.2. L'invalidità della trasformazione. - 1.3. La trasformazione eterogenea. - 1.4. Fusioni e scissioni trasformative eterogenee. - 2. Il *leveraged buy-out*. - 2.1. I caratteri generali dell'operazione. - 2.2. Il *leveraged buy-out* nei principali ordinamenti stranieri. - 2.3. L'evoluzione legislativa in Italia: la situazione prima della riforma societaria del 2003. - 2.4. La disciplina introdotta dalla riforma organica delle società di capitali entrata in vigore il 1° gennaio 2004. - 2.5. Gli elementi fondamentali della disciplina positiva del *merger leveraged buy-out*. - 2.6. Gli aspetti salienti del procedimento di *merger leveraged buy-out*. - 3. La nuova disciplina in materia di assistenza finanziaria. - 3.1. La modificazione del disposto normativo: la fonte. - 3.2. La nuova disciplina. - 3.3. La conferma del *favor* per l'azionariato dei lavoratori. - 3.4. Considerazioni sul rapporto fra gli artt. 2358 e 2501-bis c.c. - 3.5. I rimedi per la violazione delle disposizioni degli artt. 2358 e 2501-bis c.c.

1. Alcune considerazioni in tema di trasformazione e fusione

La disciplina novellata della trasformazione evidenzia luci ed ombre, ma soprattutto dischiude notevoli problematicità, sulle quali mi pare interessante spendere qualche considerazione introduttiva.

(*) Lezione tenuta il 1° febbraio 2012 al corso di Dottorato in Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro nell'Università Ca' Foscari Venezia.

1.1. La trasformazione endosocietaria regressiva

Merita sicuramente apprezzamento la disciplina espressa per la trasformazione endosocietaria regressiva (si ricorda che su questa operazione non era dettata alcuna norma nella disciplina positiva previgente). A far cessare la *querelle* inconciliabile fra gli assertori della tesi secondo cui tale trasformazione dovesse essere deliberata a maggioranza, alla stregua di ogni modificazione dell'atto costitutivo, offrendo come unico rimedio ai soci assenti e dissenzienti l'esercizio di un diritto di recesso che, al tempo, non consentiva quasi mai ai soci recedenti da società di capitali "chiuse" di ricevere una liquidazione commisurata all'effettivo valore delle loro quote, e i sostenitori dell'avversa tesi mirata alla tutela dei c.d. diritti individuali dei soci, a mente della quale una simile operazione avrebbe dovuto venire decisa all'unanimità, l'art. 2500-*sexies* c.c. dispone ora che anche tale trasformazione deve essere deliberata a maggioranza - confermandone quindi appieno la natura di modificazione dell'atto costitutivo - con il temperamento tuttavia rappresentato dalla richiesta del consenso di tutti i soci destinati a vedere deteriorata la loro posizione personale, cioè ad assumere una responsabilità illimitata e solidale per le obbligazioni sociali.

Tale consenso può essere manifestato anche in sede *extra*-assembleare, purché le dichiarazioni adesive di tutti i soci tenuti a prestarlo pervengano alla società entro il termine stabilito per il deposito delle relative deliberazioni presso l'ufficio del registro delle imprese, finalizzato a richiederne l'iscrizione. Il consenso, pertanto, non costituisce condizione di validità della delibera trasformativa, bensì condizione di efficacia della stessa. Merita invece ricordare che costituisce condizione di validità della delibera in questione il deposito presso la sede sociale, entro i 15 giorni che precedono la data dell'assemblea convocata per discutere e deliberare sulla proposta di trasformazione, della valutazione del patrimonio sociale che gli amministratori, sentito il parere del collegio sindacale e del soggetto incaricato della revisione legale dei conti, devono predisporre ai sensi dell'art. 2437-*ter*, co. 2, c.c. al fine di rendere cogniti i soci che non abbiano concorso all'assunzione della deliberazione medesima circa l'ammontare della liquidazione delle loro partecipazioni nel caso dell'eventuale esercizio del diritto di recesso.

1.2. *L'invalidità della trasformazione*

Perplessità genera invece la norma dell'art. 2500-*bis* c.c., la quale afferma che l'invalidità della trasformazione non può essere pronunciata dopo che sia stata eseguita l'ultima delle iscrizioni dell'atto di trasformazione nel registro delle imprese. Nonostante questa petizione di principio, occorre riconoscere che, in concreto, l'invalidità della trasformazione ben difficilmente potrà essere pronunciata. Questa norma, per vero, è stata mutuata da quella dell'art. 2504-*quater* c.c. in tema di fusione (richiamata quindi dall'art. 2506-*ter*, ult. co., per quanto riguarda la scissione): nella procedura di fusione, tuttavia, l'art. 2503 c.c. prevede che fra l'ultima iscrizione nel registro delle imprese delle decisioni o delle delibere di fusione assunte dalle società coinvolte nell'operazione e la stipulazione dell'atto di fusione debbano intercorrere almeno 60 giorni per dare la possibilità ai creditori sociali di fare opposizione: termine entro il quale anche i soci assenti, dissenzienti o astenuti, gli amministratori, i sindaci e gli altri soggetti legittimati possono impugnare le deliberazioni medesime chiedendone, a seconda dei casi, la declaratoria di nullità ovvero l'annullamento. Ma nella trasformazione - endosocietaria, quanto meno - questo termine non esiste giacché la (unica) deliberazione di trasformazione e l'atto di trasformazione coincidono; per cui, specialmente ora che il "deposito" del verbale assembleare contenente la delibera in questione viene in realtà eseguito mediante trasmissione per via telematica, effettuata dal notaio verbalizzante avvalendosi dello strumento della firma digitale, il verbale medesimo può essere trasmesso anche immediatamente dopo la chiusura dell'adunanza assembleare nella quale la delibera trasformativa sia stata assunta all'ufficio del registro delle imprese e venire da questo iscritta nel volgere di uno o tutt'al più di pochi giorni, non lasciando con ciò alcuna pratica possibilità ai possibili interessati per proporre l'impugnativa e, in ogni caso, non concedendo di certo un tempo sufficiente affinché il tribunale possa pronunciare l'invalidità della deliberazione in parola. Di conseguenza, non resta a disposizione dei soci e dei terzi che il rimedio residuale rappresentato dal risarcimento del danno che essi riescano a dimostrare di avere subito per effetto dell'operazione, con il comprensibile aggravio dell'onere probatorio in tal caso loro incombente.

Non così, per contro, nel caso della trasformazione eterogenea la quale, a norma dell'art. 2500-*novies* c.c., acquista efficacia dopo che siano trascorsi 60 giorni dall'ultima iscrizione della delibera trasformativa. Il che la dice lunga sul fatto che, nonostante l'asserita prosecuzione dei rapporti sostanziali e processuali dell'ente trasformato, sancita dall'art. 2498 c.c., nella trasformazione eterogenea non è detto che vi sia - sempre e comunque - quell'unicità di soggetto che la consolidata giurisprudenza,

di legittimità come di merito, antecedente la riforma considerava quale presupposto per la prosecuzione dei rapporti anzidetti. Unicità di soggetto di cui non solo può fondatamente dubitarsi allorché un ente a base corporativa (sia questo una società, un consorzio o un'associazione) venga fatto diventare una fondazione, ossia un patrimonio con destinazione di scopo, e viceversa, ma che deve ritenersi del tutto esclusa nell'ipotesi di "pseudo-trasformazione" di una società in comunione d'azienda, ossia in un mero vincolo dominicale a cui difetta addirittura la soggettività giuridica, e viceversa: pseudo-trasformazione che integra, nella realtà, o una liquidazione con assegnazione di beni sociali ai singoli soci, nell'un caso, oppure un conferimento d'azienda in società da parte dei comunisti, nell'altro.

Di ciò si rese perfettamente conto la Commissione Gallo la quale, dovendo adeguare il testo unico delle imposte sui redditi alle intervenute modificazioni della disciplina di diritto sostanziale introdotte dalla riforma societaria, ha denegato la neutralità fiscale alle trasformazioni eterogenee per effetto delle quali una società commerciale diventi un ente non commerciale (art. 171, co. 1, t.u.i.r.) ovvero un ente non commerciale diventi una società commerciale (*ibidem*, co. 2), ossia, in definitiva, allorché a seguito di una trasformazione eterogenea l'ente trasformato acquisti o perda il requisito della commercialità.

1.3. La trasformazione eterogenea

E, già che siamo giunti a trattare delle trasformazioni eterogenee, mi sia consentito svolgere alcune considerazioni al riguardo, suscettibili di coinvolgere, nella loro proiezione ulteriore, anche le fusioni e le scissioni.

Gli artt. 2500-*septies* e 2500-*octies* c.c. si limitano a prevedere ipotesi di trasformazione eterogenea di società di capitali ordinarie in società mutualistiche (cooperative e consortili) o in altri enti non societari ovvero di società mutualistiche (cooperative e consortili) od altri enti non societari in società di capitali. La prima conseguenza di rilievo è che ormai la trasformazione non è più soltanto una modificazione del tipo sociale - quale peraltro era, ed è rimasta, la trasformazione endosocietaria - ma può consistere anche in una modificazione dello scopo sociale (si pensi, ad esempio, alla trasformazione di una s.p.a. ordinaria in s.p.a. consortile - che anteriormente veniva considerata alla stregua di un mero mutamento dell'oggetto sociale e, tutt'al più, di talune clausole statutarie concernenti i rapporti tra i soci - e viceversa), ovvero in una modificazione sia del tipo che dello scopo.

Ma immediatamente a valle di questa constatazione sorge un primo interrogativo: possono le trasformazioni eterogenee vedere coinvolte, o come punto di partenza o come punto di arrivo, società di persone? La risposta è certamente affermativa. Non avrebbe senso, infatti, obbligare una società personale che i soci volessero trasformare in consorzio a trasformarsi dapprima in società di capitali e, successivamente, a trasformare a sua volta la società di capitali in consorzio. Si tratterebbe di una “triangolazione” inutile, foriera soltanto di perdite di tempo e di denaro, che consentirebbe comunque di raggiungere, sia pure in modo più macchinoso, lo stesso risultato a cui potrebbe più semplicemente pervenirsi trasformando direttamente la società personale in consorzio; e molti altri esempi analoghi potrebbero aggiungersi. La ragione per la quale il legislatore delegato non ha fatto cenno alle società personali è che la legge delega gli aveva demandato di riformare unicamente la disciplina delle società di capitali e cooperative, per cui un’eventuale ingerenza nel campo delle società personali avrebbe potuto configurare un eccesso di delega, con ogni inerente profilo di costituzionalità. Tanto doverosamente precisato, si parlerà, in prosieguo, di trasformazione eterogenea di società in altri enti e di altri enti in società, intendendo pacificamente incluse nel concetto di società sia quelle di capitali, a cui le norme novellate fanno espressamente riferimento, sia quelle di persone.

Meno chiara è la ragione per la quale l’art. 2500-*septies* prevede la trasformazione di società, fra l’altro, nelle sole associazioni non riconosciute e l’art. 2500-*octies* prevede esclusivamente la trasformazione delle associazioni riconosciute in società. Alla *ratio* della prima previsione può forse pervenirsi intuitivamente presumendo che il legislatore abbia voluto evitare che le associazioni acquistassero la personalità giuridica automaticamente mediante trasformazione, con ciò richiedendo implicitamente che il relativo riconoscimento debba continuare ad essere accordato a seguito dell’espletamento di un controllo preventivo sulla meritevolezza degli scopi e sulla ricognizione della democraticità dell’ordinamento interno dell’associazione: controllo preventivo da compiersi, a seconda dell’ampiezza della sfera d’azione dell’associazione su base territoriale, dalle Prefetture, o dalle Presidenze delle Giunte regionali, o dalla Presidenza della Repubblica. Assolutamente incomprensibile - quanto meno da parte mia, ma in questo so di essere in buona compagnia - è invece la *ratio* della seconda previsione, poiché non si vede il motivo per cui, ad esempio, un consorzio, che è un soggetto di diritto privo di personalità giuridica, sia ammesso a trasformarsi in società, mentre ciò non sarebbe consentito ad una associazione non riconosciuta.

Da ultimo, sul punto, appena un cenno sulla trasformazione eterogenea delle fondazioni. *Nulla quaestio* sulla trasformazione di una società in fondazione: il patrimonio sociale netto al momento della trasformazione diventa il patrimonio della fondazione, a cui viene impressa la destinazione di scopo che risulti stabilita dall'assemblea trasformativa (o dalla decisione dei soci), approvata dall'autorità esercente l'attività tutoria sulla fondazione medesima. Ma *quid iuris* circa la trasformazione di una fondazione in società? In tal caso, i soci chi ce li mette? E le rispettive quote di partecipazione al capitale sociale chi le determina? Come fa un patrimonio autonomo con destinazione di scopo a tramutarsi in un insieme di persone? Questa non è una trasformazione, è un miracolo. E comunque qui siamo ben lungi dal poter affermare che l'operazione configuri *sic et simpliciter* una modificazione dell'atto costitutivo dell'unico ente trasformato, ma piuttosto una determinazione di un soggetto di diritto amministrativo che con le procedure di diritto societario ha ben poco a che vedere.

Non sono finiti, però, i problemi che la trasformazione eterogenea si presta a sollevare. È proprio necessario - ci si deve chiedere - che la trasformazione eterogenea debba vedere coinvolta, come punto di partenza o come punto di arrivo, una società? Non potrebbe, ad esempio, un consorzio venire trasformato in associazione non riconosciuta? Anche qui, perché non ammettere che possa conseguirsi più speditamente, con minori costi ed in maniera meno farraginoso, quello stesso risultato che sarebbe sicuramente lecito conseguire dapprima mediante la trasformazione del consorzio in società e successivamente mediante l'ulteriore trasformazione della società in associazione non riconosciuta? Senza contare che la contiguità fra i consorzi e le associazioni non riconosciute è di gran lunga maggiore rispetto a quella che entrambi tali enti hanno con le società, specialmente di capitali. Un simile quesito meriterebbe pertanto risposta ampiamente affermativa.

Ed ancora: gli enti non societari ai quali è consentito partecipare ad un'operazione trasformativa eterogenea costituiscono un *numerus clausus* - cioè sono soltanto quelli menzionati agli artt. 2500-*septies* e 2500-*octies* - oppure possono esservene anche altri non espressamente nominati? Così, ad esempio, potrebbe reputarsi ammissibile la trasformazione di un consorzio in g.e.i.e., e viceversa, in presenza beninteso dei necessari presupposti? Anche in questo caso la risposta non potrebbe essere, a mio avviso, che affermativa, tanto più se si consideri che queste due figure associative sono tra loro assai più simili di quanto non lo siano le società e le fondazioni. Lo stesso dicasi per l'eventuale trasformazione

di una società di capitali in un *trust* (considerata ammissibile dallo studio n. 17-2013/I del Consiglio nazionale del Notariato).

1.4. Fusioni e scissioni trasformative eterogenee

Ma allora, l'eterogeneità della trasformazione non potrebbe estendersi alle altre operazioni straordinarie, quali segnatamente le fusioni e le scissioni? Che esistano fusioni e scissioni trasformative è noto, anche se tradizionalmente tale attributo veniva – e tuttora di massima viene – riferito alle fusioni a cui partecipino società di tipi diversi, nonché alle scissioni che generino, quali beneficiarie, società di tipo o di tipi diversi da quello della società scissa. Tuttavia, alla luce delle risultanze a cui è dato pervenire a proposito delle trasformazioni, potrebbe forse negarsi la liceità della fusione, ad esempio, di una società con un consorzio? Direi proprio di no. Od ancora, di una fusione tra una società, un consorzio e un g.e.i.e.? Direi ancora di no. Ed inoltre, di una fusione a cui non partecipi neppure una società: come, ad esempio, tra un consorzio ed un'associazione non riconosciuta? O potrebbe infine negarsi la liceità della fusione di un consorzio con un g.e.i.e.? Anche a simili questioni mi parrebbe doversi dare risposta negativa.

Analogamente, potrebbe ammettersi la scissione di una società il cui patrimonio sia composto da un'azienda industriale e da un compendio immobiliare non strumentale dalla quale risulti, come beneficiaria, una fondazione a cui venga trasferito il compendio immobiliare? Ovvero un'analogia scissione che promani da un ente scisso diverso da una società? Anche in questi casi: perché no?

In conclusione, sull'argomento, una volta ammessa la possibilità di attuare trasformazioni eterogenee, di vario genere, analoga possibilità non pare potersi negare per l'attuazione delle altre operazioni straordinarie, fusioni o scissioni che siano. Ed allora, come la rubrica della sezione I del capo X (*olim* capo VIII) è stata correttamente riformulata da «*Della trasformazione delle società*» in «*Della trasformazione*», con ablazione delle parole «*delle società*», anche le rubriche delle sezioni II e III dello stesso capo avrebbero meritato di venire similmente riformulate, sempre con l'ablazione delle medesime parole «*delle società*», senza cioè rimanere inalterate rispetto alla formulazione anteriore alla riforma.

* * *

2. *The leveraged buy-out*

2.1. *I caratteri generali dell'operazione*

Il *leveraged buy-out* è un'operazione attraverso la quale una società – comunemente definita *shell company*, od anche *new company* (o *newco*) se di nuova costituzione – al fine di acquistare una partecipazione di controllo in un'altra società – detta società bersaglio (o *target*) – si avvale di finanziamenti direttamente ricevuti dalla *target*, ovvero di finanziamenti di terzi garantiti da beni aziendali di questa o da rimborsarsi con i flussi finanziari (*cash flow*) generati dalla sua attività futura o con la vendita di cespiti o di rami aziendali considerati non strategici della stessa. L'elemento caratterizzante l'operazione in questione è dunque la prestazione, da parte della *target*, dei mezzi finanziari, o delle garanzie necessarie ad ottenere l'erogazione dei mezzi finanziari, occorrenti alla *shell company* per acquisire la partecipazione di controllo nella *target* medesima.

Fermo questo elemento comune a qualsiasi figura di *l.b.o.*, deve osservarsi che l'operazione in questione è “a geometria variabile”, suscettibile cioè di assumere connotazioni diverse a seconda dei soggetti che la pongano in essere e delle modalità con cui venga attuata. Se i soci della *shell* sono gli stessi amministratori della *target*, o taluni di essi, si è in presenza di un *management buy-out (m.b.o.)*; mentre se sono *managers* di altre società si è in presenza di un *management buy-in (m.b.i.)*. Nel caso in cui la compagine sociale della *shell* sia formata da *managers* sia della *target* che di altre società diverse da questa concorreranno entrambe le precedenti forme di acquisizione, dandosi in tal caso vita ad un *buy-in management buy-out (b.i.m.b.o.)*. Se essi sono invece dipendenti della *target* si è in presenza di un *employees' buy-out* o di un *workers' buy-out (e.b.o. ovvero w.b.o.)*. Se poi l'operazione è promossa da investitori professionali essa viene denominata *institutional buy-out (i.b.o.)*; mentre se viene compiuta in vista del rimpasto della compagine sociale di società appartenenti ad una stessa famiglia, come mezzo per l'assunzione del controllo su queste da parte di uno o più dei suoi membri, si è in presenza di un *family buy-out (f.b.o.)*. Se invece l'operazione è mirata a modificare gli assetti proprietari di un gruppo di società ricorre la fattispecie del *corporate buy-out (c.b.o.)*.

La principale distinzione, sotto il profilo strutturale, attiene tuttavia ai rapporti fra le società *shell* e *target* successivi al conseguimento del

controllo della prima sulla seconda. Se le due società sono destinate a rimanere separate, l'operazione si esaurisce in una mera acquisizione (che è poi il significato letterale del termine *buy-out*). Se invece le due società sono destinate a fondersi, l'operazione assume la qualificazione di *merger leveraged buy-out (m.l.b.o.)*. Il *l.b.o.* con finalità di mera acquisizione è maggiormente diffuso nei Paesi di *common law*. L'operazione concludentesi con la fusione fra le società interessate ricorre invece in prevalenza nei Paesi di *civil law*, tra cui l'Italia (con l'eccezione della Francia): normalmente si tratta di una fusione per incorporazione della *target* nella *shell* (fusione diretta o *forward m.l.b.o.*), pur essendo possibile - in considerazione della composizione dei patrimoni delle società interessate - anche procedere ad una fusione per incorporazione della *shell* nella *target* (fusione inversa o *reverse m.l.b.o.*): questo secondo caso si verifica solitamente quando la *target* abbia un patrimonio composto, del quale facciano soprattutto parte beni immobili il cui trasferimento da un soggetto ad un altro comporta oneri (di trascrizione ed altri) non indifferenti, mentre la *shell* possieda unicamente, o quasi esclusivamente, la partecipazione nella *target*.

2.2. Il leveraged buy-out nei principali ordinamenti stranieri

L'operazione di *l.b.o.* è stata concepita inizialmente negli *U.S.A.*, ove ha rappresentato una peculiare forma di *take-over*, ossia di scalata al potere sulle società azionarie, preordinata segnatamente al *delisting* di società quotate. Ben presto tuttavia l'operazione è stata considerata con sospetto: in primo luogo perché la "leva" (*leverage*) - cioè l'ammontare dei mezzi di credito rispetto ai capitali propri destinati a finanziare l'acquisizione della partecipazione di controllo della *shell* nella *target* - è cresciuta a dismisura, rendendo vieppiù aleatoria la restituzione del prestito ricevuto dalla prima; ed inoltre per la sempre più accentuata diffidenza verso le pratiche di *take-over*, nell'ambito delle quali non era - e non è - infrequente incorrere nella prevaricazione dei diritti delle minoranze e nell'affievolimento dell'attenzione con cui gli amministratori ottemperano ai *fiduciary duties* ad essi incombenti. Il timore che le operazioni in questione possano avere - come non di rado è accaduto - finalità predatorie a discapito dei soci minoritari, così da impingere nella fattispecie della *fraudulent conveyance*, analoga alla nostra figura di negozio in frode alla legge, ha indotto la *S.E.C.* ad emanare disposizioni mirate a richiedere, nello svolgimento di tali operazioni, una serie di informazioni al pubblico atte a privilegiare le esigenze di trasparenza e di esplicitazione delle motivazioni economiche che stanno alla base

delle operazioni anzidette (*rule 13.e-3*). Fra queste spiccano le indicazioni degli esiti di alcuni *tests* che servono ad evidenziare gli indici di sostenibilità delle suddette operazioni: in particolare il *business purpose test*, il *solvency test* e il *fairness test*.

Anche in *Francia* il *leveraged buy-out* suole essere compreso fra le tecniche di scalata al potere nelle società di capitali. La preoccupazione del legislatore francese è soprattutto diretta ad impedire potenziali abusi di maggioranza, consistenti soprattutto nell'espiazione del patrimonio sociale della *target* mediante la distribuzione ai soci di questa (fra cui la *shell*) di riserve in maniera da minarne l'equilibrio finanziario o da pregiudicarne il perseguimento di programmi imprenditoriali autonomi. Con la legge n. 578 del 9 luglio 1984 è stato rimosso ogni divieto alla costituzione di *holding* da parte dei dipendenti per l'acquisizione del controllo delle società per le quali lavorano; e sono state altresì attribuite agli *employees' buy-out* particolari agevolazioni sotto il duplice profilo fiscale e societario (fra cui merita segnalazione l'assegnazione di un voto doppio alle azioni possedute dai dipendenti che abbiano promosso operazioni di *e.b.o.*). Il legislatore francese ha infine esentato, nel 2001, le operazioni in questione dal divieto di assistenza finanziaria, così come peraltro consentito dalla II direttiva comunitaria in materia societaria (n. 77/91/CEE del 13 dicembre 1976). Si noti che, fra i Paesi di *civil law*, la Francia è quella in cui è stato realizzato il minor numero di operazioni di *l.b.o.* seguite dalla fusione fra le società *shell* e *target* (*m.l.b.o.*).

Nel *Regno Unito* - al pari, come vedremo, dell'Italia, quanto meno prima della "riforma Vietti" - le operazioni in parola erano viste con molta diffidenza in quanto potenzialmente suscettibili di comportare violazioni al divieto di assistenza finanziaria: divieto ribadito dalle *Sect. 151-158* del *Companies Act 1985*, pur con una nutrita serie di esenzioni a mente delle quali è stato sancito che l'assistenza finanziaria non è vietata se abbia carattere meramente accessorio nell'ambito di operazioni di più ampio respiro, o se sia prestata in buona fede nell'interesse sociale, o qualora la concessione di prestiti o di garanzie rientri nell'attività caratteristica prevista dall'oggetto sociale della *target*, od infine se sia finalizzata all'acquisto da parte dei dipendenti di quote di partecipazione nella società per cui lavorano. Particolari regole di condotta ispirate alla *disclosure* dell'operazione e alla tutela dei soci di minoranza sono state poi dettate dal *City Panel on Take-over and Mergers* in applicazione dei principi di *self-regulation* alla cui fissazione tale organismo presiede. In ogni caso, nello *U.K.* le operazioni di *l.b.o.* non hanno riscosso, nella pratica, particolare successo.

Pure in *Spagna* il divieto di assistenza finanziaria posto dall'art. 81 della *Ley de sociedades anónimas* del 1989 - di cui i *l.b.o.* costituiscono, ad avviso della prevalente dottrina, un mezzo di elusione - è stato confermato dal r.d.l. 2 luglio 2010, n. 1, con due esenzioni tuttavia concernenti, rispettivamente, le operazioni mirate a favorire l'azionariato dei dipendenti e quelle compiute dalle banche nell'ambito della loro attività caratteristica.

Nella *Repubblica Federale Tedesca* le operazioni in parola hanno avuto scarsissima applicazione sia perché il par. 71 *AktG.* viene comunemente interpretato nel senso di far rientrare i *l.b.o.* entro il dominio del divieto dell'assistenza finanziaria sia perché la dottrina ha sempre evidenziato il rischio dell'abuso di maggioranza - e dunque dell'eccesso di potere - insito nelle operazioni medesime.

2.3. L'evoluzione legislativa in Italia: la situazione prima della riforma societaria del 2003

Sotto il vigore del codice civile del 1942 - mai modificato sul punto fino all'emanazione del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, con cui è stata attuata la riforma organica della disciplina delle società di capitali e cooperative - le operazioni in questione, non riguardate specificamente da alcuna norma, ma note nella pratica degli affari, rientravano fra quelle comunemente definite come "operazioni pericolose" e, almeno secondo una corrente maggioritaria della dottrina, alla quale aveva prestato adesione parte della giurisprudenza, dovevano essere considerate alla luce del divieto posto alle s.p.a. di concedere finanziamenti o di prestare garanzie per l'acquisto di azioni proprie, meglio noto come "divieto di assistenza finanziaria" (art. 2358 c.c., come novellato a seguito dell'emanazione del d.p.r. 10 febbraio 1986, n. 30, di recepimento della menzionata II direttiva comunitaria in materia societaria).

Anteriormente alla riforma del diritto societario del 2003, il *leveraged buy-out* non seguito dalla fusione fra le società *shell* e *target* era sempre ravvisato alla stregua di un'operazione in diretta violazione del divieto di assistenza finanziaria di cui all'art. 2358 c.c., e come tale era considerato illecito. Invece il *l.b.o.* seguito dalla fusione fra le società anzidette (*m.l.b.o.*) non si escludeva potesse configurare una violazione indiretta del suddetto divieto, in quanto possibile negozio in frode alla legge (art. 1344 c.c.). Secondo un orientamento a cui il legislatore della cennata

riforma ha finito col prestare adesione, infatti, non avrebbe dovuto reputarsi illecito qualsiasi *m.l.b.o.*, tali non sembrando quelle operazioni non comportanti l'assunzione di debiti o la prestazione di garanzie da parte della *target*, o comunque compiute in presenza di attendibili indici patrimoniali, finanziari ed economici in grado di escludere che l'operazione medesima abbia carattere esclusivamente o prevalentemente "predatorio", nel senso già in precedenza ricordato. Nessun dubbio sussisteva, comunque, sulla liceità del *management buy-out* o dell'*employees' buy-out*, giacché una norma di diritto positivo (l'art. 2358, co. 3, c.c.) già consentiva - come tuttora consente - alle società per azioni di prestare assistenza finanziaria finalizzata a favorire l'azionariato, e dunque l'acquisto di azioni dalla stessa emessa, da parte dei propri dipendenti ovvero di quelli delle società controllate, controllanti o sottoposte al controllo di queste.

Le disposizioni civilistiche prescindevano in ogni caso dall'attribuire rilevanza ai comportamenti soggettivi, limitandosi a sanzionare eventuali effetti delle operazioni in questione che impingessero nella violazione di norme. Ai comportamenti commissivi dei soggetti agenti avevano invece riguardo i precetti penali, per i quali assumeva rilievo l'intenzionalità del compimento dell'illecito, con particolare riferimento alle condotte degli amministratori delle società coinvolte nell'operazione. È ben vero che l'art. 2630, co. 1, n. 2, c.c. era stato abrogato dal d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, con ciò venendo escluso che il *l.b.o.*, anche qualora potesse ritenersi compiuto in violazione dell'art. 2358 c.c., costituisca una fattispecie criminosa. Peraltro, ben potrebbe emergere il compimento di altri reati, quali le false comunicazioni sociali (art. 2622), le operazioni in pregiudizio dei creditori (art. 2629), l'indebita restituzione di conferimenti (art. 2626), l'infedeltà patrimoniale (art. 2634) o la stessa bancarotta fraudolenta impropria (art. 223, co. 2, n. 2, l. fall.).

Per la giurisprudenza formatasi anteriormente alla riforma le operazioni di *l.b.o.*, in qualunque modalità tecnica eseguite, sono state reputate legittime in presenza di un valido progetto industriale e di un equilibrato piano finanziario (v. Trib. Milano, 14 maggio 1992, in *Foro it.*, 1992, 2829; Id., 18 settembre 1992, *ivi*, 1993, II, 168; Trib. Brescia, 1° giugno 1993, in *Riv. soc.*, 1996, 563; Trib. Milano, 27 ottobre 1997, in *Giur. it.*, 1998, 1440; Id., 4 maggio 1999, in *Società*, 2000, 333; Id., 25 gennaio 2001, *ivi*, 2001, 761). Più specificamente la Cass. penale, 18 maggio 2006, n. 23730, ha analogamente affermato l'illiceità del *m.l.b.o.* allorché questo «non sia ... sorretto da un effettivo progetto industriale e risulti, pertanto, proiettato verso un'attività incapace di generare ef-

fettiva ed adeguata ricchezza, sicché i rischi ad esso indubitabilmente sottesi non siano giustificabili con la doverosa tutela del patrimonio societario, garanzia dei creditori», ossia appunto quando l'operazione abbia un intento predatorio.

2.4. La disciplina introdotta dalla riforma organica delle società di capitali entrata in vigore il 1° gennaio 2004

La legge delega 3 ottobre 2001, n. 366, all'art. 7, co. 1, lett. d) - testualmente mutuato dal precedente "progetto Veltroni" - così si era espressa al considerato riguardo: «*La riforma della disciplina della trasformazione, fusione e scissione è ispirata ai seguenti principi e criteri direttivi: ... d) prevedere che le fusioni tra società, una delle quali abbia contratto debiti per acquisire il controllo dell'altra, non comportano violazione del divieto di acquisto e di sottoscrizione di azioni proprie, di cui, rispettivamente, agli articoli 2357 e 2357-quater del codice civile, e del divieto di accordare prestiti e di fornire garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione di azioni proprie, di cui all'articolo 2358 del codice civile*». Non sfugge che tale previsione, più che di una norma riformatrice, ha tutte le sembianze di una norma di interpretazione autentica delle disposizioni previgenti: e questa formulazione appare altamente espressiva delle intenzioni del legislatore delegante.

A questo precetto impartito dalla delega è stata data attuazione con il predetto d.lgs. n. 6 del 2003 dal quale è stato introdotto *ex novo* l'art. 2501-bis c.c. (*Fusione a seguito di acquisizione con indebitamento*), dal seguente letterale tenore:

«Nel caso di fusione tra società, una delle quali abbia contratto debiti per acquisire il controllo dell'altra, quando per effetto della fusione il patrimonio di quest'ultima viene a costituire garanzia generica o fonte di rimborso di detti debiti, si applica la disciplina del presente articolo.

Il progetto di fusione di cui all'art. 2501-ter deve indicare le risorse finanziarie previste per il soddisfacimento delle obbligazioni della società risultante dalla fusione.

La relazione di cui all'art. 2501-quinquies deve indicare le ragioni che giustificano l'operazione e contenere un piano economico e finanziario con indicazione della fonte delle risorse finanziarie e la descrizione degli obiettivi che si intendono raggiungere.

La relazione degli esperti di cui all'art. 2501-sexies attesta la ragionevolezza delle indicazioni contenute nel progetto di fusione ai sensi del precedente secondo comma.

Al progetto deve essere allegata una relazione del soggetto incaricato della revisione legale dei conti della società obiettivo o della società acquirente.

Alle fusioni di cui al primo comma non si applicano le disposizioni degli artt. 2505 e 2505-bis».

Alcune semplici osservazioni preliminari:

a) il decreto delegato si è limitato a disciplinare le operazioni di *merger leveraged buy-out*, mentre non ha dedicato alcuna previsione specifica alle altre figure di *l.b.o.* (co. 1);

b) dalla norma che precede si evince la liceità, in via di principio, dei *m.l.b.o.*, il cui svolgimento è stato subordinato a regole più rigorose di quelle contemplate per le normali fusioni (co. 2, 3, 4 e 5);

c) il procedimento di *m.l.b.o.* non consente alcuna delle semplificazioni procedurali suscettibili di applicarsi alle normali fusioni (co. 6).

La menzionata riforma della disciplina delle società di capitali non ha per nulla modificato l'art. 2358 c.c. Come si vedrà subito al paragrafo successivo, non è stata recepita dal legislatore della riforma la tesi secondo cui le operazioni di *l.b.o.* sarebbero state da considerare sempre e comunque lecite. E neppure sono state recepite altre tesi già discutibili nel momento in cui vennero espresse: fra queste, quella che faceva dipendere la liceità di tali operazioni dalla circostanza che il patrimonio della *target* avesse solo funzione di garanzia generica dei finanziatori della *shell* (il che non è, giacché l'art. 2358 c.c. non precisa, ai fini dell'enunciazione del divieto di assistenza finanziaria, che la garanzia data dalla società a terzi per l'acquisto di azioni proprie debba essere specifica, ben potendo quindi consistere anche in una garanzia generica); ed inoltre quella secondo cui le medesime operazioni dovevano considerarsi lecite per il fatto che la *target* non si sarebbe accollata in via definitiva il debito contratto dalla *shell* per acquisirne il pacchetto azionario di maggioranza, giacché questo debito, dopo la fusione fra tali società, avrebbe fatto carico unicamente alla *shell* quale incorporante (il che non può assumersi un argomento valido in linea generale dal momento che, come s'è visto, l'operazione potrebbe anche concludersi con una fusione inversa, in dipendenza della quale la *target* si accollerebbe inevitabilmente i debiti contratti dalla *shell* per la sua acquisizione).

In estrema sintesi, il *m.l.b.o.* disciplinato dall'art. 2501-bis c.c. non può certo assumersi quale operazione *ex se* illecita; ma la sua liceità è subordinata al concorso di una serie di condizioni, ivi specificamente indicate, che rendono l'*iter* attraverso cui procede la sua attuazione più rigoroso di quello di una normale fusione, in dipendenza appunto della

potenziale “pericolosità” dell’operazione in questione rispetto ad una normale fusione.

2.5. *Gli elementi fondamentali della disciplina positiva del merger leveraged buy-out*

Il *m.l.b.o.* – al pari di ogni operazione di *leveraged buy-out* – deve tendere all’acquisizione del controllo da parte della *shell company* sulla *target*. Deve trattarsi, a tal fine, di controllo di diritto, cioè di controllo azionario maggioritario – e quindi, anche, beninteso, totalitario – ai sensi dell’art. 2359, co. 1, n. 1, c.c. Può anche trattarsi di controllo congiunto, purché questo sia stabilito da clausole statutarie o da patti parasociali con gli altri soggetti co-controllanti, e non dipenda da circostanze casuali.

L’acquisizione del controllo, nell’operazione che qui rileva, deve intervenire anteriormente alla fusione della *shell* con la *target*: fusione che, come già rilevato in precedenza, può essere indifferentemente diretta o inversa. Sotto questo profilo non è richiesto che la *shell* acquisisca in un’unica soluzione il controllo della *target*: essa infatti potrebbe pacificamente esserne stata socia di minoranza, per cui i mezzi di credito dalla stessa ricevuti potrebbero servire all’acquisto di una quota di minoranza della *target* che, sommata alla partecipazione minoritaria già posseduta, la faccia diventare azionista di controllo della *target* medesima. Neppure è escluso che il venditore o i venditori di tali azioni rimangano azionisti della *target*, ovviamente in posizione minoritaria, avendo appunto ceduto quel pacchetto azionario che ha consentito a un altro soggetto (la *shell company*) di conseguire il controllo sulla *target*; né è precluso al venditore o ai venditori anzidetti di partecipare, in virtù della quota minoritaria loro rimasta, all’esercizio di un controllo congiunto su tale società. Controllo congiunto – scaturente da clausole statutarie o patti parasociali – che essi ben potrebbero condividere con la *shell company* una volta che questa si sia resa titolare di tante azioni idonee ad attribuirle la capacità di disporre di oltre la metà dei diritti di voto esprimibili nelle assemblee ordinarie della *target*.

È invece dubbio che si sia in presenza dell’acquisizione del controllo se la partecipazione attribuyente il controllo azionario maggioritario sulla *target* venga trasferita da una società ad un’altra facenti parte dello stesso gruppo, poiché non parrebbe integrare un trasferimento del controllo *stricto sensu* la fattispecie nella quale tanto l’acquirente quanto il venditore delle azioni in parola ricadano sotto il controllo – di-

retto o indiretto - di una comune controllante. Per vero, in tal caso, si tratterebbe piuttosto di operazioni di *cash-out* attraverso cui il venditore può monetizzare, almeno in parte, il valore della propria partecipazione; operazioni a cui, nella pratica, suole farsi ricorso specialmente allorché la società partecipata non distribuisca dividendi o non ne distribuisca in misura sufficiente a soddisfare le attese di determinati azionisti. Deve tuttavia rilevarsi come la prevalente dottrina propenda per l'applicabilità dell'art. 2501-*bis* anche ai predetti *leveraged cash-out* e, più in generale, a quei *l.b.o.* nei quali la sostituzione del controllo sulla *target* da un soggetto ad un altro sia meramente formale.

Per quanto poi concerne la nozione di indebitamento (*rectius*, di assunzione di debiti) a cui fa riferimento la norma, gli interpreti sono concordi nel ritenere che non debba trattarsi esclusivamente di mutui di scopo erogati alla *shell* per l'acquisizione del controllo sulla *target*, bensì che siano suscettibili di rientrare in tale nozione tutte le linee di credito accordate alla *shell*, e da questa utilizzate, nel periodo di attuazione dell'operazione, qualora siano servite ad incrementare le disponibilità finanziarie della stessa *shell*, indipendentemente dal fatto che queste fossero dichiaratamente finalizzate all'acquisto di azioni emesse dalla *target*. E ciò anche con riguardo ai finanziamenti ottenuti dalla *shell* successivamente all'acquisizione del controllo sulla *target*, se destinati a ripristinarne l'equilibrio finanziario che fosse stato alterato in conseguenza dell'esborso sostenuto per l'acquisizione del pacchetto azionario di controllo della *target* medesima. Quel che invece si ritiene necessario è che al momento della stipulazione dell'atto di fusione fra la *shell* e la *target* la prima non abbia ancora rimborsato il prestito; ossia che, a quel momento, il debito contratto dalla *shell* per acquisire il controllo della *target* sia ancora, almeno in parte, sussistente.

Una questione particolare riguarda la liceità di un finanziamento erogato alla *shell*, al fine di cui trattasi, direttamente dalla società *target*. Nel vigore del testo originario dell'art. 2358 c.c. era opinione comune che un simile finanziamento fosse illecito per violazione del divieto di assistenza finanziaria all'acquisto delle proprie azioni. Tuttavia, dopo che tale articolo è stato novellato (v. *infra*, §§ 3.1 e 3.2), si propende per considerare legittimo il finanziamento *de quo*, beninteso ove vengano osservate le condizioni poste dalla norma attualmente vigente.

Al fine della valutazione della liceità dell'operazione in parola non rileva, inoltre, il rapporto fra i mezzi propri e i mezzi di credito attraverso i quali la *shell company* pervenga all'acquisizione del controllo sulla

target. A differenza di altre fattispecie nelle quali la legge ha individuato un rapporto “ideale” - precisamente specificato od anche solo presupposto - fra il capitale proprio e il finanziamento di terzi (cfr., ad esempio, l’art. 2545-*quinquies* per le cooperative e l’art. 2412, co. 1, per l’emissione dei prestiti obbligazionari, quanto alla prima ipotesi; nonché gli artt. 2467 e 2497-*quinquies* per la postergazione legale della restituzione dei finanziamenti dei soci e l’art. 2447-*ter*, co. 1, lett. c), per l’istituzione di patrimoni destinati a specifici affari delle s.p.a., quanto alla seconda), un simile rapporto non è stato indicato, né in termini specifici né in termini generici, con riguardo alle operazioni di *m.l.b.o.*, venendo rimessa alla valutazione dell’esperto, come si vedrà in appresso, la ragionevolezza del rapporto medesimo caso per caso, sulla base della posizione finanziaria netta di ogni singola società interessata.

In relazione poi al fatto che la norma fa riferimento al patrimonio della *target* quale «*garanzia generica*» - oltretutto quale fonte di rimborso - dei debiti contratti dalla *shell* per acquisire il controllo della stessa *target*, non può affatto escludersi che la disposizione in questione debba ricevere applicazione anche quando tale patrimonio, o sue singole componenti, vengano offerte ai soggetti finanziatori quali garanzie specifiche a fronte dei prestiti all’uopo accordati alla *shell*. Ciò, tanto più se si consideri che in Italia le banche normalmente richiedono che i finanziamenti da esse accordati vengano assistiti da garanzie specifiche (ipoteche su immobili, pegni su azioni od altri valori mobiliari, privilegi generali e speciali, etc.), mentre ancora non sogliono, quanto meno abitualmente, concedere gli affidamenti sulla base dell’esame di piani d’impresa - o piani economico-finanziari pluriennali o *business plans* che dir si voglia - nei confronti dei quali nutrono per lo più, a ragione o a torto, delle istintive diffidenze, non di rado generate dalla mancanza di validi strumenti o capacità di analisi. Una lettura formalistica e restrittiva della norma che ne circoscrivesse l’applicabilità ai soli casi in cui vengano offerte ai finanziatori delle garanzie generiche, inoltre, sarebbe difficilmente comprensibile sotto il profilo logico, poiché non si comprenderebbe la *ratio* di regole procedurali ben più rigorose di quelle a cui sono assoggettate le fusioni ordinarie allorché il patrimonio della *target* sia solo potenzialmente a rischio, senza includervi anche quelle operazioni che pongono a rischio di perdita pressoché certa, in caso di crisi, determinati e ben individuati beni della *target* medesima.

2.6. Gli aspetti salienti del procedimento di merger leveraged buy-out

In considerazione della delicatezza dell'operazione di *m.l.b.o.* e del rischio potenziale che essa è suscettibile di comportare specialmente per i soci di minoranza e per i creditori della società emergente dalla fusione, il legislatore della riforma ha previsto – come s'è detto poc'anzi – un procedimento più rigoroso di quello stabilito per le normali fusioni.

Per evidenziare le particolarità di tale procedimento sia consentito prendere le mosse dall'ultimo comma dell'art. 2501-*bis* c.c.: per i *m.l.b.o.* è esclusa ogni semplificazione procedimentale contemplata invece, per le fusioni ordinarie, dagli artt. 2505 e 2505-*bis*. Il che significa che, sebbene l'incorporante sia titolare di una quota di partecipazione nell'incorporata superiore al 90 per cento del capitale sociale di questa, e perfino nel caso in cui essa sia titolare dell'intero capitale sociale, il progetto di fusione dovrà contenere tutti gli elementi indicati dall'art. 2501-*ter*, senza alcuna eccezione, e non potrà mancare – come meglio si vedrà in seguito – la relazione degli esperti di cui all'art. 2501-*sexies*. Inoltre, le deliberazioni di fusione non potranno venire assunte dagli organi amministrativi delle società interessate.

La norma non precisa, tuttavia, se nel caso di specie rimangano dimezzati – relativamente agli *m.l.b.o.* a cui non partecipino società azionarie – i termini che devono intercorrere fra l'iscrizione del progetto di fusione nel registro delle imprese e la data fissata per la decisione in ordine alla fusione (art. 2501-*ter*, co. 4) e fra l'iscrizione nel registro stesso della deliberazione o della decisione di fusione e la stipulazione dell'atto di fusione (art. 2503, co. 1), nonché di quello previsto per il preventivo deposito di atti e documenti presso le sedi delle società partecipanti alla fusione (art. 2501-*septies*, co. 1), siccome stabilito dall'art. 2505-*quater* c.c. Non essendo stato espressamente contemplato che il dimezzamento dei termini anzidetti, posti anche nell'interesse dei terzi, non si applichi ai *m.l.b.o.* si reputa che la norma dell'art. 2505-*quater* debba ricevere applicazione anche con riguardo alle fusioni di cui trattasi.

Ciò premesso, occorre considerare le indicazioni o le attestazioni che nelle operazioni di *m.l.b.o.* devono essere contenute nei documenti da predisporre nel corso del procedimento in aggiunta a quelle stabilite per le fusioni ordinarie.

2.6.1. Il *progetto di fusione*, in aggiunta ai dati e alle informazioni previsti dall'art. 2501-ter, deve indicare le risorse finanziarie previste per il soddisfacimento delle obbligazioni della società risultante dalla fusione, sia essa una società di nuova costituzione ovvero l'incorporante. In sostanza, in tale progetto deve risultare specificato con quali mezzi la società anzidetta ripagherà il debito contratto dalla *shell* per acquisire la partecipazione di controllo nella *target*, compresi gli interessi che matureranno sul medesimo debito.

2.6.2. La *relazione degli amministratori*, oltre ai dati e alle informazioni previste dall'art. 2501-quinquies, deve indicare le ragioni che giustificano l'operazione e deve contenere - anche come allegato che ne costituisca parte integrante e sostanziale - un piano economico e finanziario con l'indicazione della fonte delle risorse finanziarie e la descrizione degli obiettivi che si intendono raggiungere. La dottrina - sul punto univoca - ritiene che debbano essere giustificate le ragioni dell'operazione nel suo complesso, non quelle della fusione in sé, che dell'operazione medesima costituisce un passaggio, per quanto rilevante. È infatti dell'intera operazione di *l.b.o.*, e non della sola fusione che la conclude, che deve valutarsi la liceità, la quale potrebbe dunque difettare anche se la fusione fosse validamente e legittimamente attuata. Il fatto che la legge richieda che gli amministratori devono indicare non soltanto la fonte delle risorse finanziarie, ma anche la descrizione degli obiettivi che con l'operazione stessa si intendono raggiungere fa del piano anzidetto un vero e proprio piano d'impresa (*business plan*) mediante il quale possa ritrarsi un'informazione adeguata ed esauriente degli scopi imprenditoriali dell'operazione di *m.l.b.o.* Pertanto, oltre al piano economico e finanziario espressamente richiesto dalla norma, la relazione in parola dovrebbe ragionevolmente illustrare anche il piano industriale dell'operazione complessivamente considerata. Quanto, in particolare, all'indicazione della fonte delle risorse finanziarie ricavabile dal piano, si ritiene che questa non debba limitarsi all'enunciazione di quelle con cui si prevede che la società risultante dalla fusione possa soddisfare le obbligazioni derivanti dall'indebitamento assunto per l'acquisizione della partecipazione di controllo sulla *target*, che già devono risultare dal progetto di fusione, bensì la fonte di tutte le risorse finanziarie di cui la menzionata società deve disporre per dare concreta attuazione all'operazione imprenditoriale nella sua intierezza, comprese quindi quelle occorrenti per l'effettuazione di nuovi investimenti, per il trasferimento di stabilimenti produttivi o di impianti industriali, per il compimento di eventuali ristrutturazioni aziendali e così via.

Venendo più nel dettaglio ad esaminare il contenuto del piano - che nel suo insieme deve evidenziare la sostenibilità finanziaria dell'operazione, dimostrando altresì che questa non sia preordinata ad un intento predatorio nei confronti dei soci di minoranza e dei terzi, specialmente dei creditori - la più attenta dottrina ha passato in rassegna gli elementi che da esso devono risultare, i quali segnatamente consistono nei seguenti:

- la descrizione dell'operazione, con l'indicazione delle motivazioni atte a giustificarne l'interesse per la società;
- l'indicazione delle risorse finanziarie disponibili per l'attuazione del *buy-out*, la fonte di tali risorse (mezzi propri, finanziamenti infra-gruppo, mutui bancari, etc.) e le forme tecniche dei finanziamenti, con specificazione della provenienza delle entrate previste nel *cash-flow*, specie nei casi in cui queste derivino dalla dismissione di *assets* o di rami aziendali considerati non strategici o non rientranti nel *core business* oppure dalla gestione di particolari operazioni;
- l'indicazione delle garanzie specifiche offerte ai finanziatori (ad es., l'ipoteca su immobili aziendali della società *target* o il pegno sulle azioni o sulle quote di questa);
- l'indicazione delle obbligazioni assunte dalla *target* per agevolare l'operazione, ivi comprese le garanzie reali o personali prestate da tale società;
- la descrizione degli obiettivi che la società intende perseguire non con la sola fusione, bensì con l'intera operazione di *m.l.b.o.* complessivamente considerata, con specifico riferimento ai risultati di natura imprenditoriale, economica e finanziaria che i promotori intendano raggiungere;
- la sintetica rappresentazione delle politiche gestionali che i promotori medesimi si prefiggano di attuare, da rendersi attraverso la formazione di un *business plan* dal quale in particolare risultino - ove sussistenti - gli effetti di sinergia o di razionalizzazione e di integrazione industriale al cui conseguimento l'operazione sia sottesa, con la precisazione dei presupposti sulla base dei quali siano state formulate le relative previsioni;
- la declinazione del piano economico-finanziario complessivo dell'operazione dal quale si evinca la sua sostenibilità e soprattutto la concreta possibilità di rimborsare i debiti per essa contratti, con analitica esplicazione della genesi delle fonti finanziarie da utilizzarsi per il rimborso anzidetto e, in generale, di quelle «*previste per il soddisfacimento delle obbligazioni della società risultante dalla fusione*».

2.6.3. La *relazione degli esperti* deve attestare la ragionevolezza delle indicazioni contenute nel progetto di fusione e delle relative assunzioni. Essa è obbligatoria e non può mai mancare, neppure se la società incorporanda sia sottoposta al controllo totalitario di quella destinata a diventarne l'incorporante. Ciò in quanto la funzione di questa relazione non è soltanto quella di attestare la congruità del rapporto di cambio - come stabilito per le fusioni in generale dall'art. 2501-*sexies* - bensì, in aggiunta, anche quella di rendere un'attestazione di ragionevolezza dell'operazione di *m.l.b.o.*, cioè di un requisito che prescinde totalmente dalla composizione della compagine sociale della società destinata ad essere fusa.

In considerazione della finalità assegnata a tale relazione dall'art. 2501-*bis*, co. 4, non è applicabile alla fattispecie neppure la previsione del d.lgs. 13 ottobre 2009, n. 147, di recepimento della direttiva comunitaria n. 63/2007 contenente semplificazioni procedurali in materia di fusioni e scissioni, che ha esteso ai soci delle società in procinto di fondersi la facoltà di rinunciare alla relazione degli esperti anche nell'ambito delle fusioni a cui partecipino società azionarie, dal momento che nel *m.l.b.o.* tale relazione non si limita alla protezione degli interessi dei soci, ma provvede anche alla tutela dei terzi.

La dottrina ha diversamente interpretato la finalità dell'attestazione di ragionevolezza che, nell'operazione in questione, la legge assegna alla relazione degli esperti. La corrente maggioritaria - alla quale si ritiene doversi prestare adesione - tende ad escludere che una simile attestazione abbia la valenza di costituire una certificazione, ovvero un'asseverazione, del piano economico e finanziario contenuto nella relazione degli amministratori; e attribuisce piuttosto a questo termine il significato di un giudizio professionale del tutto simile a quello che gli esperti devono rendere circa la congruità del rapporto di cambio: un apprezzamento tecnico sul progetto di fusione per *m.l.b.o.* e, più ancora, sull'operazione nel suo complesso, nella sua proiezione futura. Un giudizio, oltre a ciò, da rendere secondo il canone della ragionevolezza, che appare promanare il proprio carattere dallo «*standard of the reasonable man*» ben noto nella *common law*. Non si è dunque in presenza né di una certificazione né di una dichiarazione di scienza, bensì di un procedimento logico-tecnico di carattere prettamente valutativo, non suscettibile di impingere in un giudizio di merito. Procedimento valutativo che, sebbene sia essenzialmente incentrato sugli aspetti finanziari della considerata operazione, non può esimersi dall'aver riguardo anche a tutti gli altri aspetti dell'operazione medesima e soprattutto all'esame

del complesso della documentazione predisposta dagli amministratori e messa a disposizione nella (e con la) loro relazione.

Sul piano contenutistico, dalla relazione degli esperti deve risultare l'analisi della struttura finanziaria della società risultante dalla fusione; la prognosi della concreta realizzabilità del *business plan*, con correlato giudizio circa la correttezza, la coerenza, la ragionevolezza e la prudenzialità dei *forecast* ivi formulati, dei presupposti su cui questi si basano e sui modelli economici applicati per la ricognizione delle fonti e degli impieghi concernenti la prefata società risultante dalla fusione, nonché la valutazione complessiva della ragionevolezza del progetto di fusione nel senso dianzi riferito, ossia nell'espressione del giudizio che tale progetto non appaia manifestamente irrazionale, illogico, inadeguato o arbitrario.

Si ricorda infine che la sostenibilità dell'indebitamento assunto o da assumersi per lo sviluppo dell'operazione - la cui ragionevolezza gli esperti devono attestare - è stata considerata come condizione di legittimità delle delibere assembleari di approvazione della fusione per *m.l.b.o.* di ciascuna delle società che vi partecipano.

2.6.4. Al progetto di fusione per *m.l.b.o.* deve essere allegata una *relazione del soggetto incaricato della revisione legale dei conti* o della *shell company* o della *target* (*ibidem*, co. 5). È revisore legale dei conti il soggetto (società di revisione o revisore individuale) il quale abbia ricevuto tale incarico a norma dell'art. 1, d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39. Può dunque rivestire tale funzione anche il collegio sindacale, nei casi in cui la legge non ne faccia divieto e ciò sia previsto dallo statuto sociale o, in presenza di una specifica previsione statutaria, venga stabilito con deliberazione dell'assemblea. In questo senso si è, fra gli altri, espressa la Commissione per i principi uniformi in tema di società del Consiglio notarile di Milano con la massima n. 118 approvata in data 5 aprile 2011 (in *Società*, 2011, p. 659). Ai sensi di tale massima può essere redatta anche una sola relazione per tutte le società partecipanti alla fusione ad opera del revisore legale dei conti di una delle società partecipanti a tale operazione.

Il contenuto della relazione in questione è libero, cioè non è determinato da alcuna norma. Peraltro, presiedono alla sua formazione i *Principi di revisione* statuiti dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e le regole di *best practice* emanate dall'Associazione italiana fra le società di revisione (ASSIREVI). In ogni caso la dottrina tende ad escludere che il revisore legale dei conti debba rendere un'attestazione di ragionevolezza, che compete invece - come s'è visto - agli esperti. A

questo soggetto è, invero, unicamente richiesto di svolgere un'analisi tecnico-contabile delle situazioni patrimoniali delle società partecipanti alla fusione e dei dati esposti nel piano illustrato dagli amministratori nella propria relazione: analisi che non deve pertanto spingersi all'espressione di alcun giudizio (o apprezzamento tecnico) sull'operazione di cui trattasi.

* * *

3. La nuova disciplina in materia di assistenza finanziaria

In linea con l'ammissione della legittimità del compimento di operazioni di *merger leveraged buy-out* è stato rimosso il divieto assoluto della c.d. "assistenza finanziaria" che traeva la propria origine dalla versione originaria della norma dell'art. 2358, co. 1, c.c. la quale testualmente disponeva: «*La società non può accordare prestiti né fornire garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione delle azioni proprie*». Tale norma non aveva subito alcuna modificazione per effetto della riforma della disciplina societaria attuata con il d.lgs. n. 6 del 2003.

3.1. La modificazione del disposto normativo: la fonte

La modificazione del disposto normativo del menzionato art. 2358, co. 1, c.c. trae origine dall'emanazione della direttiva comunitaria n. 68 del 6 settembre 2006, di modernizzazione della II direttiva in materia societaria (n. 77 del 13 dicembre 1976), la quale - introducendo all'art. 1, par. 6, di questa gli artt. 23, par. 1, e 23-bis - ha invitato gli Stati membri dell'U.E. a rimuovere il divieto assoluto di assistenza finanziaria, subordinandone peraltro la legittimità al rispetto di determinati limiti e condizioni, segnatamente consistenti:

- in condizioni di mercato "eque" (co. 2);
- nella completa *disclosure* delle ragioni e dei rischi dell'operazione, che è richiesto sia comunque finalizzata al perseguimento dell'interesse sociale (co. 3);
- nella preventiva autorizzazione dell'assemblea, da deliberarsi con maggioranze qualificate (co. 3);
- negli stessi limiti stabiliti per l'acquisto di azioni proprie (co. 4).

L'Italia ha recepito la direttiva n. 68/2006 con il d.lgs. 4 agosto 2008, n. 142, con il quale l'art. 2358 è stato radicalmente modificato come risulta nel testo attualmente vigente.

Il novellato art. 2358 è stato palesemente modellato sullo schema dell'art. 2501-*bis* dianzi illustrato con riguardo al *merger leveraged buy-out* ed ha, quale più immediata conseguenza, quella di avere rimosso il divieto già incombente alla società emittente di prestare direttamente assistenza finanziaria per l'acquisto di proprie azioni, la cui violazione veniva anteriormente sanzionata anche sul piano penale. La dottrina che più specificamente ha approfondito l'argomento ha rilevato che dal combinato disposto degli artt. 2358 e 2501-*bis* c.c. è possibile ricavare il riconoscimento della legittimazione – seppur subordinata all'ottemperanza di un complesso di vincoli – al compimento delle seguenti operazioni:

- del *m.l.b.o.* nella sua più classica configurazione, consistente nell'acquisizione delle azioni della *target* a debito della medesima, con conseguente fusione fra le società *shell* e *target*;
- dell'acquisizione delle azioni della *target* con indebitamento garantito direttamente da questa, sia in proprio che per interposta persona;
- del *m.l.b.o.* reso possibile dall'assistenza finanziaria concessa direttamente dalla società emittente all'acquirente delle azioni *de quibus*;
- dell'*employees' buy-out* e del *workers' buy-out*;
- nonché del *management buy-out*, seppure nei limiti più severi stabiliti dalla prefata norma, applicabili anche al caso di assistenza finanziaria concessa ai soci di controllo.

3.2. La nuova disciplina

L'incipit del novellato art. 2358, co. 1, («*La società non può, direttamente o indirettamente, accordare prestiti, né fornire garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione delle proprie azioni ...*») non diverge – se non per l'inserzione degli avverbi «*direttamente o indirettamente*», che precisano in senso estensivo la portata del divieto – dalla pregressa formulazione; ciò che ribalta invece il previgente divieto è la prosecuzione della stessa norma, introdotta *ex novo*: «*... se non alle condizioni previste dal presente articolo*». E, poiché due negazioni affermano, la nuova norma, nella sua attuale formulazione, deve intendersi stravolgere il divieto in precedenza sancito ed ammettere pacificamente che le operazioni dalla stessa considerate sono ora legittime ove vengano rispettate le «*condizioni previste dal presente articolo*»; e che restano invece vietate – in qualunque modo siano compiute, cioè in via sia diretta che indiretta – solo qualora le condizioni medesime non vengano rispettate.

Dall'espressione «*per l'acquisto o la sottoscrizione di azioni proprie*» è dato desumere che i prestiti e le garanzie considerati dalla norma possono essere destinati sia all'acquisto sul mercato di azioni emesse dalla società finanziatrice o garante, ossia da venditori diversi da questa; sia all'acquisto dalla menzionata società delle medesime azioni che si trovino nel suo portafoglio; sia alla sottoscrizione delle azioni da emettersi a fronte di un aumento di capitale deliberato dalla società stessa (aumento di capitale che, nella fattispecie in esame, dovrebbe verosimilmente essere riservato al soggetto o ai soggetti destinatari dei finanziamenti e delle garanzie anzidetti, con limitazione o esclusione del diritto d'opzione di coloro che rivestano la qualità di azionisti già al momento dell'assunzione della deliberazione in parola).

Inalterato è invece rimasto il divieto, già disposto dall'originario co. 2 dell'articolo in esame, a che la società per azioni accetti - anche in questo caso direttamente oppure per il tramite di società fiduciaria o per interposta persona - azioni proprie in garanzia (cfr. il co. 7 del medesimo art. 2358, nel testo attualmente in vigore).

Al fine di evitare dubbi interpretativi suscettibili di derivare da una improbabile interpretazione della norma, merita osservare che, analogamente a quanto stabilito in modo più esplicito nel co. 7, anche all'avverbio «*indirettamente*» enunciato nel co. 1 deve annettersi il significato di operazione di assistenza finanziaria compiuta dalla società emittente le azioni a favore sia di propri soci che di terzi mediante l'interposizione di altri soggetti, siano essi società fiduciarie o persone diverse dalla stessa.

3.2.1. *La relazione degli amministratori*

La prima condizione - in ordine logico - alla quale la norma in esame subordina la liceità delle operazioni di assistenza finanziaria di cui trattasi è quella che esse devono essere adeguatamente illustrate, sotto il duplice profilo giuridico ed economico, dagli amministratori con una propria circostanziata relazione, la quale deve restare depositata presso la sede sociale nei trenta giorni precedenti quello fissato per lo svolgimento dell'assemblea che dovrà autorizzare le operazioni medesime (*ibidem*, co. 3).

In tale relazione devono venire iscritte le condizioni di fattibilità di tali operazioni e quelle al cui verificarsi è subordinato il loro compimento, devono essere evidenziate «*le ragioni e gli obiettivi imprenditoriali*» che le giustificano, lo «*specifico interesse*» che queste presentino per la società destinata ad attuarle, i rischi che siano suscettibili di comportare

«*per la liquidità e la solvibilità della società*» - a seguito, si ritiene, dell'esperimento di uno specifico *solvency test* - e deve altresì essere indicato il prezzo d'acquisto delle azioni emesse dalla suddetta società da parte del compratore (o dei compratori). In sintesi, la relazione degli amministratori deve operare una completa e trasparente *disclosure* su tutti gli aspetti rilevanti di tali operazioni, quali i motivi che stanno alla base del loro compimento, le finalità perseguite dalla società attraverso queste, le modalità e le tempistiche di esecuzione, la valutazione dei potenziali rischi e la rappresentazione dei presumibili vantaggi ad esse correlati; e deve trasmettere ai destinatari il convincimento degli amministratori sulla razionalità dei presupposti e della struttura dell'operazione, nonché sulla ragionevolezza degli assunti, delle condizioni e delle modalità di attuazione e dei rischi della stessa.

Il co. 3 della norma in commento sancisce inoltre che l'operazione *de qua* deve essere attuata «*a condizioni di mercato, in particolare per quanto riguarda le garanzie prestate e il tasso di interesse praticato per il rimborso del finanziamento*»; e che «*il merito di credito*» - ossia la meritevolezza, l'obiettiva capacità di ottenere il finanziamento - della controparte sia stato «*debitamente valutato*». Si segnala che le «*condizioni di mercato*» non è richiesto debbano essere "eque", così come precisato dalla prefata direttiva n. 68/2006: il che ha attenuato - se non addirittura eliminato - possibili incertezze interpretative che avrebbero potuto sorgere dalla remissione all'apprezzamento soggettivo degli amministratori dell'accertamento dell'equità delle condizioni medesime, la cui normalità (*at arm's length*) deve dunque essere quanto più possibile valutata in relazione a parametri e circostanze oggettivi, non limitati ai tassi e alle garanzie contrattualmente stabiliti, ma da estendersi all'operazione complessivamente considerata. Dal tenore della norma appare indefettibile che queste condizioni debbano sussistere entrambe: ove mancasse anche una sola di esse l'operazione di assistenza finanziaria non sarebbe lecita e tale illiceità travolgerebbe altresì l'eventuale operazione di *l.b.o.* che fosse fondata sull'operazione medesima.

Il co. 5 della norma medesima prescrive poi che «*qualora la società accordi prestiti o fornisca garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione delle azioni proprie a singoli amministratori della società o della controllante o alla stessa controllante ovvero a terzi che agiscono in nome proprio e per conto dei predetti soggetti*» la relazione degli amministratori, oltre a fornire le informazioni precedentemente riferite, debba ulteriormente attestare che l'operazione di assistenza finanziaria «*realizza al meglio l'interesse della società*». Non si tratta più, quindi, nella specie, sem-

plicemente di evidenziare «*lo specifico interesse che l'operazione presenta per la società*» - come contemplato al co. 3 - bensì di dichiarare responsabilmente e in modo impegnativo che l'interesse sociale non potrebbe essere perseguito in miglior modo che attraverso il compimento dell'operazione medesima, ossia che nessun'altra operazione, diversa da quella proposta, fra quelle concretamente attuabili, sarebbe in grado di realizzare più proficuamente l'interesse della società: attestazione molto impegnativa, non c'è che dire, la quale non potrebbe essere resa se non fosse sorretta da un'attendibile valutazione comparativa degli amministratori, fondata su elementi oggettivi di giudizio.

Infine, avendo accennato all'obbligo del deposito della relazione dell'organo amministrativo presso la sede sociale nei trenta giorni che precedono l'assemblea, ci si domanda se questo termine possa essere - in tutto o in parte - rinunciato dagli azionisti. La risposta sembra dover essere affermativa, poiché tale deposito è stato previsto nell'interesse esclusivo degli azionisti medesimi, non essendo i terzi legittimati alla disamina dei documenti depositati presso la sede sociale, di cui solo ai soci è consentito prendere visione al fine di intervenire in assemblea muniti di tutte le informazioni necessarie a deliberare responsabilmente e con cognizione di causa.

3.2.2. *L'autorizzazione assembleare*

La condizione immediatamente susseguente è quella che tali operazioni siano «*preventivamente autorizzate dall'assemblea straordinaria*» (*ibidem*, co. 2).

Con tale formulazione, la norma di diritto interno recepisce il requisito posto dalla direttiva comunitaria n. 68/2006, imponendo tuttavia che l'assemblea tenuta ad esprimere detta autorizzazione debba essere «*straordinaria*», con ciò intendendo non solo che la deliberazione in questione debba essere assunta con le maggioranze qualificate stabilite dalla legge per questo tipo di assemblea - ottemperando così al postulato della direttiva - ma anche che esse debbano avere data certa; che il loro verbale debba essere esteso, in qualità di segretario, da un notaio, con le inerenti garanzie di corretta e fedele rappresentazione delle presenze, dell'andamento della discussione e del contenuto delle decisioni; ed inoltre che il verbale medesimo debba essere depositato per l'iscrizione nel registro delle imprese: deposito che deve avvenire entro trenta giorni dalla conclusione dell'adunanza assembleare (*ibidem*, co. 3). In realtà la direttiva non pretendeva tutto ciò, ma si limitava a richiedere un *quorum* deliberativo rafforzato rispetto a quello dell'assemblea ordinaria; e, per

vero, l'opzione del legislatore nazionale per la competenza dell'assemblea straordinaria non appare coerente né all'attività dell'organo (l'emanazione di un'autorizzazione) né all'oggetto della determinazione da assumere (il compimento di operazioni su azioni proprie), che normalmente rientrano nella competenza dell'assemblea ordinaria. Questa opzione non deve però stupire poiché non sono mancati, in passato, casi di disposizioni normative le quali avevano richiesto che venissero assunte dall'assemblea straordinaria deliberazioni su materie tradizionalmente riservate alla competenza di quella ordinaria: si pensi, a puro titolo esemplificativo, al precepto dell'art. 6 della l. 19 marzo 1983, n. 72, a mente del quale l'utilizzo - al pari della reintegrazione e della riduzione - delle speciali riserve costituite a fronte dei saldi attivi di rivalutazione monetaria dei cespiti doveva (e tuttora deve, ove tali riserve permangano iscritte nei bilanci) essere approvato dall'assemblea straordinaria, sebbene in materia di utilizzazione, reintegrazione e riduzione delle riserve le decisioni siano normalmente di pertinenza dell'assemblea ordinaria.

Con riguardo a questa delibera autorizzativa da assumersi dall'assemblea straordinaria sorgono molteplici questioni dubbie, di seguito riepilogate.

a) Gli azionisti hanno potere di iniziativa per proporre operazioni rientranti sotto la previsione normativa dell'art. 2358 c.c.? Dovrebbe ritenersi di no, giacché la legge prevede che le proposte di tali operazioni debbano essere illustrate da una relazione all'assemblea che - come s'è appena visto - spetta unicamente agli amministratori, e non anche agli azionisti, redigere sotto la propria responsabilità; mentre, com'è noto, i soci - salvo che in ben determinate circostanze (v. ad esempio quella contemplata dall'art. 2476, co. 7, c.c.) - non assumono alcuna responsabilità per le proposte formulate all'assemblea.

b) Potrebbe l'assemblea modificare le condizioni economiche dell'operazione prospettate nell'apposita relazione degli amministratori o deve semplicemente limitarsi ad autorizzare o a non autorizzare l'operazione medesima sulla base delle condizioni economiche ivi contenute? L'opinione prevalente - che appare corretta - è nel senso che all'assemblea spetti concedere o negare l'autorizzazione al compimento dell'operazione sulla base delle indicazioni contenute nella relazione degli amministratori che la propongono, ma non possa modificare le condizioni economiche contenute in tale relazione, poiché - com'è stato evidenziato - compete esclusivamente agli amministratori avanzare la proposta anzidetta e predisporre la relazione illustrativa da presentare

all'assemblea. Nel caso in cui l'assemblea negasse la richiesta autorizzazione potrebbe pur sempre evidenziare i motivi del diniego ed esteriorizzare le modificazioni della proposta in presenza delle quali questa potrebbe essere in un secondo tempo autorizzata: ciò che postulerebbe una successiva modifica della relazione degli amministratori e la convocazione di una nuova adunanza dell'assemblea straordinaria - previa ripetizione del deposito presso la sede sociale della relazione così modificata nei trenta giorni precedenti la data fissata per l'adunanza stessa - in modo che l'assemblea possa nuovamente pronunciarsi sulla richiesta di autorizzazione dell'operazione di assistenza finanziaria. Vi sarebbe, cioè, una stretta analogia con le funzioni di pertinenza dei due distinti organi sociali in materia di approvazione del bilancio: spetta all'organo amministrativo redigerne il progetto e corredarlo con la propria relazione sulla gestione, mentre spetta all'assemblea approvarlo o non approvarlo; e nel caso in cui, per approvarlo, essa richiedesse una qualche modificazione del progetto di bilancio non potrebbe provvedere autonomamente ad introdurla, ma dovrebbe rinviare tale progetto all'organo amministrativo affinché - ove lo ritenga - lo modifichi, ripetendo susseguentemente l'*iter* previsto dalla legge per la sua formazione e la sua approvazione. Ciascuno dei due organi, insomma, ha funzioni e poteri propri ed esclusivi e non può l'assemblea - soprattutto dopo l'introduzione dell'art. 2380-*bis* c.c. - avocare a sé compiti che la legge riserva inderogabilmente agli amministratori.

c) Pur dovendo qualsiasi operazione di assistenza finanziaria perseguire l'interesse proprio della società che la ponga in essere, è innegabile che la decisione di accordare prestiti o di fornire garanzie ad altri soggetti per l'acquisto o la sottoscrizione di azioni proprie sia influenzata da una volontà esterna ad essa, promanante da un centro d'imputazione di interessi in grado di esercitare sulla società stessa la signoria del potere. In tale situazione la delibera autorizzativa testè menzionata dovrà essere assunta nel rispetto della disciplina prevista dall'art. 2497-*ter* c.c. in tema di attività di direzione e coordinamento, e quindi dovrà essere analiticamente motivata e «*recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso*» sulla deliberazione medesima. Inoltre, di tale deliberazione dovrà essere «*dato adeguato conto*» nella relazione sulla gestione ex art. 2428 c.c. che gli amministratori sono tenuti a predisporre quale documento accompagnatorio al bilancio dell'esercizio in cui l'operazione di assistenza finanziaria sia stata autorizzata dall'assemblea straordinaria della società amministrata, indipendentemente dalla sua effettiva attuazione che potrebbe anche intervenire in un esercizio successivo.

d) Deve ritenersi che l'autorizzazione assembleare all'operazione di assistenza finanziaria debba precederne il compimento e non possa essere accordata *ex post*, ossia in ratifica dell'operazione già compiuta. La mancanza dell'autorizzazione preventiva è infatti ravvisata motivo di invalidità dell'operazione medesima.

e) Da ultimo, sull'argomento, un interesse particolare riveste il ruolo del notaio officiato, in qualità di segretario dell'assemblea straordinaria, dell'incarico di redigerne il verbale. Si applicano, nella fattispecie, le disposizioni dell'art. 2436 c.c., ed in particolare quella del co. 3 della stessa norma? A stretto rigore di diritto dovrebbe risponderci in senso negativo, poiché l'oggetto della deliberazione attiene all'espressione di un'autorizzazione assembleare e non ad una modificazione dell'atto costitutivo. Tuttavia - come s'è detto - il verbale dell'assemblea deve essere «*depositato entro trenta giorni per l'iscrizione nel registro delle imprese*» e, pur in mancanza di un'espressa previsione al riguardo, deve ritenersi che legittimato a tale deposito e alla contestuale richiesta d'iscrizione del verbale sia il notaio, e soltanto il notaio, come avviene per tutti i verbali delle assemblee straordinarie delle società per azioni. Spetta dunque al notaio valutare - in esito al controllo di legittimità sostanziale che gli è rimesso dalla legge - se sussistano i presupposti per procedere al deposito del verbale assembleare contenente la delibera autorizzativa nel registro delle imprese, con contestuale richiesta dell'iscrizione; se tali presupposti a suo giudizio non dovessero sussistere, egli non potrebbe che comportarsi come prescritto dal citato co. 3 dell'art. 2436 e dalla stessa disciplina della professione notarile.

3.2.3. *Rinvio alle norme in materia di acquisto e di disciplina delle azioni proprie*

Ulteriore condizione di validità delle operazioni di assistenza finanziaria anzidette è che i finanziamenti concessi e le garanzie prestate dalla società alla propria controparte per l'acquisto o la sottoscrizione delle azioni da essa emesse sia contenuto nel limite degli utili distribuibili e delle riserve disponibili, come stabilito dall'art. 2357, co. 1, c.c. per l'acquisto di azioni proprie: limite dal quale deve peraltro venire sottratto l'importo utilizzato per l'eventuale acquisto di azioni proprie (co. 6).

La norma non fa tuttavia alcun riferimento alla disposizione dell'art. 2359-*bis* c.c. che identico limite pone per l'acquisto di azioni o quote della società controllante. Non v'è dubbio che questa omissione rappresenti una lacuna del novellato art. 2358, co. 6: e quando una norma è lacunosa, o evidenzia qualsiasi imperfezione, l'interpretazione che voglia darsene

presta il fianco ad incertezze e perplessità non irrilevanti. Intendendo privilegiare l'interpretazione logica rispetto a quella meramente letterale - di cui è nota la minore affidabilità - alla disposizione in questione non sembra potersi annettere altro significato che quello secondo cui l'ammontare «*degli utili distribuibili e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio regolarmente approvato*» si pone quale limite massimo dei prestiti suscettibili di essere da questa accordati e delle garanzie suscettibili di essere da questa fornite a terzi per l'acquisto o la sottoscrizione delle proprie azioni, al netto della parte già impiegata per l'acquisto sia delle azioni proprie sia delle azioni o delle quote della società controllante tenute in portafoglio. Ogni diversa ipotesi ermeneutica contravverrebbe all'equiparazione, operata dal legislatore, dell'acquisto di azioni o quote della società controllante all'acquisto di azioni proprie.

Inoltre, nel caso in cui «*le somme o le garanzie fornite*» siano «*utilizzate per l'acquisto di azioni detenute dalla società ai sensi dell'art. 2357 e 2357-bis*» (co. 4) - ossia per consentire alla controparte di acquistare le azioni proprie possedute dalla società che ponga in essere l'assistenza finanziaria - la medesima assemblea straordinaria che assume la delibera autorizzativa di cui al co. 2 della norma autorizza gli amministratori a disporre delle azioni proprie, ossia sostanzialmente ad alienarle, «*in deroga all'art. 2357-ter*» c.c., il quale prescrive che gli amministratori non possono disporre delle azioni proprie acquistate dalla stessa società emittente «*se non previa autorizzazione dell'assemblea, la quale deve stabilire le relative modalità*». Si ricorda, al riguardo, che le soglie un tempo fissate dagli artt. 2357 e 2357-bis c.c. nella misura del dieci per cento del capitale sociale per tutte le società per azioni - a cui l'art. 2358, co. 4, fa riferimento - successivamente alla novellazione di questo articolo sono state drasticamente modificate con la l. 9 aprile 2009, n. 33, da cui è stato abolito ogni limite per l'acquisto di azioni proprie da parte delle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, mentre per queste ultime è stato mantenuto un limite nella misura del venti per cento del capitale sociale, cioè nella misura doppia rispetto a quella che era stata generalmente stabilita dalla norma originaria. In tale evenienza, il prezzo al quale le predette azioni saranno acquistate «*è determinato secondo i criteri di cui all'art. 2437-ter, secondo comma*», ossia secondo i criteri di determinazione del valore delle azioni da liquidare ai soci recedenti dalle s.p.a. non quotate; mentre, se la società è quotata in un mercato regolamentato, il prezzo di acquisto delle azioni in parola «*è pari almeno al prezzo medio ponderato al quale le azioni sono state negoziate nei sei mesi che precedono la pubblicazione dell'avviso di convocazione dell'assemblea*», che integra parimenti il criterio

di determinazione del valore delle azioni da liquidare ai soci recedenti dalle s.p.a. quotate.

Il secondo periodo dello stesso co. 6 dell'art. 2358 prescrive poi che a fronte dell'«*importo complessivo delle somme impiegate e delle garanzie fornite*» al fine di prestare assistenza finanziaria a terzi per l'acquisto o la sottoscrizione delle proprie azioni «*una riserva indisponibile è iscritta*», per pari importo, «*al passivo del bilancio*» della società emittente. A parte il fatto che la riserva in questione va iscritta al netto, non già al passivo dello stato patrimoniale del suddetto bilancio (che si trovano entrambi nella sezione "avere", integrando tuttavia il patrimonio netto i mezzi propri della società, fra cui appunto le riserve, mentre al passivo affluiscono i debiti e i fondi per rischi ed oneri, che con le riserve non hanno nulla in comune), si è qui in presenza di una riserva di capitale del tutto analoga a quelle la cui costituzione è imposta dall'art. 2357-ter, co. 3, c.c. per fronteggiare il valore delle azioni proprie in portafoglio e dall'art. 2359-bis, co. 4, c.c. per fronteggiare quello delle azioni o quote della società controllante possedute. Si potrebbe anzi dire che non si tratti di tre distinte riserve, seppur *eiusdem generis et qualitatis*, bensì della stessa, ed unica, riserva contemplata dalla legge allo scopo di "neutralizzare" il valore sia delle azioni proprie, sia delle azioni o quote della controllante, sia dei prestiti accordati e delle garanzie prestate a terzi per acquistare o sottoscrivere azioni della stessa società emittente: riserva, dunque, il cui ammontare complessivo deve sempre essere pari al valore dei suddetti addendi. E non v'è dubbio che si tratti di una vera e propria riserva - e non di una mera posta rettificativa di elementi dell'attivo come fu detto, per quanto impropriamente, a proposito della riserva per azioni proprie in portafoglio - poiché essa pure adempie, al pari di ogni altra riserva, alla funzione di copertura di perdite; solo che nel caso di specie questa copertura avviene, per volontà del legislatore, in via anticipata rispetto all'eventuale verificarsi della perdita, avendo la riserva *de qua* la finalità ispirata a massima prudenza di antergare il *disaster case* della perdita integrale del valore degli *assets* che è mirata a fronteggiare nel momento stesso dell'acquisto di azioni proprie o di azioni o quote della società controllante oppure del sorgere del credito per il finanziamento concesso ai terzi beneficiari dell'assistenza finanziaria. Questa è la ragione per la quale, ove dovesse in seguito intervenire effettivamente una perdita di valore dei medesimi *assets*, la riserva in parola non potrebbe più essere utilizzata per coprirli, avendo già adempiuto alla stessa funzione in occasione della sua costituzione e non potendo pacificamente venire all'uopo impiegata una seconda volta. Ciò senza contare che la riserva di cui trattasi non è sempre e comun-

que destinata a rettificare il valore di elementi dell'attivo giacché, ad esempio, le garanzie offerte da una determinata società azionaria per agevolare soggetti terzi nel compimento di operazioni di acquisto o di sottoscrizione di azioni emesse dalla stessa società garante non vengono iscritte all'attivo del suo stato patrimoniale - non essendo né partecipazioni né crediti - per cui, in tal caso, non vi sarebbe alcun valore di attività da rettificare.

3.2.4. Altri rinvii normativi

Il nono ed ultimo comma dell'art. 2358 c.c. richiama e conferma le previsioni di due norme con le quali esso è intrinsecamente connesso, e precisamente quelle degli artt. 2391-bis («Operazioni con parti correlate») e 2501-bis («Fusione a seguito di acquisizione con indebitamento»), altresì nota come *merger leveraged buy-out*). Diverse altre norme, peraltro, sono espressamente richiamate dall'articolo in esame, quali quelle degli artt. 2437-ter, 2357, 2357-bis, 2357-ter, nonché per implicito almeno quelle degli artt. 2365 ss., 2357-quater e 2359-bis, le quali parimenti devono intendersi sussunte nell'assetto dispositivo della disciplina dettata riguardo alle «Altre operazioni sulle proprie azioni», che è appunto la rubrica dell'art. 2358. Fra le norme richiamate implicitamente, come s'è visto poc'anzi, spicca in special modo quella dell'art. 2391 allorché l'assistenza finanziaria sia prestata per favorire l'attuazione di operazioni di *management buy-out*. Ma sicuramente - e questo si ritiene essere il senso dell'espresso richiamo circoscritto agli artt. 2391-bis e 2501-bis - tali specifiche disposizioni appaiono essere quelle su cui il legislatore del 2008 ha inteso porre particolare enfasi per segnalare la contiguità con la norma in questione e l'importanza ai fini della sua corretta applicazione.

3.3. La conferma del favor per l'azionariato dei lavoratori

All'unica condizione che le risorse destinate da una determinata società a prestare assistenza finanziaria - sotto il duplice profilo dell'erogazione di prestiti e della concessione di garanzie - per l'acquisto di azioni dalla stessa emesse non eccedano l'ammontare degli utili distribuibili e delle riserve disponibili di questa, le prescrizioni dettate dall'art. 2358 c.c. «non si applicano alle operazioni effettuate per favorire l'acquisto di azioni da parte di dipendenti della società o di quelli di società controllanti o controllate» (co. 8).

Questa disposizione è rimasta sostanzialmente immutata rispetto a quella contenuta nel co. 3 dell'art. 2358 c.c., nel testo previgente alla

riforma del 2008, e si colloca nel più ampio contesto degli interventi comunitari mirati a favorire la più ampia partecipazione dei lavoratori alle società per cui operano ed a quelle che sono con esse in rapporto di controllo: interventi fra i quali spicca la richiamata direttiva n. 68 del 2006 da cui – come pure è stato ricordato – ha tratto linfa il d.lgs. n. 142 del 2008 che la norma in esame ha novellato in modo significativo. E si pone altresì in linea con le legislazioni dei principali Stati membri della U.E. che da tempo hanno accordato particolare favore per quelle pratiche finalizzate a promuovere l'ingresso dei dipendenti nell'azionariato, e quindi di compartecipare alle sorti, delle società per cui lavorano, anche attraverso operazioni di *employees' o workers' o management buy-out* (v. *supra*, par. 2.2).

Può ben dirsi, dunque, che la riforma dell'art. 2358 sia valsa a “sdoganare” completamente le forme di assistenza finanziaria accordate nell'ambito delle suddette operazioni di *l.b.o.* volte all'acquisto della qualità di soci – ovvero al consolidamento di tale qualità, se già esistente – da parte dei dipendenti delle società *target*, le quali sono state appunto esentate dalla maggior parte delle regole procedurali cautelative introdotte dalla norma in riferimento, nella sua formulazione attualmente vigente. Ciò ha comportato alcune conseguenze meritevoli di attenzione per quanto specificamente concerne l'assistenza finanziaria finalizzata ad incentivare operazioni di *management buy-out*, consistenti segnatamente nell'applicazione, in occasione dello svolgimento delle medesime, delle regole a tutela dei soci e dei terzi stabilite dalle norme degli artt. 2391 e 2391-*bis* c.c., volte a prevenire i rischi insiti nell'agire degli amministratori in conflitto d'interessi rispetto alla società amministrata.

Con riguardo alla prima norma, concernente gli interessi degli amministratori, è in particolare rilevante l'obbligo di questi di fornire piena e trasparente informazione circa gli interessi di cui siano portatori per conto proprio o di terzi «*precisandone la natura, i termini, l'origine e la portata*» (co. 1), nonché il dovere di «*adeguatamente motivare le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione*» (co. 2) facendo risultare con chiarezza tale motivazione dal verbale dell'adunanza consiliare.

Con riguardo alla seconda, concernente le operazioni con parti correlate – il cui contenuto precettivo si considera estensibile, conformemente all'orientamento degli interpreti, anche alle società non facenti ricorso al mercato del capitale di rischio – occorre integrarne le previsioni con quelle recate dal regolamento emanato dalla CONSOB il 12 marzo 2010, n. 17221, a mente del quale:

a) devono essere fissate idonee procedure interne che assicurino la trasparenza e la correttezza dell'operazione;

b) deve essere fornita un'adeguata informazione alla Commissione (da parte delle società ricadenti sotto il suo controllo) e al pubblico;

c) nel caso in cui venga espresso, nella seduta consiliare, voto contrario da parte di amministratori indipendenti, nonché, nell'adunanza assembleare, voto contrario della maggioranza degli azionisti "non correlati", la deliberazione avente ad oggetto il compimento di una delle operazioni in parola, ancorché approvata a maggioranza, non può ricevere esecuzione.

3.4. Considerazioni sul rapporto fra gli artt. 2358 e 2501-bis c.c.

Ricadono sotto l'imperio di queste due norme, congiuntamente considerate, alcune situazioni concrete che meritano di essere esaminate singolarmente.

3.4.1. La prima ricorre quando la società *target* conceda l'assistenza finanziaria - o mediante la concessione di un prestito o mediante il rilascio di garanzie - direttamente alla *newco* la quale, dopo averne acquistato le azioni, si fonda con la *target* stessa. Ancorché le due fasi della medesima operazione, unitariamente intesa, non siano contestuali, ma successive, e la fusione non converta il patrimonio della *target* in garanzia generica né in fonte di rimborso del debito precedentemente contratto dalla *newco*, giacché il credito dell'una e il debito dell'altra si estinguono per confusione in capo alla società emergente dalla fusione, è pacifico che debbano nella specie applicarsi le procedure più rigorose previste da entrambe le citate norme, ossia dall'art. 2358 per quanto concerne la prima fase e dall'art. 2501-bis per quanto concerne la seconda, tenuto conto della «sostanziale identità di effetti economici che l'operazione realizza nel suo complesso».

3.4.2. La seconda concerne l'applicabilità al *merger leveraged buy-out* normato dall'art. 2501-bis della disciplina stabilita dall'art. 2358 per l'ipotesi di assistenza finanziaria. La risposta non può essere che affermativa, dovendosi applicare a tutte le fattispecie di assistenza finanziaria, direttamente e indirettamente prestata, e quindi anche a quelle che abbiano quale sbocco finale la fusione fra le società *shell* e *target*.

3.4.3. La terza riguarda infine la sorte delle operazioni di *m.l.b.o.* attuate nel rispetto delle regole dettate dall'art. 2501-bis, ma non anche

di quelle dettate dall'art. 2358. Secondo una corrente di pensiero - tendente a valorizzare lo scopo precipuo della direttiva n. 68/2006, da cui il vigente art. 2358 promana, che consiste nella protezione del capitale sociale attraverso la mutuaione di condizioni analoghe a quelle che legittimano l'acquisto di azioni proprie - anche se il procedimento indicato dalla norma da ultima citata non sia stato integralmente seguito, ma sia stato predisposto un ragionevole piano industriale e finanziario dell'operazione, non potrebbe inferirsene l'illiceità del *m.l.b.o.* Tale illiceità dovrebbe tuttavia individuarsi - anche a mente di questa tesi interpretativa decisamente più elastica - qualora l'assistenza finanziaria esorbitasse il limite degli utili distribuibili e delle riserve disponibili della società *target*, ovviamente per la parte non già vincolata a neutralizzare il valore delle azioni proprie e delle azioni o quote della società controllante in portafoglio, giacché il rispetto del suddetto limite violerebbe in modo insanabile le disposizioni in materia di tutela dell'integrità del capitale sociale.

3.5. I rimedi per la violazione delle disposizioni degli artt. 2358 e 2501-bis c.c.

La prima azione che può essere intentata nei confronti della delibera di fusione (di qualunque delibera di fusione, sia chiaro, non essendoci al riguardo disposizioni specifiche per i *m.l.b.o.*) è l'*opposizione* dei creditori sociali avverso tale delibera, da eseguirsi nei «*sessanta giorni dall'ultima delle iscrizioni previste dall'art. 2502-bis*» - salvo che intervenga il pagamento dei creditori non consenzienti o il deposito delle somme corrispondenti presso una banca da parte delle società debitrice - ai sensi dell'art. 2503 c.c. (oppure dell'art. 2503-*bis* se i creditori siano obbligazionisti). Va tuttavia precisato che l'opposizione pare possibile solo qualora il progetto di fusione da redigersi a norma del combinato disposto degli artt. 2501-*bis*, co. 2, e 2501-*ter* c.c. non dimostri la sostenibilità dell'indebitamento assunto dalla *shell company* per acquisire il pacchetto azionario di controllo della *target*, o comunque faccia sorgere motivi di dubbio in ordine al pagamento dei creditori anteriori all'iscrizione del progetto di fusione nel registro delle imprese *ex art. 2501-ter*, co. 3.

Nei sessanta giorni offerti dalla legge ai creditori per fare opposizione, i soci delle società coinvolte nella fusione possono altresì impugnare le delibere di fusione delle rispettive società chiedendone, alternativamente, l'annullamento o la declaratoria di nullità, secondo le regole generali (art. 2377 ss. c.c.). Deve a questo proposito osservarsi che la falsità,

l'erroneità o il difetto dei presupposti dell'operazione di cui trattasi, ovvero i vizi logici delle assunzioni e delle argomentazioni a giustificazione della stessa contenute nel progetto di fusione, nelle relazioni che lo accompagnano e nell'attestazione di ragionevolezza degli esperti appaiono configurare altrettante cause di nullità per illiceità dell'oggetto della deliberazione in argomento, con la conseguenza che l'impugnativa della medesima può essere proposta entro tre anni dalla sua iscrizione nel registro delle imprese (art. 2379, co. 1, c.c.). Non possono invece dar luogo ad impugnativa le confutazioni di merito circa l'opportunità, la bontà, l'economicità e la profittabilità dell'operazione, cioè su quegli elementi di valutazione che impedirebbero anche al giudice di poter esprimere delle censure *ex post* sull'operazione di cui trattasi (c.d. *business judgment rule*).

La deliberazione *de qua* potrebbe inoltre integrare causa di recesso del socio: non in quanto tale, almeno per le s.p.a., poiché la fusione non è più causa di recesso dai tempi del codice di commercio, a meno che non comporti l'esclusione dalla quotazione delle azioni di una delle società fuse o incorporate (art. 2437-*quinquies* c.c.), ma qualora il *m.l.b.o.* determini, ad esempio, la trasformazione delle società che si fondono, o il cambiamento significativo del loro oggetto sociale, od ancora una delle cause legali o statutarie che legittimano l'*exit* del socio secondo le previsioni degli artt. 2437 (per le s.p.a.) e 2473 (per le s.r.l.). Si ricorda invece che la fusione è divenuta causa di recesso *ex se* per le società a responsabilità limitata. In tutti i casi in cui la delibera in questione sia, anche potenzialmente, suscettibile di provocare l'esercizio del diritto di recesso dei soci, gli amministratori - sentito il parere del collegio sindacale e del soggetto incaricato della revisione legale dei conti - hanno l'obbligo di predisporre e depositare presso la sede sociale, nei 15 giorni precedenti la data fissata per l'assemblea, la determinazione del valore di liquidazione delle azioni per le quali il diritto di recesso dovesse eventualmente venire esercitato: predisposizione e deposito che costituiscono condizione di validità - e non mera condizione di efficacia - della deliberazione medesima.

Inoltre, il socio della *target* che a seguito dell'acquisizione del controllo su di essa da parte della *shell company* venga altresì assoggettata all'attività di direzione e coordinamento di questa potrebbe recedere anche senza attendere l'assunzione - e dunque l'iscrizione - della delibera di fusione della *target* stessa per effetto della disposizione dell'art. 2497-*quater*, co. 1, lett. c), c.c. a mente della quale: «*Il socio di società soggetta ad attività di direzione e coordinamento può recedere ... all'i-*

nizio e alla cessazione dell'attività di direzione e coordinamento, quando non si tratta di una società con azioni quotate in mercati regolamentati e ne deriva un'alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento e non venga promossa un'offerta pubblica di acquisto». Il ricorso a tale norma è dunque preordinato a consentire comunque l'*exit* dei soci minoritari della società eterodiretta che lo desiderino anche preliminarmente alla fase attuativa del *m.l.b.o.*: o ad iniziativa della società che esercita l'attività di direzione e coordinamento, la quale potrebbe essere obbligata a lanciare un'o.p.a. sulle azioni della *target* nel caso in cui questa sia quotata *ex art.* 106 t.u.f.; o per volontà dei soci stessi, mediante appunto la dichiarazione del recesso per fatto sostanzialmente imputabile alla controllante che – anche semplicemente in via presuntiva, come enunciato dall'art. 2497-*sexies* c.c. – abbia dato inizio all'attività di direzione e coordinamento della *target*.

Nota bibliografica

Sull'argomento in generale e sugli specifici aspetti trattati attinenti la trasformazione cfr., senza pretesa di esaustività: G. MARASÀ, *Le trasformazioni eterogenee*, in *Riv. not.*, 2003, p. 585 ss.; L. DE ANGELIS, *Le operazioni di trasformazione, fusione e scissione nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 41 ss.; ID., *La trasformazione nella riforma del diritto societario*, in *Società*, 2003, p. 383 ss.; ID., *Osservazioni sull'invalidità della trasformazione*, in *Società*, 2003, p. 1437 ss.; ID., *Trasformazione, fusione e scissione: riflessi concorsuali della riforma societaria*, in *Fall.*, 2004, p. 353 ss.; ID., *Trasformazioni eterogenee: sottintesi e reticenze della legge di riforma*, in *Società*, 2005, p. 1220 ss.; ID., *Trasformazione, fusione e scissione*, in AA.Vv., *Diritto commerciale*, Bologna, 2010, p. 443 ss.; V. SALAFIA, *La trasformazione delle società nella riforma*, in *Società*, 2004, p. 1064 ss.; A. CETRA, *Le trasformazioni "omogenee" ed "eterogenee"*, in AA.Vv., *Il nuovo diritto delle società* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 4, Torino, 2007, p. 133 ss.; P. FERRI - R. D'AMORE, *Trasformazioni eterogenee atipiche*, in *Fisco*, 2011, fasc. 1, p. 5886 ss.; M. SARALE, *Le trasformazioni*, in AA.Vv., *Le operazioni societarie straordinarie*, nel *Tratt. dir. comm.* diretto da G. Cottino, V, Padova, 2011, p. 237 ss.

Ed inoltre, sul *merger leveraged buy-out* e sulla nuova disciplina dell'assistenza finanziaria, cfr., ancora senza pretesa di esaustività: G. PARTESOTTI, *Le operazioni sulle azioni*, nel *Tratt. delle s.p.a.* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 2, Torino, 1991, p. 467 ss.; P. MONTALENTI, *Il leveraged buyout*, Milano, 1991; M.S. SPOLIDORO, *Incorporazione della*

controllante nella controllata e “leveraged buy out”, in Società, 2000, p. 81 ss.; L. PICONE, Orientamenti giurisprudenziali e profili operativi del leveraged buy out, Milano, 2001; L. DE ANGELIS, Considerazioni sulla valutazione delle azioni proprie nel bilancio d’esercizio e sulla correlativa riserva, in Giur. comm., 2002, I, p. 48 ss.; P. CARRIÈRE, Il leveraged financing e il project financing alla luce della riforma del diritto societario: opportunità e limiti, in Riv. soc., 2003, p. 995 ss.; L. PICONE, Il leveraged buy-out nella riforma del diritto societario, in Contr. e impr., 2003, p. 1391 ss.; P. MONTALENTI, Il leveraged buyout nel nuovo diritto penale commerciale e nella riforma del diritto societario, in Giur. comm., 2004, I, p. 791 ss.; A. MALGUZZI, La disciplina del leveraged buy-out dopo la riforma del diritto societario, in Riv. dott. comm., 2005, p. 1035 ss.; L. DE ANGELIS, La valutazione delle partecipazioni costituenti immobilizzazioni finanziarie nel bilancio d’esercizio: il criterio del costo, Milano, 2007, p. 273 ss.; D. GALLETTI, Leveraged buy out e interessi tutelati: appunti per la ricognizione della fattispecie, in Giur. comm., 2008, I, p. 433 ss.; N. ABRIANI, Società per azioni: costituzione, patti parasociali e struttura finanziaria, in AA.Vv., Il nuovo diritto societario diretto da G. Cottino ed a., Bologna, 2009, p. 35 ss.; A. DENTAMARO, Le azioni, ivi, p. 219 ss.; V. SALAFIA, Il nuovo art. 2358 c.c. e la relazione con l’art. 2501 bis c.c., in Società, 2009, p. 575 ss.; N. ABRIANI, Il capitale sociale dopo la “nuova” Seconda Direttiva e il d.lg. 4 agosto 2008, n. 142: sulla c.d. “semplificazione” della disciplina dei conferimenti in natura, dell’acquisto di azioni proprie e del divieto di assistenza finanziaria, in Riv. dir. impr., 2009, p. 227 ss.; I. DEMURO, L’assistenza finanziaria nell’acquisto di proprie azioni, in Giur. comm., 2009, I, p. 229 ss.; P. CARRIÈRE, La nuova disciplina dell’assistenza finanziaria, in Società, 2010, p. 7 ss.; L. ARDIZZONE, Le azioni proprie nella fusione e nella scissione, Milano, 2010; ID., Assistenza finanziaria: spunti in relazione all’attività bancaria, in Società, 2011, p. 1029 ss.; S. CERRATO, Le operazioni di leveraged buy out, in AA.Vv., Le operazioni societarie straordinarie, nel Tratt. dir. comm. diretto da G. Cottino, V, cit., p. 527 ss.; C. CINCOTTI, Merger leveraged buy-out, sostenibilità dell’indebitamento e interessi tutelati dall’ordinamento, in Riv. soc., 2011, p. 634 ss.; R. MORO VISCONTI, Le differenze di fusione, tra incapacità d’indebitamento e dividend covenants, ivi, p. 361 ss.; S. CACCHI PESSANI, L’assistenza finanziaria per l’acquisto e la sottoscrizione di azioni proprie, Milano, 2012; L. DE ANGELIS, Riflessione sulla partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese, in Riv. dir. impr., 2012, p. 81 ss.

Abstract

This paper analyses, firstly, several topical aspects of the transformations, etherogeneous too; and subsequently the regulation currently in force relating to both merger leveraged buy-out and financial assistance, i.e. the loans and guarantees given to a third party by a joint-stock company aimed at purchasing its own shares. Such operations, whose legitimacy was deeply uncertain in the past, are now expressly allowed, although under several conditions for the sake of shareholders' and creditors' protection.

Il quadro sistematico dei principi contabili internazionali: una fonte di regolamentazione contabile in evoluzione

Chiara Saccon

*Professore associato di Ragioneria Internazionale
nell'Università Ca' Foscari Venezia*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il riconoscimento giuridico degli IAS/IFRS attraverso l'*endorsement mechanism*. - 3. Il *framework* e il quadro sistematico degli IAS/IFRS. - 4. L'esclusione del *framework* dall'*endorsement*. - 5. Il *Conceptual Framework for Financial Reporting*. - 6. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione

Nel processo di globalizzazione in atto è oramai assodato che i sistemi giuridici ufficiali sono sempre più connessi con regimi di regolamentazione privata⁽¹⁾. Questo fenomeno si presenta anche nell'ambito della disciplina contabile europea. Dal 2005, infatti, il Regolamento 1606/2002 impone ai gruppi quotati in Europa l'applicazione dei principi contabili internazionali (IAS/IFRS) elaborati da un organismo di derivazione privata, l'*International Accounting Standards Board* (IASB)⁽²⁾. La modalità con cui ciò avviene presenta una maggiore complessità rispetto alle altre forme di ibridazione pubblico-privato che si manifestano per ambiti di-

(1) DE BELLIS, *Public Law and Private Regulators in the Global Legal Space. The new public law in a global (dis) order. A perspective from Italy*, Jean Monnet Working Paper 17/10.

(2) Tra i numerosi contributi di rilevanza economico-aziendale sui principi contabili internazionali si vedano: AA.Vv., *I principi contabili internazionali: caratteristiche, struttura, contenuto*, Torino, 2013; AA.Vv., *Il bilancio secondo i principi contabili internazionali IAS/IFRS. Regole e applicazioni*, Torino, 2010; SANTESSO e SOSTERO, *I principi contabili per il bilancio d'esercizio*, Milano, 2011; AA.Vv., *IAS/IFRS*, a cura di Dezzani, Biancone e Busso, Milano, 2010. Tra i diversi titoli di rilevanza giuridica si vedano: DE ANGELIS, *Elementi di diritto contabile*, Torino, 2013; BOCCHINI, *Diritto della contabilità delle imprese. Bilancio di esercizio*, vol. II, Torino, 2010; AA.Vv., *IAS/IFRS. La modernizzazione del diritto contabile in Italia*, Milano, 2007.

versi di regolazione e in altre aree geografiche. Inoltre, il recepimento degli standard di natura professionale risulta parziale, mancando ogni riferimento al loro specifico quadro concettuale, il cosiddetto *framework*. Il lavoro intende esaminare la complessa procedura di giuridicizzazione⁽³⁾ degli IAS/IFRS evidenziando le lacune di contenuto e le soluzioni possibili per una coerenza di insieme.

L'attuale fase di revisione del quadro sistematico degli IAS/IFRS, pone infine alcuni interrogativi sulla validità delle regole privatistico-professionali a cui è stata data veste legale. È alla struttura concettuale di base dei principi contabili internazionali, alle modifiche nel tempo apportate e alle implicazioni di natura giuridica che i successivi paragrafi saranno dedicati.

2. Il riconoscimento giuridico degli IAS/IFRS attraverso l'endorsement mechanism

Diverse sono le ragioni che inducono le istituzioni sovranazionali a ricorrere alla ibridazione pubblico-privato della regolamentazione. Sovente questi organismi valutano più opportuno avvalersi di conoscenze e competenze specialistiche ed evolute sviluppate da enti privati, la cui autorevolezza è universalmente riconosciuta, piuttosto che sostenere i costi e i tempi di una generazione della norma dall'interno. In un'epoca di globalizzazione le dinamiche sovranazionali di regolamentazione accentuano il ricorso a queste forme miste. E sono queste le motivazioni contingenti che hanno portato la Commissione europea, nel 2000, a orientarsi verso l'adozione dei principi contabili elaborati da un organismo professionale, come annunciato nella comunicazione *Strategia dell'UE in materia di informativa finanziaria: la via da seguire*⁽⁴⁾. Nel 2001 viene formulata la Proposta di Regolamento relativo all'applicazione dei principi contabili internazionali e, a giugno 2002, il Regolamento viene definitivamente approvato dal Consiglio dei Ministri (Regolamento 1606/2002)⁽⁵⁾. L'atto legislativo prevede che tutte le società comunitarie quotate in un mercato regolamentato siano obbligate, dal 2005, a preparare i loro bilanci consolidati in base ad un unico corpo di principi conta-

(3) LIBERTINI, *Le fonti private del diritto commerciale. Appunti per una discussione*, in *Le fonti private del diritto commerciale*, a cura di Di Cataldo e Sanfilippo, Milano, 2008, p. 447.

(4) Doc. COM (2000) 359 del 13.06.2000.

(5) Per una puntuale ed esaustiva analisi e valutazione del processo di modernizzazione del diritto contabile attraverso il Regolamento 1606/2002 si consulti DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 57 ss.

bili, gli *International Accounting Standards* e gli *International Financial Reporting Standards* (IAS/IFRS)⁽⁶⁾.

È in particolare l'urgenza di rispondere al crescente bisogno di informazioni economico-finanziarie di elevata qualità che consiglia di non intraprendere il lungo cammino legislativo della ridefinizione delle direttive contabili esistenti, e oramai obsolete, ma di ricorrere, invece, ai pronunciamenti autorevoli di un'organizzazione privata⁽⁷⁾.

E come modalità di ibridazione pubblico-privato, tra le consuete forme della incorporazione e del rinvio mobile, o dinamico, le istituzioni comunitarie hanno scelto una soluzione che richiama entrambe e quindi complessa sia per la procedura, che si articola su diversi livelli, che per il numero di soggetti coinvolti. Il Regolamento 1606/2002 ha previsto dunque che i principi contabili internazionali si inserissero nei singoli ordinamenti nazionali sulla base di un processo che si snoda attraverso un passaggio per rinvio dinamico e un passaggio per incorporazione.

Il modello del rinvio mobile, o dinamico, prevede il riferimento ad una fonte di produzione di standard contabili che, attraverso la continuità di riferimento e di recepimento, favorisca il costante adeguamento della disciplina agli sviluppi della tecnica contabile. Il Regolamento 1606/2002 elegge lo IASB a fonte di produzione delle regole di diritto europeo in materia di contabilità di impresa⁽⁸⁾ recependone gli standard e le relative interpretazioni. Il modello dell'incorporazione prevede invece la copiatura degli standard privati nell'ordinamento giuridico risolvendo, attra-

(6) Nel prosieguo del lavoro per indicare i principi contabili internazionali saranno utilizzati gli acronimi IAS (*International Accounting Standards*), per i pronunciamenti elaborati dall'organismo internazionale IASC, e IFRS (*International Financial Reporting Standards*), per i pronunciamenti elaborati dal successore IASB. L'accostamento dei due acronimi, IAS/IFRS, rispecchia l'attuale insieme dei principi in vigore composto sia da IAS che da IFRS.

(7) La scelta comunitaria per evolvere l'informazione economico-finanziaria d'impresa è ricaduta sui principi contabili internazionali elaborati dall'*International Accounting Standards Board* (IASB). Lo IASB, organismo di derivazione privato-professionale, nasce nel 1973, con una struttura diversa dall'attuale e la denominazione di *International Accounting Standards Committee* (IASC), con l'obiettivo di elaborare principi di contabilità a valenza sovranazionale. Una soluzione alternativa, consistente in un'ampia revisione delle direttive contabili preesistenti, non è stata presa in considerazione in quanto avrebbe richiesto di intraprendere un processo politico complesso, lungo e oneroso, come ha dimostrato negli anni la definizione delle stesse direttive, per ottenere un risultato armonizzativo solo interno all'Europa. Anche un'adozione dei principi contabili americani del *Financial Accounting Standards Board* (FASB) è stata esclusa, nonostante la credibilità a livello internazionale, perché troppo specifici e adatti all'ambiente economico statunitense ed inoltre perché la possibilità di un'influenza europea nell'elaborazione ed interpretazioni di tali principi sarebbe stata limitata.

(8) SCOGNAMIGLIO, *I nuovi modi di formazione del diritto commerciale: i principi IAS/IFRS come fonti del diritto contabile*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 247.

verso l'iter di approvazione legislativa, ogni problema di legittimazione degli standard medesimi. E l'incorporazione dei singoli IAS/IFRS in atti normativi (i regolamenti attuativi) produce l'effetto dell'attribuzione a detti principi del valore di norme di diritto⁽⁹⁾.

Il rinvio ai principi internazionali dello IASB e la successiva inclusione nei regolamenti attuativi non è però automatico. Il percorso invero presenta una notevole complessità⁽¹⁰⁾ che si può ricondurre alla volontà comunitaria di non delegare la funzione normativa in materia contabile.

Così i principi contabili internazionali nella loro veste di pronunciamenti professionali, aventi natura privatistica⁽¹¹⁾, acquistano valenza giuridica in Europa solo attraverso un processo di valutazione e approvazione comunitario, definito meccanismo di omologazione (*endorsement mechanism*), necessario «per garantire l'indispensabile controllo pubblico»⁽¹²⁾. Lo scopo di questo procedimento è sovrintendere all'adozione dei pronunciamenti internazionali e confermare gli stessi per la produzione di un'adeguata informazione di bilancio da parte dei gruppi quotati. È la Commissione Europea, secondo il primo comma dell'art. 3, ad assumere il controllo di questa operazione «esercitando una sorta di potere normativo delegato».

La struttura del meccanismo di omologazione dei principi elaborati dallo IASB si articola su due livelli: un livello politico-regolamentare, che coinvolge i rappresentanti di tutti gli Stati membri, e un livello tecnico costituito da un comitato di esperti contabili.

La funzione del comitato tecnico, richiamato nel decimo considerando del Regolamento, è demandata ad un organismo di emanazione privata, l'EFRAG (*European Financial Reporting Advisory Group*), costituito nel 2001 dai soggetti interessati all'informazione economico-finanziaria (utilizzatori, estensori e professionisti contabili) con il supporto degli *standard setter* nazionali.

Lo scopo principale dell'EFRAG è contribuire in maniera pro-attiva, e nell'interesse europeo, alla formulazione dei principi contabili dello IASB esprimendo il proprio parere sui progetti e sui documenti in

(9) SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 247.

(10) DE BELLIS, *op. cit.*, p. 35.

(11) SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 246.

(12) Relazione alla *Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo all'applicazione dei principi contabili internazionali* del 13 giugno 2001, p. 5. Rileva in proposito DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 66, che «Gli organi istituzionali dell'Unione non si sono spogliati della potestà di disporre essi stessi quali principi contabili sussumere e da quale momento questi dovessero venire obbligatoriamente adottati dalle società stabilite nel territorio di predetti Stati».

elaborazione. Nell'attività dell'EFRAG rientrano anche il supporto e la consulenza tecnica alla Commissione nella procedura di omologazione per valutare l'adeguatezza degli IAS/IFRS nel contesto comunitario. Inoltre, in collaborazione con la Commissione europea, valuta gli effetti economici potenziali dell'applicazione degli standard in Europa. Il lavoro è svolto dal *Technical Expert Group* composto di esperti indipendenti la cui attività viene monitorata dal *Supervisory Board* costituito da varie organizzazioni europee per garantire che vengano rappresentati i diversi interessi in ambito contabile. Lo *Standards Advice Review Group* (SARG)⁽¹³⁾, che ha il compito di garantire l'obiettività e la neutralità dell'EFRAG, formula un suo parere sulla congruità delle valutazioni sui principi espresse dal comitato tecnico.

L'EFRAG è chiamato a svolgere un ruolo significativo nel meccanismo di omologazione ed è concepito come l'elemento di connessione tra la Commissione, quale *standard setter* pubblico, e lo IASB, quale *standard setter* privato, anche se il Regolamento, nel quindicesimo considerando, richiede che sia la stessa Commissione ad essere rappresentata negli organi costituenti dello IASB.

Tuttavia, trattandosi di un organismo del settore privato, le raccomandazioni dell'EFRAG non sono vincolanti per la Commissione la quale sottoporrà al Comitato di regolamentazione contabile (ARC -*Accounting Regulatory Committee*), affinché esso possa decidere in merito, una relazione esaustiva che illustri dettagliatamente le raccomandazioni EFRAG e la propria valutazione.

L'art. 6, infatti, nel definire il livello politico del meccanismo, stabilisce che la Commissione, nel decidere in merito all'applicabilità dei principi contabili internazionali all'interno della Comunità, venga assistita da un Comitato di regolamentazione contabile composto dai rappresentanti degli Stati membri e presieduto dal rappresentante della Commissione. Il Comitato di regolamentazione esprime un parere sulla proposta di adozione dei principi internazionali nel contesto europeo, sottoposta dalla Commissione, entro un termine che il presidente può fissare in funzione dell'urgenza della questione in esame. La Commissione poi adotta le misure necessarie per l'applicazione del regolamento qualora siano conformi al parere del Comitato.

Nelle deliberazioni e nelle posizioni sugli IAS/IFRS la Commissione deve, nella massima misura possibile, tener conto del punto di vista delle delegazioni in seno al Comitato di regolamentazione contabile. Inoltre, ha un preciso dovere informativo nei confronti del Comitato con il qua-

(13) Il SARG è stato istituito per effetto della Decisione della Commissione Europea del 14 Luglio 2006 (2006/505/EC).

le deve mantenere un “regolare contatto”, come enunciato dall’art. 7, per informarlo sui progetti preliminari, sui documenti in discussione elaborati dallo IASB e sui relativi lavori tecnici effettuati dal Comitato di esperti contabili. Lo scopo è agevolare un coordinamento delle posizioni delle delegazioni nazionali in seno al Comitato e garantire di conseguenza la rapidità dei processi decisionali. Tale meccanismo è stato classificato, per i metodi utilizzati, come vicino alla “comitatologia”⁽¹⁴⁾, in quanto la creazione dell’ARC e del Comitato Tecnico è intesa a coinvolgere sia le rappresentanze politico-amministrative degli stati membri che le competenze degli esperti nel processo di valutazione.

Oltre all’articolata procedura di omologazione, il Regolamento 1606/2002 stabilisce, al secondo comma dell’art. 3, anche i criteri cui devono attenersi i diversi soggetti nel processo di valutazione dei principi contabili internazionali per deciderne l’“adottabilità”.

Il riferimento, in forma negativa, è *in primis* ai postulati fondamentali espressi nella Quarta e Settima Direttiva: i principi internazionali, cioè, possono essere omologati solo se «non sono contrari» al principio del *true and fair view*, ossia della rappresentazione veritiera e corretta. L’espressione usata non si pone in contrasto con la finalità che gli IAS/IFRS assegnano al bilancio, finalità centrata maggiormente sull’utilità dell’informazione per i destinatari piuttosto che sugli aspetti che qualificano la rappresentazione contabile.

L’articolo stabilisce poi che i principi internazionali devono essere tali da contribuire «all’interesse pubblico europeo», un concetto questo voluto dal Parlamento Europeo e che sembra rispecchiare più una posizione politica che un’esigenza tecnica. L’interesse cui si fa riferimento potrebbe essere verosimilmente quello delle imprese aventi sede in Europa, e soggette al diritto di uno degli stati membri, a non risentire pregiudizio nella competizione con imprese soggette ad altri ordinamenti per via della diversità o della diversa idoneità allo scopo dei criteri adottati per la rappresentazione contabile dell’impresa⁽¹⁵⁾.

Infine, l’art. 3 richiede che gli standard internazionali consentano la produzione di informazioni economico-finanziarie che presentino le caratteristiche qualitative della comprensibilità (*understandability*), della pertinenza (*relevance*), dell’affidabilità (*reliability*) e della comparabilità (*comparability*). Queste caratteristiche, tra l’altro presenti nei principi generali

(14) FORTUNATO, *I principi contabili internazionali e le fonti del diritto*, in *Le fonti private del diritto commerciale*, a cura di Di Cataldo e Sanfilippo, Milano, 2008, p. 181

(15) SCOGNAMIGLIO, *La ricezione dei principi contabili internazionali IAS/IFRS ed il sistema delle fonti del diritto commerciale*, in AA.Vv., *IAS/IFRS. La modernizzazione del diritto contabile in Italia*, Milano, 2007, p. 40 ss.

degli IAS/IFRS, sono ritenute necessarie affinché l'informazione risulti utile «per adottare le decisioni economiche e valutare l'idoneità della gestione».

Una volta completata positivamente l'istruttoria di valutazione, da parte dei soggetti coinvolti sulla base dei criteri stabiliti, la "giuridicizzazione" dei principi contabili internazionali si perfeziona mediante l'emanazione di appositi regolamenti e viene ufficializzata con la loro pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee.

Già nel richiamo terminologico e concettuale ai principi base degli IAS/IFRS, da parte dei criteri valutativi del Regolamento 1606/2002, si ravvisavano le premesse per una adozione dei principi internazionali con un limitato rischio, paventato invece da molte parti, di una versione europea dei principi stessi. Il meccanismo di omologazione ha in effetti riconosciuto i principi contabili internazionali, da applicare a partire dal 2005, nella loro integrità, con le sole eccezioni rappresentate dai principi dedicati alla contabilizzazione degli strumenti finanziari⁽¹⁶⁾.

Del procedimento di omologazione si riconosce l'opportunità, oltre che come filtro per le situazioni confliggenti con i requisiti identificati, anche come punto di riferimento sicuro per le imprese che sono tenute ad applicare i principi internazionali, in mancanza del quale si troverebbero di fronte ad una regolamentazione soggetta, ad opera dell'organismo privato internazionale, a continua variabilità⁽¹⁷⁾.

3. Il framework e il quadro sistematico degli IAS/IFRS

Il *conceptual framework*, o quadro sistematico, è un insieme di principi teorici di generale accettazione che rappresentano la struttura concettuale di riferimento per un particolare ambito di indagine. La funzione riconosciuta ad un *framework* è molto ampia e va dal contributo alla definizione di una disciplina fino allo sviluppo di un quadro teorico completo e analitico della disciplina stessa. In ambito contabile il *conceptual framework* è generalmente inteso secondo la definizione data nella prima sua elaborazione ad opera della professione contabile statunitense⁽¹⁸⁾, e cioè come «*a constitution, a coherent system of interrelated*

(16) L'esperienza di non omologazione dei principi dedicati agli strumenti finanziari «*seems to show that the EU endorsement can act as a filter. At the same time, though, this opting out has highly criticized and seems to prove that the decision of not endorsing a standard can be rather costly for the EU*»: così DE BELLIS, *op. cit.*, p. 36.

(17) DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 66.

(18) Il *Financial Accounting Standards Board* (FASB) presenta la definizione di *conceptual framework* nello *Statement of Financial Accounting Concept* n. 1 del 1978.

*objectives and fundamentals that can lead to consistent standards and that prescribes the nature, function and limits of financial accounting and financial statements»⁽¹⁹⁾. Il quadro sistematico affronta dunque le questioni fondamentali alla base della definizione e redazione del bilancio. Esso rappresenta una sorta di meta struttura che, definendo finalità e postulati di base, consente la produzione di un insieme coerente di principi contabili specifici e, adottando un approccio prescrittivo, ordina la natura, la funzione e i limiti dell'informazione economico-finanziaria. Volendo stabilire una gerarchia tra i postulati e i principi fondamentali di bilancio si può dire che un *conceptual framework* fornisca un modello contabile che ad un livello superiore e teorico delinea le finalità del bilancio, ad un livello concettuale identifica le caratteristiche qualitative dell'informazione nonché gli elementi di base che la compongono e ad un livello operativo fissa le regole per l'iscrivibilità, la valutazione e la rappresentazione degli elementi del bilancio.*

Il *framework* contabile è una elaborazione presente nei contesti giuridici *common law* in cui, contrariamente ai sistemi *civil law*, è alle organizzazioni privato-professionali che è demandata la regolamentazione contabile attraverso la statuizione degli *accounting standards*. In effetti, per uno sviluppo logico e coerente di principi di ragioneria che siano generalmente accettati, e che diventino prassi contabile senza l'imposizione legislativa, è necessario prima generare consenso sulle questioni fondamentali attraverso la produzione e condivisione di un *conceptual framework*. L'interesse allo sviluppo di *conceptual framework*, da considerarsi come fondamento attorno al quale costruire gli standard contabili e come supporto ai processi decisionali della professione, si è palesato solo alcuni decenni or sono mentre in passato gli organismi contabili si limitavano a statuire i principi specifici da adottare nelle situazioni concrete.

In letteratura alcuni sostengono che con l'elaborazione di un *conceptual framework* gli organismi professionali perseguano la legittimazione delle loro attività e l'accrescimento del loro *status* in modo tale da garantirsi una vera e propria autoregolamentazione e contrastare qualsiasi intervento di natura governativa nella disciplina contabile⁽²⁰⁾. Il *framework*

(19) Si ritrova questa definizione nei diversi testi di *Accounting Theory* anglosassoni quali DEEGAN, *Financial Accounting Theory*, 2012, SCOTT, *Financial Accounting Theory*, 2005, GODFREY ET AL., *Accounting Theory* 2010.

(20) Considerazioni critiche sui *framework* contabili sono state avanzate da HINES, *The FASB's conceptual framework, financial accounting and the maintenance of the social world*, in *Accounting, Organizations and Society*, vol. 16, 1991 e DOPUCH e SUNDER, *FASB's statements on objectives and elements of financial accounting: a review*, in *The Accounting Review*, January, 1980.

potrebbe così essere interpretato come il risultato di un'azione politica volta a consentire la sopravvivenza della professione. Ed è vero che i *conceptual framework* introdotti nella pratica si sono sovente rivelati parziali e limitati a prendere atto della prassi più diffusa piuttosto che tendere a migliorarla affrontando con approccio prescrittivo gli argomenti cruciali.

Ma a queste critiche è doveroso accostare i benefici che allo schema di base naturalmente si associano. Il *framework* contabile può essere considerato un fondamento necessario non solo per lo sviluppo di standard contabili caratterizzati da una logica, una coordinazione e una coerenza di insieme ma anche una base di valutazione per orientare la risoluzione dei problemi che la rappresentazione contabile inevitabilmente genera. Vi è poi accordo nel ritenere che, in assenza di un inquadramento dei principi contabili in una precisa ed efficace struttura concettuale, le soluzioni contabili verrebbero individuate di volta in volta, di caso in caso, dando origine a processi decisionali dispendiosi e a risultati non coerenti.

L'esistenza di un *framework* autorevole dovrebbe, inoltre, consentire una riduzione della pressione politica esercitata dalle diverse parti interessate durante la formulazione dei principi, agevolarne il processo e comprimerne i tempi. Attraverso la preventiva definizione del quadro concettuale i processi decisionali degli *standard setters* diventano poi facilmente *accountable* e ciò favorisce la comunicazione e il confronto con la parti costituenti.

Come si diceva sopra, è lo *standard setter* americano, il FASB, a proporre il primo *framework* codificato e successivamente la professione contabile di altri paesi presenta versioni che risulteranno ispirate al modello originario del FASB. Alle diverse esperienze nazionali si aggiunge nel 1989 anche il *framework* di un organismo internazionale, l'*International Accounting Standards Committee* (IASC). Lo IASC, predecessore dell'attuale IASB, elabora il quadro concettuale intitolato *Framework for the Preparation and Presentation of Financial Statements* nel quale pure è ravvisabile l'influenza del lavoro statunitense.

Il *framework* è l'insieme dei concetti di fondo su cui poggia l'elaborazione degli specifici principi contabili internazionali, definisce gli obiettivi da assegnare all'informazione economico-finanziaria di bilancio, gli imprescindibili postulati cui riferire la sua produzione, le caratteristiche qualitative che la stessa deve presentare, nonché i concetti e i requisiti validi per la definizione, l'iscrivibilità e la valutazione degli elementi di bilancio⁽²¹⁾.

(21) In questo lavoro si prenderanno in considerazione il livello teorico e concettuale del *framework* degli IAS/IFRS, e cioè la finalità di bilancio e le caratteristiche qualitative. Il livello operativo della definizione, *recognition* e misurazione non viene analizzato non essendo stato ancora oggetto di intervento nella revisione del *framework* avvenuta nel 2010.

L'oggetto cui si riferiscono le prescrizioni contenute nel *framework* e negli specifici principi contabili internazionali è il bilancio d'esercizio, «*general purpose financial statements*», di «*commercial, industrial and business reporting entities, whether in the public or the private sectors*»⁽²²⁾, sia esso rappresentazione di una singola impresa o di un gruppo di imprese.

Il *framework*, ancor prima di delineare la finalità cui deve tendere l'informazione di bilancio, identifica i soggetti destinatari e le loro esigenze informative. Gli *users* delle informazioni di bilancio a cui si rivolge il *framework* sono quelli che normalmente non hanno il potere di ottenere dall'impresa dei dati aggiuntivi rispetto a quelli contenuti nel bilancio che costituisce la principale, e spesso unica, fonte per il reperimento di informazioni (come nel caso del piccolo investitore e del creditore commerciale).

L'ampia gamma degli *stakeholder* comprende gli investitori attuali e potenziali, e i loro *advisors*, i dipendenti, i finanziatori, i fornitori, i clienti, i governi e le istituzioni, e il pubblico in generale. Il *Framework* rileva, peraltro, che i bilanci che rispondono alle esigenze informative degli investitori potranno soddisfare anche la maggior parte dei bisogni conoscitivi degli altri utilizzatori. In sostanza, la domanda di informazioni dei conferenti capitale di rischio è riconosciuta così significativa da essere comprensiva anche delle altre istanze. Lo specifico riferimento agli investitori come principali *users* conferisce la connotazione di sistema contabile *investor-oriented* all'insieme dei principi contabili internazionali. La *investor-orientation* si traduce in un approccio contabile rivolto a ridurre le asimmetrie informative esistenti tra imprese e mercati finanziari in modo da fornire agli investitori le conoscenze necessarie a favorire l'allocazione dei capitali. Si tratta di un approccio che genera non poche perplessità nell'ambiente europeo, se non altro per la prevalenza della piccola e media impresa nel contesto comunitario e del tradizionale sistema contabile continentale *credit-oriented*⁽²³⁾.

Data questa premessa, al bilancio di un'entità viene assegnato l'obiettivo di fornire informazioni sulla situazione patrimoniale e finanzia-

(22) *Framework for the Preparation and Presentation of Financial Statements*, par. 8. Sempre al par. 8 la «*reporting entity*» è definita come un'entità della quale i destinatari di bilancio contano sullo stesso come fonte primaria di informazione economico-finanziaria sull'entità.

(23) Considerazioni sul modello *investor-oriented* dello IASB sono presenti nei lavori di diversi studiosi tra i quali AZZALI, *Il bilancio consolidato secondo i principi contabili internazionali: problemi applicativi, soluzioni operative e potenzialità informative*, Milano, 2002, p. 45 ss., DI PIETRA, *La cultura contabile nello scenario internazionale: istituzioni, principi ed esperienze*, Padova, 2002, p. 178 ss., LIONZO, *Il sistema dei valori di bilancio nella prospettiva dei principi contabili internazionali*, Milano, 2005, p. 31 ss.

ria, sui cambiamenti in essa intervenuti e sulla *performance* economica che risultino utili ad un'ampia gamma di utilizzatori, e in particolare agli investitori attuali e potenziali, per prendere decisioni economiche. Un'attenzione specifica è riservata ai dati sulla capacità di un'impresa di generare flussi monetari per poter consentire processi decisionali informati e consapevoli.

Perseguire la finalità di bilancio richiede ai redattori una significativa capacità di giudizio e il primo passo per formulare valutazioni sulle informazioni da presentare, e secondo quali modalità, è attenersi alle indicazioni suggerite dalle qualità che l'informazione deve avere. Per risultare utili ai fini decisionali, le caratteristiche qualitative che le informazioni economico-finanziarie devono possedere sono: la comprensibilità (*understandability*), la significatività (*relevance*), l'attendibilità (*reliability*) e la comparabilità (*comparability*).

Il bilancio deve essere pienamente e immediatamente comprensibile sia nell'aspetto estrinseco, che riguarda le informazioni riportate, sia nell'aspetto intrinseco per quanto attiene ai processi di valutazione sottostanti le valutazioni stesse. Il riferimento è alla capacità di lettura di soggetti che abbiano una ragionevole conoscenza delle dinamiche aziendali e del metodo contabile e che impieghino una normale diligenza nell'esame di quelle informazioni.

La significatività è un'ulteriore qualità che l'informazione deve avere per essere utile: è significativa quell'informazione che influenza le decisioni economiche del suo utilizzatore consentendogli di ponderare eventi passati, presenti e futuri o confermando o correggendo precedenti valutazioni. Connesso alla significatività è il concetto di rilevanza (*materiality*) che stabilisce il limite oltre il quale l'informazione può dirsi utile.

L'attendibilità è un altro dei requisiti richiesti all'informazione di bilancio: l'informazione è attendibile se scevra da errori rilevanti e pregiudizi e, quindi, capace di una neutra, completa e fedele rappresentazione. La rappresentazione fedele richiede che la rilevazione dei fatti aziendali avvenga rispettando la sostanza economica degli stessi rispetto alla forma legale che essi possono assumere. Un'altra condizione per l'attendibilità è la prudenza, intesa come l'esercizio di un certo grado di cautela nei giudizi estimativi in situazione di incertezza. Nel *framework* la prudenza non risulta, quindi, un principio cardine nelle valutazioni, assume invece il ruolo secondario di qualificazione del concetto di attendibilità.

La comparabilità, infine, ultima delle caratteristiche richieste all'informazione contabile, sottende la capacità di confronto dell'informazione stessa nel tempo e nello spazio, cioè tra periodi diversi e tra diverse realtà aziendali. Questo implica la costanza nel tempo dei metodi di valutazione e di rappresentazione utilizzati nella redazione del bilancio.

Il *framework*, oltre a sottolineare l'importanza di queste caratteristiche nell'ottenimento di un quadro chiaro e fedele della situazione aziendale, richiama la necessità di ricercare un ragionevole equilibrio tra le stesse, in particolare tra la significatività e l'attendibilità, compito lasciato alla capacità e al giudizio professionale del redattore del bilancio.

Diverse sono le funzioni che il *Framework for the Preparation and Presentation of Financial Statements* riveste e che sono analiticamente indicate nel documento⁽²⁴⁾. Il *framework* costituisce per lo IASB una vera e propria guida nell'elaborazione dei nuovi principi contabili internazionali e nella revisione di quelli preesistenti assolvendo alla funzione cardine per cui una struttura concettuale è concepita. Rappresentando poi una base per la riduzione delle alternative concesse all'interno del sistema degli IAS/IFRS, esprime la sua funzione nella promozione dell'armonizzazione contabile.

La struttura concettuale, inoltre, assiste i redattori del bilancio nell'applicazione dei principi contabili internazionali e nelle scelte da effettuare qualora si presentino delle lacune nella regolamentazione per specifiche situazioni. Anche i revisori possono avvalersi utilmente del *framework* per verificare la corretta interpretazione e applicazione dei principi internazionali nei bilanci sottoposti al controllo contabile. Inoltre, il quadro sistematico potrebbe essere di ausilio anche agli *standard setter* nazionali per lo sviluppo di principi domestici ispirati agli IAS/IFRS e, più in generale, agli utilizzatori delle informazioni di bilancio per interpretarne i contenuti.

L'importanza delle funzioni attribuite al *framework*, in linea con le aspettative delle definizioni teoriche di quadro concettuale, non ha corrispondenza con lo status ad esso riconosciuto nell'ambito del sistema dei principi contabili internazionali. Nel contesto degli IAS/IFRS il *framework* non è considerato uno standard⁽²⁵⁾, e in effetti si posiziona rispet-

(24) Come scritto nel *Framework for the Preparation and Presentation of Financial Statements*, IASC, 1989, par. 1 «*The purpose of the Framework is: (a) to assist the Board in the development of future IFRSs and in its review of existing IFRSs; (b) to assist the Board in promoting harmonisation of regulations, accounting standards and procedures relating to the presentation of financial statements by providing a basis for reducing the number of alternative accounting treatments permitted by IFRSs; (c) to assist national standard-setting bodies in developing national standards; (d) to assist preparers of financial statements in applying IFRSs and in dealing with topics that have yet to form the subject of an IFRS; (e) to assist auditors in forming an opinion on whether financial statements comply with IFRSs; (f) to assist users of financial statements in interpreting the information contained in financial statements prepared in compliance with IFRSs; and (g) to provide those who are interested in the work of the IASB with information about its approach to the formulation of IFRSs*».

(25) «*This Framework is not an International Accounting Standard and hence does not define standards for any particular measurement or disclosure issue*», in *Framework for the Preparation and Presentation of Financial Statements*, IASC, 1989, par. 3.

to agli standard ad un livello superiore. Tuttavia non gli si riconosce una supremazia sul principio contabile perché nulla di quanto contenuto nel quadro sistematico può derogare a quanto stabilito in un principio contabile internazionale⁽²⁶⁾e, qualora vi sia un conflitto, le disposizioni del principio contabile internazionale prevalgono su quelle del *framework*. Peraltro, si presume limitata nel tempo, e a pochi casi, la possibilità che sorga un conflitto tra il quadro sistematico e un principio contabile internazionale considerato che lo standard deriva dalla struttura concettuale in una logica discendente⁽²⁷⁾.

Il fatto che il *framework* non costituisca uno IAS o un IFRS, o loro interpretazioni, ma sia ad essi preordinato, viene visto come motivo per la mancata omologazione dello stesso in ambito europeo. Mentre i singoli principi contabili attraverso il meccanismo di *endorsement* risultano “giuridicizzati”, cioè acquisiscono valenza giuridica secondo il Regolamento 1606/2002, il *framework* rimane estraneo al processo di ibridazione ed escluso, almeno da una prima analisi, dalla regolamentazione contabile europea.

4. L'esclusione del framework dall'endorsement

Nel Regolamento 1606/2002 è molto chiaro il riferimento ai principi contabili internazionali di cui si prevede l'applicabilità in Europa: gli IAS, gli IFRS, le loro modifiche e interpretazioni. Nessuna parola è dedicata invece alla base concettuale da cui i principi promanano per cui il *framework*, quale insieme di postulati e principi generali, non risulta applicabile in Europa alla stregua degli specifici standard. Il testo normativo recita che l'obiettivo del regolamento comunitario è «garantire un elevato livello di trasparenza e comparabilità dei bilanci e quindi l'efficiente funzionamento del mercato dei capitali e del mercato interno attraverso l'adozione e l'utilizzazione di principi contabili internazionali nella Comunità» (art. 1) e «si intendono per principi contabili internazionali gli *International Accounting*

(26) «Nothing in this Conceptual Framework overrides any specific International Accounting Standard», in *Framework for the Preparation and Presentation of Financial Statements*, IASC, 1989, par. 3.

(27) «The Board recognises that in a limited number of cases there may be a conflict between the Conceptual Framework and an IFRS. In those cases where there is a conflict, the requirements of the IFRS prevail over those of the Conceptual Framework. As, however, the Board will be guided by the Conceptual Framework in the development of future IFRSs and in its review of existing IFRSs, the number of cases of conflict between the Conceptual Framework and IFRSs will diminish through time», in *Framework for the Preparation and Presentation of Financial Statements*, IASC, 1989, par. 3.

Standards (IAS), gli *International Financial Reporting Standards* (IFRS), le successive modifiche di detti principi e le relative interpretazioni, i principi e le relative interpretazioni che saranno emessi o adottati in futuro dall'*International Accounting Standards Board* (IASB)» (art. 2).

La scelta effettuata in sede comunitaria sembra ricadere sui contenuti tecnici ma non filosofici del sistema contabile internazionale, come si fosse voluto prendere il prodotto ma non la fonte ispiratrice di quel risultato che invero rimane ignorata. Sovente si trovano in letteratura indicazioni e commenti sul fatto che il *framework* non sia stato omologato quando, in realtà, non è stato nemmeno citato nell'intervento di regolamentazione, quasi a negarne l'esistenza⁽²⁸⁾ o, forse, per affermare, nel nuovo scenario contabile in Europa, comunque una supremazia della filosofia contabile europea, perlomeno in via di principio.

Una prima interpretazione della mancata omologazione, o della presunta disattenzione, è direttamente riconducibile al fatto che il *framework* non ha la qualifica di standard e, conseguentemente, l'Unione Europea non ha ritenuto necessario procedere all'*endorsement*⁽²⁹⁾. I principi concettuali potrebbero cioè non essere parte di un sistema di norme di diritto positivo considerato che, a parere dello stesso IASB, sembrano non rappresentare un vincolo imprescindibile per coloro che sono tenuti ad applicare il sistema dei principi internazionali. Tuttavia l'incoerenza tra lo status di *framework*, e quindi di principio sovraordinato agli standard, che ne sono logica emanazione, e la posizione subordinata in caso di conflitto con gli standard, potrebbe essere giustificata dal fatto che il *framework* del 1989 è successivo alla produzione di principi internazionali da parte dello IASB che inizia appunto la formulazione degli IAS già nel 1974, e dunque l'inserimento "postumo" di un quadro concettuale necessitava di tempo per produrre i risultati sperati⁽³⁰⁾.

(28) Il rilievo relativo alla mancanza di omologazione del *framework* ripercorre frequentemente la letteratura giuridica contabile italiana e meno frequentemente quella aziendale, mentre non è presente nella letteratura anglosassone. La spiegazione potrebbe risiedere nell'approccio *civil law* nel nostro paese e quindi nell'attenzione dedicata ai vari passaggi della giuridicizzazione dei principi contabili internazionali.

(29) GAETANO, *Il principio della prudenza negli IAS/IFRS: relazioni tra approcci economico-aziendali e profili giuridici*, in AA.VV., *IAS/IFRS. La modernizzazione del diritto contabile in Europa*, cit., p. 527 ss.

(30) SANNINO, *Il Framework tra configurazione originaria e spinte di rinnovamento*, in *Il bilancio secondo i principi contabili internazionali IAS/IFRS*, a cura di Potito, Torino, 2010, p. 51. Si deve comunque puntualizzare che la nuova versione del *Framework* del 2010, e di cui si parlerà nel par. successivo, a distanza di venti anni prevede la stessa condizione di subordinazione del quadro concettuale ai principi contabili, forse perché risulta postumo agli IAS/IFRS basati sul primo *framework*. Un'altra spiegazione dell'apparente subordina-

Nonostante le incertezze sullo status dichiarato, il valore di indirizzo del *framework* nell'impianto IAS/IFRS è innegabile vista la presenza dei numerosi rimandi espliciti nella lettera dei principi internazionali. Tali riferimenti al quadro sistematico servono per orientare il giudizio interpretativo e integrativo nella soluzione di casi di deroga dagli standard o di lacune negli standard.

Nello IAS 1, oltre a stabilire che per una *fair presentation* della situazione aziendale è necessaria l'applicazione dei concetti contenuti nel *framework*⁽³¹⁾, sono frequenti i richiami alle finalità espresse nel quadro concettuale per guidare, in chiave interpretativa, le scelte relative alla disapplicazione, in deroga, di singoli standard⁽³²⁾.

Lo IAS 8, invece, richiede di fare riferimento al *framework*, sia pure in subordine rispetto ai principi contabili esistenti⁽³³⁾, per contabilizzare in maniera appropriata le situazioni non ancora regolate dai principi internazionali, affermandone così la funzione integrativa.

Il fatto che il *framework* risulti oggetto di ripetuti richiami e rinvii da parte dei principi contabili internazionali, nonostante non sia passato al vaglio dell'omologazione ufficiale, comporta, indirettamente, la ricezione nell'ordinamento giuridico comunitario anche dei contenuti precettivi del *framework* stesso⁽³⁴⁾.

Un'ulteriore considerazione potrebbe essere formulata per supportare l'importanza della posizione assunta dal *framework* nella regolamentazione contabile comunitaria. Il riconoscimento del *framework* da parte del Regolamento 1606/2002 potrebbe evincersi dagli stessi criteri stabiliti per il processo di valutazione degli IAS/IFRS finalizzato all'en-

zione del *framework* potrebbe risiedere nella necessità di conferire un carattere evolutivo a tutto il sistema dei principi assegnando a questi ultimi, oggetto di continue revisioni e nuove emissioni, il compito di innovare l'impianto stesso. I principi di base non possono certo subire dei cambiamenti ricorrenti e allora, per esempio, è alla revisione dello IAS 1 che si attribuisce capacità innovativa attraverso la previsione di documenti da presentare nel *financial report* anche se non richiamati nel *framework*. Lo stesso criterio del *fair value*, non previsto tra i criteri di valutazione nel *framework*, viene inserito attraverso specifici standard, questi ultimi generano dunque un conflitto con il *framework* stesso ma su di esso prevalgono evolvendo l'intero sistema.

(31) «*Fair presentation requires the faithful representation of the effects of transactions, other events and conditions in accordance with the definitions and recognition criteria for assets, liabilities, income and expenses set out in the Framework*», IAS 1, *Presentation of Financial Statements*, par. 15.

(32) IAS 1, *Presentation of Financial Statements*, par.19, 23, 24.

(33) IAS 8, *Accounting Policies, Changes in Accounting Estimates and Errors*, par. 11.

(34) SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 283.

dorsement⁽³⁵⁾. In quei criteri il legislatore comunitario ha fatto proprie, in un preciso e corrispondente uso terminologico, la finalità del bilancio e le caratteristiche qualitative dell'informazione economico-finanziaria contenute nel quadro sistematico. La sostanziale inclusione dei concetti espressi nel *framework*, nel dettato dell'art. 3 del regolamento comunitario, comporta un'accettazione indiretta dello stesso in quanto i principi contabili risultano omologati proprio perché rispondenti ai requisiti concettuali del quadro sistematico. Si tratta cioè di una modalità in grado di inserire in un impianto normativo comunitario una struttura concettuale esterna ma, al contempo, all'origine dei principi contabili europei, come in sintesi si potrebbero dire gli IAS/IFRS omologati.

L'affermazione, tra i criteri di omologazione, della rispondenza al postulato del *true and fair view* e all'interesse pubblico europeo è un segnale evidente e comprensibile della volontà di ribadire la supremazia del modello contabile europeo. Tuttavia, la coerenza d'insieme nell'ibridazione della regolamentazione contabile, e dunque la sua validità, non si sarebbe potuta raggiungere senza la, sia pur indiretta, piena considerazione del *framework*.

A rafforzamento di questa posizione si può richiamare il documento della Commissione Europea del novembre 2003, dedicato alle osservazioni esplicative su alcuni articoli del Regolamento 1606/2002⁽³⁶⁾, che chiarisce l'importanza del *framework* e rende pubblicamente disponibile il testo tradotto in tutte le lingue dell'Unione Europea⁽³⁷⁾.

(35) Si ricorda che un principio viene considerato applicabile nell'Unione europea se soddisfa taluni criteri fissati dal regolamento IAS, vale a dire: - non essere contrario al principio di cui all'art. 16, par. 3 della direttiva 83/349/CEE e all'art. 2, par. 3 della direttiva 78/660/CEE, - contribuire all'interesse pubblico europeo e - rispondere ai criteri di comprensibilità (*understandability*), pertinenza (*relevance*), affidabilità (*reliability*) e comparabilità (*comparability*) richiesti dall'informazione finanziaria necessaria per adottare le decisioni economiche e valutare l'idoneità della gestione.

(36) Si tratta del documento Osservazioni riguardanti taluni articoli del regolamento (CE) n. 1606/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 luglio 2002, relativo all'applicazione di principi contabili internazionali, della quarta direttiva 78/660/CEE del Consiglio del 25 luglio 1978 relativa ai conti annuali di taluni tipi di società e della settima direttiva 83/349/CEE del Consiglio del 13 giugno 1983 relativa ai conti consolidati", Commissione delle Comunità Europee, Bruxelles, novembre, 2003.

(37) «Gli IAS sono basati sul Framework (Quadro sistematico) per la preparazione e la presentazione del bilancio che esamina i concetti fondamentali riguardanti la presentazione delle informazioni nei bilanci redatti con scopi di carattere generale. L'obiettivo del Framework è facilitare una formulazione coerente e logica degli IAS. Tuttavia il Framework non costituisce né uno IAS né una SIC e pertanto non deve essere adottato nel diritto comunitario. Cionondimeno offre una base di valutazione per la risoluzione di problemi contabili. Ciò è di particolare rilevanza nei casi in cui non esiste alcuno IAS o SIC applicabile specificamente ad una data voce del bilancio. In tali casi gli IAS impongono alla direzione della società di utilizzare il proprio giudizio professionale nell'elaborazione e nell'appli-

Si può concludere sostenendo che il *framework*, nonostante non appartenga all'insieme dei pronunciamenti IAS/IFRS ufficialmente omologati, e dunque "giuridicizzati", non rappresenta certo un corpo estraneo nelle fonti del diritto contabile comunitario data l'implicita, o indiretta, ma significativa presenza nel sistema contabile in termini interpretativi, integrativi e valutativi attraverso gli stessi principi contabili internazionali omologati in Europa.

Nel settembre 2010 la parte del *framework* dedicata agli obiettivi del bilancio e alle caratteristiche qualitative è stata ridefinita in seguito alla conclusione di una prima fase di revisione. È da chiedersi se il sostanziale *endorsement* del quadro sistematico, che si è voluto sostenere in queste pagine, possa ancora presumersi ora che il *framework* è stato parzialmente modificato.

5. Il Conceptual Framework for Financial Reporting

Il *framework* del 1989 è la base su cui sono stati formulati i principi contabili internazionali adottati e attualmente applicati per la redazione dei bilanci in Europa. Recentemente una parte del quadro concettuale è stata modificata in seguito ad una revisione operata nell'ambito del processo di convergenza contabile fra il FASB e lo IASB, ossia tra i principi contabili statunitensi e quelli internazionali⁽³⁸⁾. Il progetto per l'elaborazione di un *framework* comune, iniziato operativamente nel 2004, e destinato ad articolarsi per fasi, ha prodotto nel 2010 un primo e definitivo risultato sulle finalità del bilancio e le caratteristiche qualitative dell'informazione economico-finanziaria⁽³⁹⁾. Sebbene siano stati modificati appena due capitoli, resi subito applicativi, l'ambiziosa

cazione di una metodologia contabile che consenta di presentare informazioni pertinenti e affidabili. Nel quadro di tale giudizio, la direzione della società è tenuta a prendere in considerazione in part. le definizioni nonché i criteri di rilevazione e di valutazione enunciati nel Framework. (...) Vista la sua importanza per la risoluzione dei problemi contabili, il Framework dello IASB è allegato al presente documento». *Status del Framework dello IASB, delle appendici e delle indicazioni per l'applicazione degli IAS*, par. 2.1.5, documento comunitario di cui alla nota precedente.

(38) Norwalk Agreement del 2002.

(39) La conclusione della prima fase della revisione del *Framework* ha prodotto i nuovi capitoli 1 e 3 intitolati rispettivamente *The objective of general purpose financial reporting* e *Qualitative characteristics of useful financial information*. Il secondo capitolo sarà dedicato alla definizione del concetto di *Reporting entity* per il quale lo IASB ha elaborato una *exposure draft* nel 2010. Il quarto capitolo del *Conceptual framework* contiene il testo rimanente del *Framework* del 1989.

e complessiva revisione prevista comporta il cambiamento della denominazione del documento intitolato ora *The Conceptual Framework for Financial Reporting*, in linea con la nuova estensione data. Il riferimento infatti non sarà più limitato solo ai prospetti di bilancio (*financial statements*) ma allargato a ricomprendere l'intero insieme delle informazioni del report periodico.

Nel rinnovato *conceptual framework* si richiama l'importanza della finalità assegnata al bilancio per il processo di definizione degli altri aspetti concettuali⁽⁴⁰⁾ che da essa dovranno logicamente discendere.

Scopo del bilancio è fornire informazioni economico-finanziarie sull'entità che viene rappresentata e che siano utili agli investitori e creditori attuali e potenziali nel prendere decisioni sul concedere risorse all'entità. I processi decisionali riguardano l'acquisto, la vendita e il mantenimento di quote di capitale e strumenti di debito nonché la concessione o la risoluzione di prestiti e altre forme di finanziamento⁽⁴¹⁾. Rispetto alla precedente versione del *framework* si identificano dei *primary users* dell'informazione di bilancio, gli investitori e i creditori, mentre nel documento del 1989 l'enfasi era sui conferenti capitali di rischio⁽⁴²⁾.

L'ampliamento del *focus* alla categoria dei creditori è da ricondursi alla prevalenza dell'impostazione del FASB che nel *Concept Statement 1* identifica appunto le due categorie di destinatari delle informazioni contabili⁽⁴³⁾. I *primary users* sono gli investitori, i dipendenti, i finanziatori, i fornitori e gli altri creditori commerciali. Si tratta di destinatari dell'informazione che presentano le esigenze informative più critiche e

(40) «The objective of general purpose financial reporting forms the foundation of the *Conceptual Framework*. Other aspects of the *Conceptual Framework* - a reporting entity concept, the qualitative characteristics of, and the constraint on, useful financial information, elements of financial statements, recognition, measurement, presentation and disclosure - flow logically from the objective», *The Conceptual Framework for Financial Reporting*, OB 1, 2010.

(41) «The objective of general purpose financial reporting is to provide financial information about the reporting entity that is useful to existing and potential investors, lenders and other creditors in making decisions about providing resources to the entity. Those decisions involve buying, selling or holding equity and debt instruments, and providing or settling loans and other forms of credit», *The Conceptual Framework for Financial Reporting*, OB 2.

(42) E ciò nonostante il riferimento fosse ad un'ampia gamma di utilizzatori analiticamente identificati e gli interessi degli investitori fossero intesi come espressione complessiva delle diverse esigenze conoscitive. Sul punto si veda il par. 3. La stessa logica di "espressione complessiva" riguarda anche i *primary users* nel nuovo *framework*.

(43) È quanto si evince anche dalle *Basis for Conclusions* del *Conceptual Framework for Reporting 2010*, nel seguente passaggio: «One difference in emphasis from the *Framework* (1989), which emphasised providers of risk capital, is that *Concepts Statement 1* (FASB) referred to "both those who desire safety of investment and those who are willing to accept risk to obtain high rates of return" (paragraph 35)», BC 1.12.

immediate e che appartengono a quella categoria di *users* che non ha il potere di richiedere informazioni direttamente all'impresa. La consapevolezza che i singoli *primary users* possano avere esigenze e aspettative informative diverse, e magari confliggenti, è chiara allo IASB che dichiara di riconoscere a tutti la stessa importanza e di ritenersi impegnato a formulare standard contabili che forniscano informazioni che soddisfino il maggior numero di *primary users*. Le informazioni di bilancio non sono invece dirette primariamente ad altre categorie di utilizzatori, quali gli organismi di regolamentazione e il pubblico, le quali potranno comunque trovarle utili ai loro scopi.

Il nuovo approccio teorico sembra abbracciare contestualmente sia il modello contabile *investor-oriented*, tipico dei paesi anglosassoni, che quello *credit-oriented*, tipico dei paesi dell'Europa continentale. Questa impostazione allargata potrebbe avvicinare maggiormente l'impianto IAS/IFRS a quello europeo⁽⁴⁴⁾ e rispondere positivamente ai rilievi critici manifestati da una parte della letteratura italiana che reputava il sistema IAS/IFRS non adeguato ad un contesto nazionale, caratterizzato dalla presenza di imprese medio piccole, perché concepito per rispondere alle esigenze conoscitive degli investitori delle *public companies* e ai loro *advisors*, mentre l'esigenza di tutela dei creditori sociali è alla base del sistema delle regole contabili europee e nazionali⁽⁴⁵⁾.

Importanti modifiche apportate al *framework* nella prima fase di revisione riguardano anche le caratteristiche qualitative dell'informazione di bilancio. È cambiato il ruolo di alcune rispetto ad altre e vi sono state delle eliminazioni di un certo rilievo, oltre ad un nuovo inserimento.

Ad essere eliminata è stata la sottocaratteristica della prudenza (*prudence*) ritenuta in conflitto con la neutralità (*neutrality*) per il tradizionale significato asimmetrico attribuitele dalla prassi contabile in aperto contrasto, e difficilmente risolvibile, con la logica della cautela intesa dal *framework*. Una sostituzione, più che eliminazione, riguarda anche la qualità dell'attendibilità (*reliability*). Ad essa è stata preferita la rappresentazione fedele (*faithful representation*) per l'impossibilità di ottenere informazioni oggettivamente attendibili nel modello del bilancio. Un'ulteriore eliminazione riguarda la sottocaratteristica della prevalenza della sostanza sulla forma (*substance over form*) che si ritiene compresa nella rappresentazione fedele. Una nuova qualità che concorre a rendere l'informazione *faithful* è invece la verificabilità (*verifiability*) della stessa.

(44) Per rilievi critici sul possibile carattere tattico del nuovo orientamento verso i portatori di risorse, rispetto alla ristretta cerchia degli investitori, si veda SANNINO, *op. cit.*, p. 63 ss.

(45) Così GAETANO, *op. cit.*, p. 528 s.

Le qualità delle informazioni sono state ordinate secondo una precisa gerarchia per rispondere alla difficoltà di comprendere la relazione tra le stesse. L'ordine stabilito è basato sul contributo della caratteristica a rendere utile l'informazione. In una posizione prevalente sono collocate la significatività (*relevance*) e la rappresentazione fedele perché in caso di loro assenza viene meno l'utilità dell'informazione. Risultano di livello inferiore invece la comparabilità e la comprensibilità perché la loro presenza rende l'informazione più utile ma, se mancano, l'informazione, purché *relevant* e *faithful*, può essere ancora utile.

Un'ultima innovazione riguarda la significatività che è stata ridefinita nel rispetto dell'accezione statunitense. Un'informazione ora è significativa se è in grado di fare la differenza mentre nel 1989 si chiedeva che effettivamente facesse la differenza nel processo decisionale dei lettori del bilancio.

L'insieme delle modifiche dei capitoli dedicati alle finalità del bilancio e le caratteristiche qualitative dell'informazione, alle quali non sono ad oggi seguite variazioni nel resto del *framework*, genera indubbiamente delle incoerenze in seno allo stesso quadro, che risulta in vigore parzialmente rinnovato, nonostante fosse previsto che dagli obiettivi e dalle qualità informative dovessero fluire logicamente tutti gli altri elementi concettuali⁽⁴⁶⁾.

6. Osservazioni conclusive

La questione della ricezione del *framework* nell'ordinamento giuridico comunitario si ripropone con l'entrata in vigore del quadro concettuale in parte rinnovato. Ma la commistione tra vecchio e nuovo, cioè tra principi omologati e basati sul *framework* del 1989 e novità entrate con il quadro sistematico del 2010, fa presumere che siano state prodotte delle disarmonie nel sistema IAS/IFRS.

La valenza interpretativa, integrativa e valutativa prima riconosciuta al *framework* del 1989 viene messa in dubbio dai cambiamenti avvenuti

(46) Allo stato attuale il *Conceptual Framework* in vigore si compone di due capitoli revisionati, all'interno dei quali è cambiata la finalità assegnata al bilancio, e di una parte datata 1989, e questo nonostante «*The objective of general purpose financial reporting forms the foundation of the Conceptual Framework. Other aspects of the Conceptual Framework (...) flow logically from the objective*», *The Conceptual Framework for Financial Reporting*, OB1. Inoltre nelle *Basis for Conclusions* del capitolo dedicato alle caratteristiche qualitative si sostiene che «*Subsequent chapters will use the qualitative characteristics to help guide choices about recognition, measurement and the other aspects of financial reporting*», *The Conceptual Framework for Financial Reporting*, BC 3.7.

ti. Nel testo dello IAS 1 il caso di deroga ad uno standard deve sempre essere interpretato con riferimento alla finalità del bilancio stabilita dal *framework*, ma la finalità del 1989 è diversa da quella in vigore dal 2010. Nello IAS 8 il riferimento alle caratteristiche qualitative dell'informazione (importate dal *framework*), per orientare lo sviluppo di metodologie contabili in assenza di uno specifico principio, resta inalterato ma le caratteristiche qualitative nel *conceptual framework* del 2010 sono cambiate rispetto al 1989. Non vi è infine più una perfetta corrispondenza tra i criteri previsti nel Regolamento 1606/2002 per valutare i principi contabili da omologare e le finalità e le qualità dell'informazione di bilancio statuite nel nuovo *conceptual framework*. Quello che rimane, senza risentire di incoerenze derivanti dai cambiamenti, è il supporto del documento comunitario del 2003⁽⁴⁷⁾ che risulta di neutra formulazione, ma il testo dell'allegato *framework* del 1989 rappresenta un documento del passato e oramai superato, nonostante abbia dato origine agli attuali IAS/IFRS omologati.

Appare alquanto condivisibile l'invito a sottoporre al vaglio degli organi comunitari il principio contabile internazionale già omologato qualora sia stato modificato il quadro concettuale a cui quel principio si richiama. «Altrimenti operando si potrebbe determinare una disarmonia fra i principi generali alla stregua dei quali viene condotto dagli organi comunitari il giudizio di omologazione che è presupposto per l'ingresso dei principi IAS/IFRS nell'ordinamento giuridico europeo ed i principi generali che, in quanto enunciati nel *Framework*, penetrano in ambito europeo attraverso gli *standards* contabili omologati»⁽⁴⁸⁾. Un possibile intervento risolutivo potrebbe consistere nell'estendere la procedura di omologazione anche al *framework* dei principi contabili internazionali per una sua chiara e incontrovertibile "giuridicizzazione".

Abstract

In the global scenario public regulatory regimes increasingly connect with privates one. As for accounting regulation the EU decided to move from the previous approach based on the accounting directives and use international accounting standards (IAS/IFRS) coming from a private body, the International Accounting Standards Board (IASB). Global accounting standards first established by the private entity, gain binding

(47) V. *supra*, nt. 19.

(48) SCOGNAMIGLIO, *La ricezione dei principi contabili internazionali IAS/IFRS ed il sistema delle fonti del diritto commerciale*, in AA.Vv., *IAS/IFRS. La modernizzazione del diritto contabile in Italia*, cit., p. 71 ss.

force through European recognition based on a complex endorsement procedure. The European accounting regulation includes the endorsed international standards but not the conceptual framework from which they stem from. Based on the importance acknowledged to a theoretical framework for an accounting system, the paper seeks reasons for not considering it and/or for its implicit endorsement in the accounting regulation. The recent revision of the framework, coming from the IASB-FASB joint agreement, casts doubt on the considerations previously made and on the applicability of endorsed, but not aligned, international accounting standards.

PARTE II

PAPERS

Il collegamento negoziale ed il contratto di credito ai consumatori

Antonella Floris, Annarita Freda, Ilenia Rapisarda*
Dottorande di ricerca in Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro nell'Università Ca' Foscari Venezia

SOMMARIO: 1. Premessa. La causa del contratto - 2. (Segue) Tipologie di collegamento negoziale e relativo rilevamento - 3. Un'applicazione del collegamento negoziale. Il mutuo di scopo - 4. I contratti di credito ai consumatori e il collegamento negoziale sotto il vigore della direttiva 87/102/CEE - 5. La nuova disciplina dei contratti di credito collegati - 6. Le clausole di esclusione dell'opponibilità delle eccezioni

1. Premessa. La causa del contratto

Il presente lavoro ha ad oggetto le scelte operate dal legislatore per il caso in cui si accerti un collegamento tra un contratto di credito ed uno di acquisto di beni di consumo, quando il consumatore ottenga credito non dal venditore, bensì da un soggetto terzo, stipulando un autonomo contratto di finanziamento finalizzato all'acquisto⁽¹⁾.

(*) Nonostante lo scritto sia il frutto delle riflessioni comuni delle tre autrici, occasionate da un *workshop* dottorale sulla tematica del collegamento negoziale, in part. i paragrafi 1, 2 e 3 sono stati curati da A. Freda, i paragrafi 4 e 5 da I. Rapisarda con il contributo di studio e ricerca di A. Freda, il par. 6 da A. Floris.

(1) Illuminanti sono, in proposito, le osservazioni di A. D'ADDA, *Collegamento negoziale e inadempimento del venditore nei contratti di credito al consumo*, in *Eur. dir. priv.* 2011, p. 725: «è da tempo acquisito che la scomposizione in due contratti dell'operazione di acquisto a credito del bene di consumo, unitaria quando a finanziare sia la parte che trasferisce il bene o il servizio, potrebbe pregiudicare, specie per il caso di caducazione del contratto principale ovvero di inadempimento del fornitore, il consumatore acquirente: il quale rischia di restare gravato dei propri obblighi nei riguardi del finanziatore, magari non avendo neppure conseguito la disponibilità del bene. Ora, è proprio la disciplina del contratto di credito collegato a dire se ed in che termini la caducazione del contratto di compravendita del bene o di prestazione del servizio al consumatore dispieghi effetto anche sul contratto di finanziamento e viceversa. Nonché, se per il caso di inadempimento del venditore del bene acquistato a credito il consumatore possa attivare rimedi non solo nei riguardi dell'inadempiente, ma altresì del finanziatore; e, più in part., possa legittimamente rifiutare

Le novità normative introdotte in materia di finanziamenti, con riferimento soprattutto agli obblighi di trasparenza verso il consumatore e al rapporto tra intermediario e cliente⁽²⁾, ed una recente pronuncia della Suprema Corte⁽³⁾, ci offrono l'occasione per affrontare diverse questioni: il tema della

l'adempimento dei propri obblighi derivanti dal contratto di finanziamento». È questa, della frantumazione dell'operazione negoziale (cfr. M. GORGONI, *Il credito al consumo*, Milano, 1994, p. 149 ss.) e dei problemi che comporta specie in punto di tutela, una considerazione che si rinviene in tutti i lavori più consapevoli in tema di credito al consumo; tra i primi a riflettere al riguardo G. PIEPOLI, *Il credito al consumo*, Napoli, 1976, p. 84 ss.

(2) Che assume una valenza sempre maggiore, tant'è che il baricentro del sistema si è progressivamente spostato dal "credito al consumo" (con focalizzazione sul bene) al "credito ai consumatori".

(3) Cass., sez. III, 19 luglio 2012, n. 12454, in *Dir e giust.*, 2012, p. 655 ss., con nota di M. VAZZANA. Un soggetto stipulava con una società a responsabilità limitata, un contratto avente ad oggetto la compravendita di un'autovettura. La moglie dell'acquirente, a sua volta, per finanziare l'acquisto dell'auto, stipulava con una società finanziaria un contratto di mutuo. La somma mutuata, infatti, veniva immediatamente destinata alla società venditrice dell'automobile. Quest'ultima, però, non consegnava la vettura venduta e, pertanto, si rendeva inadempiente.

Per tale motivo, i coniugi convenivano dinanzi al Tribunale di Roma la società alienante e la società di prestito, chiedendo non solo che fosse dichiarata la risoluzione di diritto del contratto di compravendita, ma anche che il Tribunale accertasse che nulla era dovuto dalla moglie, a tale titolo, nei confronti della mutuante.

Il Tribunale dichiarava la risoluzione del contratto di vendita per colpa del venditore inadempiente, ma riteneva valide le pattuizioni contenute nel contratto di mutuo concluso dalla donna, ai sensi delle quali ella si impegnava ad effettuare i singoli pagamenti mensili a favore della mutuante anche in caso di inadempienze di qualsiasi genere da parte del fornitore, ivi compresa la mancata consegna del bene.

Proposto gravame, anche la Corte d'Appello rigettava l'impugnazione principale dei coniugi. I giudici territoriali, infatti, non ravvisavano la nullità delle clausole del contratto di mutuo. In altri termini, le stesse non erano vessatorie, ma soprattutto - a dire del giudice di secondo grado - il rapporto tra la donna e la finanziaria era «diverso anche se collegato» a quello di compravendita intervenuto tra l'acquirente e la società.

La Corte di merito, nel rigettare l'appello proposto dai coniugi - il quale era fondato sulla mancata declaratoria di risoluzione, oltre che del contratto di compravendita, anche del contratto di mutuo, per la nullità delle relative clausole, vessatorie e contrarie a buona fede - aveva ritenuto che non potesse condividersi l'assunto degli appellanti, in quanto non si ravvisava la dedotta nullità delle clausole del contratto di mutuo, facendo salva l'obbligazione della mutuataria anche nell'ipotesi di mancata consegna del bene da parte del venditore. Il rapporto di cui si controverteva, infatti, era quello di mutuo, diverso - sebbene collegato - rispetto a quello di compravendita.

I coniugi, non soddisfatti dell'esito del giudizio, proponevano ricorso in Cassazione.

A parere della Suprema Corte, tali conclusioni non erano condivisibili. La Corte d'Appello aveva valutato i due contratti ritenendo l'autonomia del rapporto intercorso fra la mutuataria e la società finanziatrice rispetto a quello relativo al contratto di compravendita, affermando che fosse «diverso sebbene collegato». Nulla aveva detto, invece, circa un potenziale collegamento negoziale rivendicato nella specie dai coniugi.

La Corte di Cassazione, prima di entrare nel merito dei fatti di causa, si soffermava, quindi, sulla nozione di collegamento negoziale ed i suoi requisiti.

Una serie di circostanze - quali lo stretto legame funzionale esistente tra il contratto di compravendita e quello di mutuo destinato a finanziare l'acquisto del veicolo, nonché il

causa e del collegamento negoziale, il mutuo di scopo, i contratti di credito ai consumatori e, infine, le clausole di esclusione della responsabilità.

Prima di ogni altro approfondimento è però indispensabile ricostruire gli elementi costitutivi del collegamento negoziale e la tipologia dei contratti collegati, partendo dal concetto di causa del contratto⁽⁴⁾.

La causa è la ragione pratica del contratto, l'interesse che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare, ed è pertanto alla base del riconoscimento dell'autonomia contrattuale, imponendo di intendere l'atto di autonomia privata nella sua realtà di strumento di finalità pratiche e di valutarlo giuridicamente tenendo conto di tale realtà. La causa costituisce il fondamento della rilevanza giuridica del contratto.

Ricericare l'effettiva funzione pratica del contratto vuol dire, precisamente, ricercare l'interesse concretamente perseguito. Non basta, cioè, verificare se lo schema usato dalle parti sia compatibile con uno dei modelli contrattuali ma occorre ricercare il significato pratico dell'operazione con riguardo a tutte le finalità che, sia pure tacitamente, sono entrate nel contratto. Tenendo conto della causa concreta che il contratto è diretto a realizzare è possibile anzitutto valutare la meritevolezza sociale dell'interesse perseguito. Tale valutazione presuppone infatti che si sia accertato quale interesse o complesso di interessi stanno realmente alla base dell'operazione negoziale.

rapporto di coniugio esistente tra l'acquirente e la mutuataria - rendevano evidente che il contratto di mutuo concluso dalla moglie era stato finalizzato esclusivamente all'acquisto dell'autovettura del coniuge.

Non solo era palese l'esistenza di un collegamento negoziale, ma era altresì chiaro, a detta della Corte, che il contratto di mutuo si atteggiava quale mutuo di scopo in relazione alle previsioni contrattuali che prevedevano la specifica destinazione del finanziamento all'acquisto del veicolo. Ne discendeva che la risoluzione del contratto di compravendita - che comportava il venir meno dello stesso scopo del contratto di mutuo - legittimava il mutuante a richiedere la restituzione della somma non al mutuatario ma, direttamente, al venditore.

Relativamente alla clausola del contratto di mutuo secondo cui la mutuataria si impegnava a consegnare la somma, indipendentemente dalla consegna del bene, la Suprema Corte precisava che, seppur rientra nella libertà negoziale della parti prevedere tali pattuizioni, quella clausola dovesse essere interpretata alla luce dei principi di correttezza e buona fede, quale canone generale e criterio di interpretazione costituzionalmente tutelato e riconosciuto dalla più recente giurisprudenza di legittimità, tenendo presente, da un lato, l'interesse del mutuante che avrebbe avuto la possibilità di ripetere la somma dal venditore al quale la aveva direttamente consegnata e, dall'altro, la condizione del mutuatario che, anche a fronte della mancata consegna del bene, avrebbe dovuto continuare a restituire somme mai percepite ma entrate nella disponibilità del venditore, favorito dalla diretta consegna, da parte del mutuante, della somma, anche senza aver adempiuto all'obbligo della consegna.

Dunque, gli Ermellini accoglievano il ricorso, cassavano la sentenza e rimettevano la causa alla Corte d'Appello di Roma.

(4) Seguendo gli insegnamenti di C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 3. *Il contratto*², 2000, p. 447 ss.

È la causa concreta, ancora, che rileva quale criterio d'interpretazione del contratto. È inoltre alla causa concreta che occorre fare riferimento per qualificare il contratto. Il confronto con i modelli e i criteri di classificazione contrattuale richiede infatti che si accerti preliminarmente quale interesse il contratto è concretamente volto a realizzare. È la causa concreta, poi, che assume il ruolo di criterio di adeguamento del contratto.

È la causa concreta, infine, che permette di accertare il collegamento negoziale e la conseguente connessione della sorte di un contratto alla sorte dell'altro, con riferimento all'operazione economica che i contratti erano complessivamente diretti a conseguire⁽⁵⁾.

Il tema del collegamento negoziale è, da sempre, tra quelli più delicati: sia per la cospicua produzione giurisprudenziale che necessita di essere sottoposta ad attento vaglio critico, sia per la varietà di posizioni prospettate dalla dottrina, tanto in contributi di carattere generale, quanto in contributi relativi allo studio di peculiari aspetti⁽⁶⁾. A ciò si

(5) C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 481 ss. In generale più contratti si dicono collegati quando sussiste tra di essi un nesso di interdipendenza; M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, *Riv. it. sc. giur.*, 1937, p. 275 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale* (voce), in *Enc. dir.*, VII, Milano; F. MESSINEO, *Contratto collegato*, *ivi*, X, p. 48 ss.; N. GASPERONI, *Riv. dir. comm.*, 1955, I, p. 357 ss.; A. VENDITTI, *Giur. civ.*, 1954, I, p. 259 ss.; C. GRASSETTI, *Tem*, 1951, p. 154 ss.; P. TROIANO, *Il collegamento contrattuale volontario*, Roma, 1999; S. ORLANDO CASCIO, C. ARGIROFFI, *Contratti misti e contratti collegati* (voce), in *Enc. giur.*, Roma, IX; G. FERRANDO, *I contratti collegati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, cit., p. 233 ss.; A. RAPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, 1998. In giurisprudenza, si veda Cass., 12 febbraio 1980, n. 1007, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 1537, secondo la quale «le parti nell'esercizio della loro autonomia contrattuale possono dare vita con un solo atto a diversi e distinti contratti che, pur conservando l'individualità propria di ciascun tipo negoziale e pur rimanendo sottoposti alla relativa disciplina, possono tuttavia risultare collegati tra loro, funzionalmente e con rapporto di reciproca dipendenza, in modo che le vicende dell'uno si ripercuotano sugli altri, condizionandone la validità e l'esecuzione».

(6) Tra i lavori tesi ad una prospettazione compiuta e generale del tema, preme segnalare: C. CAMARDI, *Collegamento negoziale e contratto in frode alla legge. Un classico alla prova di esperienze recenti.*, in *Contratti*, 2011, p. 1044 ss.; M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1937, p. 275 ss.; U. NATOLI, *In tema di collegamento funzionale fra contratti*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1943, II, 1, p. 328 ss.; M. VELLANI, *In tema di negozi collegati*, *ivi*, 1951, III, p. 320 ss.; A. VENDITTI, *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, in *Giust. civ.*, 1954, I, p. 259 ss.; N. GASPERONI, *Collegamento e connessione tra negozi*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, p. 357 ss.; F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi* (Contributo alla dottrina del collegamento negoziale), in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 412 ss.; P. SENOFONTE, *In tema di negozi collegati*, in *Dir. giur.*, 1960, p. 273 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale* (voce), in *Enc. dir.*, VII, 1960, p. 375 ss.; G. GANDOLFI, *Sui negozi collegati*, in *Riv. dir. comm.*, 1962, II, p. 342 ss.; F. MESSINEO, *Contratto collegato* (voce), in *Enc. dir.*, X, 1962, p. 48 ss.; A. SCOTTI GALLETTA, *Negozi collegati e negozio di collegamento*, in *Dir. giur.*, 1968, p. 837 ss.; C. DI NANNI, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, p. 279 ss.; G. FERRANDO, *I contratti collegati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, cit., p. 256 ss.; S.O. CASCIO, C. ARGIROFFI, *Contratti misti*

aggiunga il successo che il ricorso a questa tecnica di esercizio dell'autonomia privata ha sempre più incontrato negli anni⁽⁷⁾.

Il collegamento tra contratti si rileva, in generale, «tutte le volte in cui un contratto presenti un certo nesso con un altro contratto»⁽⁸⁾. È ovvio che il nesso che lega i due contratti deve manifestare una qualche rilevanza per il diritto. Sotto tale aspetto, la definizione che più di altre inquadra il fenomeno in esame è quella che identifica il collegamento negoziale quale operazione economica realizzata dai privati attraverso una pluralità di negozi distinti, i quali, pur mantenendo la propria individualità negoziale, sono avvinti da un nesso di reciproca ovvero unilaterale dipendenza, tale per cui le vicende patologiche dell'uno si ripercuotono sull'altro⁽⁹⁾.

e con ratti collegati (voce), in *Enc. giur. Treccani*, 1988, IX; G. FERRANDO, *I contratti collegati*, in *I contratti in generale*, cit., p. 596 ss.; A. RAPPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, 1998; C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999; G. FERRANDO, *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 127 ss.; AA.VV., *Collegamenti negoziali e le forme di tutela*, Milano, 2007. Tra i contributi dottrinari che trattano il tema del collegamento relativamente a specifiche questioni problematiche, v. G. OPPO, *I contratti parasociali*, Milano, 1942; C. DI NANNI, *I negozi collegati nella recente giurisprudenza (note critiche)*, in *Dir. giur.*, 1976, p. 130 ss.; R. CLARIZIA, *Collegamento negoziale e vicende della proprietà. Due profili della locazione finanziaria*, Rimini, 1982; E. GABRIELLI, *Vendita su documenti, Aliud pro alio, revoca del mandato e collegamento negoziale nella vicenda del credito documentario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1985, II, p. 160 ss.; D. CLAPIZ, *Forma dei negozi complementari e collegati*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, II, p. 739 ss.; G. CHINÈ, *Il collegamento contrattuale tra tipicità ed atipicità*, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1095 ss.; A. IZZO, *Il collegamento contrattuale: note in materia civile, arbitrale, internazionale e di conflitti di legge*, in *Nuova giur. civ.*, 1998, II, p. 69 ss.; D. CENNI, *Superamento dello schermo della personalità giuridica, collegamento contrattuale e dintorni*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 1063 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Collegamento negoziale e efficacia della clausola compromissoria: il leasing e altre storie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 1085 ss.; R. COSTI, *I patti parasociali e il collegamento negoziale*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 200 ss.; A. ADDANTE, *Collegamento negoziale e cessione del contratto: riflessioni sul leasing*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 1038 ss.; S. NARDI, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Milano, 2006. FERRANDO, *I contratti collegati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, cit., p. 257 ss., sottolinea come la prima impressione che si ricava da una lettura dei contributi sul tema, nonché delle pronunce giurisprudenziali è di trovarsi al cospetto di una categoria dogmatica dai confini precisi e fondata sul piano concettuale, rivelando tuttavia come tale impressione - ad un approccio più attento - sia destinata a svanire: in realtà, a detta dell'A., la ripetitività delle formule maschera numerose incertezze.

(7) F. FERRANDO, *I contratti collegati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, cit., p. 258 ss., fa riferimento al fiorire, nella prassi, «di nuovi contratti necessari alla crescita di un'economia che da agricola andava evolvendo verso modelli più complessi in cui le direttive del mercato richiedevano forme giuridiche adeguate».

(8) Tale definizione, volutamente generica e provvisoria, è di F. MESSINEO, *Contratto collegato*, cit., p. 48 ss.

(9) In tal senso, *ex plurimis*, Cass., 5 giugno 2007, n. 13164, in *Foro it. Rep.*, 2007, voce

Due sono, quindi, gli elementi caratterizzanti la base del collegamento negoziale: la pluralità di contratti e la connessione intercorrente tra gli stessi⁽¹⁰⁾. A cui si aggiunge, sul piano degli effetti del collegamento, la comunicazione delle vicende patologiche dall'uno all'altro contratto.

Gli aspetti problematici della fattispecie si rivelano numerosi e di non agevole soluzione: le questioni relative alla corretta identificazione degli elementi costitutivi di tale collegamento si intersecano con quelle riguardanti l'individuazione delle diverse tipologie di collegamento, in alcun modo riconducibili ad una categoria unitaria.

Si anticipa che, sostanzialmente, la disciplina dei negozi collegati si gioca su due piani: quello del singolo contratto collegato, che mantiene la propria autonomia disciplinare, e quello derivante dal nesso di funzionalità che lega i contratti, riguardante essenzialmente il problema della trasmissibilità delle vicende patologiche dall'uno all'altro contratto collegato⁽¹¹⁾.

Dall'analisi che segue emergerà un quadro quanto mai variegato e complesso, difficilmente comprimibile all'interno di definizioni di carattere generale, a meno di voler accontentarsi di una ricostruzione teorica dai confini assai incerti e indefiniti⁽¹²⁾.

Contratto in genere, n. 338; Cass., 27 marzo 2007, n. 7524, in *Contratti*, 2008, p. 132 ss., con nota di E. BATTELLI; Cass., 11 giugno 2001, n. 7852, in *Foro it. Rep.*, 2001, voce *Contratto in genere*, n. 240; Cass., 25 agosto 1998, n. 8410, *ivi*, 1998, voce *cit.*, n. 274; Cass., 5 luglio 1991, n. 7415, *ivi*, 1991, voce *cit.*, n. 159; Cass., 17 novembre 1983, n. 6864, *ivi*, 1983, n. 91; Cass., 2 luglio 1981, n. 4291, in *Foro it.*, 1982, I, p. 467 ss.

(10) Così R. SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, *cit.*, p. 375 ss.

(11) A. PIRONTI, Commento a Cass. Civ., sez. III, 10 luglio 2008, n. 18884, in *I Contratti* n.12/2008, *Collegamento negoziale ed autonomia disciplinare dei contratti collegati*, p. 1093 ss.

(12) S.O. CASCIO, C. ARGIROFFI, *Contratti misti*, *cit.*, p. 1, sottolineano come sul piano definitorio per l'interprete sia necessario «procedere con estrema prudenza ed attenzione al fine di evitare, da un lato, la ricostruzione di una figura priva di confini ben delimitati e quindi concretamente inutilizzabile, e, per altro verso, la creazione di forme dottrinarie aprioristiche ed avulse da fattispecie concrete». F. FERRANDO, *I contratti collegati*, in *I contratti in generale*, *cit.*, p. 1910, nel riprendere le osservazioni appena richiamate, rileva come sia ormai diffusa la consapevolezza che le diverse ipotesi di collegamento, come tradizionalmente classificate, «non possano essere utilmente comprese in una nozione unitaria che altrimenti risulterebbe troppo generica e quindi inutilizzabile».

2. (Segue) Tipologie di collegamento negoziale e relativo rilevamento

Il collegamento negoziale, dunque, è ravvisabile ogni qual volta due o più negozi, ciascuno dei quali dotato di una propria autonomia strutturale, siano tra loro connessi in virtù di un legame giuridicamente rilevante, al fine di realizzare uno scopo pratico unitario, altrimenti non perseguibile mediante l'adozione dei singoli schemi contrattuali⁽¹³⁾.

Data la varietà del fenomeno, in dottrina si sono sviluppate diverse classificazioni di varia utilità pratica⁽¹⁴⁾.

La dottrina distingue innanzitutto tra un collegamento unilaterale ed uno bilaterale, a seconda che la relazione di dipendenza si manifesti in maniera unidirezionale ovvero reciproca⁽¹⁵⁾. Si parla di collegamento bilaterale allorché due contratti vengono posti in essere al fine di realizzare una determinata finalità unitaria, possibile soltanto sulla base della combinazione di essi: sicché si realizza una stretta interdipendenza funzionale tra di loro, di modo che, senza l'uno, cade l'altro. Nel collegamento unilaterale, invece, solo uno dei due contratti è condizionato dalle sorti dell'altro, poiché lo presuppone, mentre non accade il contrario (si pensi al rapporto tra negozio accessorio di garanzia e negozio principale)⁽¹⁶⁾.

(13) Cass., 12 gennaio 2006, n. 415; Cass., 27 aprile 1995, n. 4645, in *Giust. civ.*, 96, I, p. 1093 ss.; A. IZZO, *Il collegamento contrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, II, p. 71 ss.; Cfr. Cass., 27 aprile 1995, n. 4645, in *Giust. civ.* 96, I, p. 1093 ss.; Cass., 13 febbraio 1992, n. 1751, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 1076 ss.; Cass., 4 maggio 1989, n. 2065, in *Giust. civ. Mass.*, 1989, fasc. 5; Cass., 17 novembre 1983, n. 6864, in *Giust. civ. Mass.* 1983, fasc. 10; Cass., 25 maggio 1983, n. 3622, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, p. 1359 ss.

F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*¹⁵, Napoli, 2011, p. 821; G. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, cit., p. 58 ss. Sul punto, *ex multis* Cass., 27 luglio 2006, n. 17145. In particolare, la massima della pronuncia in questione così recita: «Il *leasing* finanziario realizza non già un rapporto trilaterale o plurilaterale, bensì un collegamento negoziale tra contratto di *leasing* e contratto di fornitura, quest'ultimo venendo dalla società di *leasing* concluso allo scopo - noto al fornitore - di soddisfare l'interesse del futuro utilizzatore ad acquisire la disponibilità della cosa, con specifica ed autonoma rilevanza di tale causa rispetto a quella parziale dei singoli contratti, dei quali connota la reciproca interdipendenza (si che le vicende dell'uno si ripercuotono sull'altro, condizionandone la validità e l'efficacia), a tale stregua segnandone la distinzione con il negozio "complesso" e con il negozio "misto"».

(14) Per una disamina delle varie forme in cui può manifestarsi il collegamento, cfr., per tutti, F. MESSINEO, *Contratto collegato* (voce), cit., p. 48 ss.

(15) Cass., 5 giugno 2007, n. 13164, in *I Contratti*, 2007, p. 897 ss.

(16) Secondo R. SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, cit., p. 377, la distinzione tra negozi collegati con dipendenza unilaterale e negozi collegati con dipendenza bilaterale assume scarso interesse, valendo soprattutto al «limitato fine di porre in luce che il collegamento può operare altresì in una sola direzione».

Altra distinzione è quella tra collegamento genetico e funzionale: nel primo caso un contratto esercita la propria influenza sul processo di formazione di un altro contratto (ad es. preliminare e definitivo); nel secondo caso il condizionamento tra i due negozi opera in sede di svolgimento del rapporto contrattuale, allorquando, cioè, se ne producono i relativi effetti⁽¹⁷⁾.

Molto più utile si rivela il criterio distintivo tra collegamento necessario, detto anche tipico, e collegamento volontario, detto anche atipico⁽¹⁸⁾, a seconda che esso tragga origine da una previsione normativa o dalla volontà delle parti contrattuali⁽¹⁹⁾. Il connotato peculiare della prima forma di collegamento è dato dalla fisiologica indefettibilità del legame contrattuale

(17) La dottrina maggioritaria ha costantemente rilevato il carattere marginale, ai fini dell'indagine sui contratti collegati, del collegamento genetico, che cessa di avere rilevanza nel momento stesso in cui il negozio collegato viene ad esistenza. Ecco perché il collegamento in senso proprio è solo quello funzionale, incidente sullo svolgimento del contratto collegato. In tale senso, N. MESSINEO, *Contratto collegato*, cit., p. 51 ss.; ma v. pure F. FERRANDO, *I contratti collegati*, in *Nuova gur. civ. comm.*, cit., p. 263, che rileva come la nozione di collegamento genetico si debba ad autorevole dottrina «che intendeva ricondurre ad essa il contratto preliminare, il contratto tipo, quello normativo. Tuttavia, la definizione del collegamento genetico veniva data in negativo, per escludere dall'ambito dei propri interessi un tipo di relazioni tra negozi con caratteristiche del tutto peculiari». Particolarmente critico, sul punto, è F. DI SABATO, *Unità e pluralità*, cit., p. 435, secondo cui la categoria del collegamento genetico «è del tutto priva di contenuto, eccetto che la si voglia ridurre nell'ambito ristretto dei soli casi di contestualità; giacché il fatto che si sia considerato un negozio nel processo formativo di un altro negozio è di per sé irrilevante se non si traduce in un particolare modo di essere del regolamento di interessi compiuto dalle parti. E, se ciò avviene, appare evidente che il collegamento non è genetico, ma funzionale». Di conseguenza, secondo tale A., «il collegamento opera sempre sul rapporto, non sul negozio». G. LENER, *Profili del collegamento*, cit., p. 14 ss., prende tale bipartizione ad esempio per rilevare come un impiego generalizzato del termine collegamento privi tale definizione in sostanza di ogni capacità individuativa, con il rischio di ridurla a connotazione meramente nominale e, più nello specifico, si chiede quale sia l'utilità di ricondurre le ipotesi di nesso genetico al collegamento negoziale, non derivando dalle stesse alcun effetto peculiare.

(18) Si deve a M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici*, cit., p. 327 ss., l'elaborazione - nello studio sulle origini del collegamento funzionale - di tre tipi di collegamento differenti: quello derivante dalla funzione stessa a cui il negozio adempie rispetto all'altro; quello relativo alla circostanza che uno dei due negozi collegati trova la sua causa nell'altro; quello derivante dalla commistione di due elementi, uno obiettivo (attinente alla funzione esplicita in concreto per via del nesso economico o teleologico), l'altro soggettivo (consistente nell'intenzione delle parti di coordinare i vari negozi verso uno scopo comune). F. FERRANDO, *I contratti collegati*, in *Nuova gur. civ. comm.*, cit., p. 263, rivela come tale tripartizione nell'ambito del collegamento funzionale sia stata poi semplificata addivenendo alla distinzione tra collegamento necessario e volontario (v., in tal senso, N. GASPERONI, *Collegamento e connessione*, cit., p. 372).

(19) R. SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1960, VII, p. 375 ss.

imposto dalla legge o dalla natura intrinseca dell'operazione negoziale⁽²⁰⁾. Nel secondo tipo di collegamento, invece, vi è un'unità di interesse e di fine che funge da collante tra contratti che, ove non fosse intervenuta la volontà delle parti a collegarli, avrebbero, comunque, goduto di autonoma esistenza, in virtù della propria identità strutturale e funzionale⁽²¹⁾.

Tale distinzione rispecchia i due principali orientamenti di pensiero sviluppatasi intorno al collegamento⁽²²⁾, quello oggettivo per il quale si è in presenza di un collegamento negoziale allorquando la combinazione di due o più contratti è finalizzata al perseguimento di un risultato economico unitario⁽²³⁾; e quello soggettivo per il quale il fenomeno ricorre

(20) Così G. LENER, *Profili del collegamento*, cit., p. 6. Sul punto, v. pure R. SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, cit., p. 378, secondo cui anche in tale ipotesi la volontà delle parti non può dirsi irrilevante, in quanto «il legame può in linea mediata ricondursi alla autonomia dei privati alla quale compete la scelta in concreto degli strumenti negoziali». Bisogna precisare che, nell'ambito della categoria del collegamento necessario, parte della dottrina riconduce tradizionalmente il collegamento che deriva *ope legis* (in tal senso, per tutti, F. MESSINEO, *Contratto collegato*, cit., p. 49). Tale posizione è stata sottoposta a vaglio critico da più fronti: da un lato, c'è chi ha rilevato come - in presenza di un collegamento *ope legis*, ove il nesso è voluto, previsto ed espressamente regolato dalla norma - si pone un problema essenzialmente normativo di interpretazione della legge (F. DI SABATO, *Unità e pluralità*, cit., p. 428; S.O. CASCIO, C. ARGIROFFI, *Contratti misti*, cit., p. 2); dall'altro lato diversa dottrina sottolinea che, sebbene a fortiori si possa parlare del collegamento *ope legis* quale ipotesi di collegamento necessario, in realtà non v'è chi non veda la totale diversità delle questioni che si pongono, in tal caso, rispetto al collegamento necessario derivante dalla natura dei negozi collegati, tanto più che nelle ipotesi di collegamento normativo può ben dirsi che la volontà delle parti è totalmente irrilevante (G. LENER, *Profili del collegamento*, cit., p. 7 ss.).

(21) A.M. AZZARO, *Contratto e negozio nel frazionamento del rapporto giuridico*, Torino, 2009, p. 206 ss.; Cass., 27 aprile 1995, in *Giur. civ.* 1996, I, p. 1093 ss., con nota di G. CHINÈ, designa come volontario il collegamento che è espressione di autonomia privata in contrapposto al collegamento legale: il collegamento contrattuale può risultare tipizzato legislativamente o può essere espressione dell'autonomia negoziale; in tale ultimo caso si configura come un meccanismo per il cui tramite le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso non per mezzo di un singolo contratto bensì attraverso una pluralità coordinata di contratti, ciascuno dei quali, pur conservando una causa autonoma, è finalizzato ad un regolamento unitario di interessi.

(22) F. CARINGELLA, *Manuale di diritto civile*³, Milano, 2011, p. 582.

(23) Così F. FERRANDO, *I contratti*, in *I contratti in generale*, cit., p. 1910 ss.; v. pure A. VENDITTI, *Appunti*, cit., p. 268 ss. Sempre F. FERRANDO, *I contratti collegati*, cit., p. 262 ss., rilegge in chiave storica la nozione di collegamento occasionale (priva di contenuto tecnico), evidenziando come «nei primi studi comparsi in Italia sui rapporti complessi trovasse consensi la convinzione che il legame tra più prestazioni fosse rilevante solo se capace di avvincerle in un unico contratto. Mentre si riteneva che, in presenza di più contratti, l'eventuale comunanza di scopo economico non determinasse alcuna conseguenza di tipo giuridico». Sulla scorta di ciò, certa giurisprudenza, incorrendo in evidenti equivoci, riteneva applicabile alle fattispecie ricostruite in termini di relazione tra contratti distinti la disciplina del contratto complesso. In tale senso, «il collegamento era privo di effetti e

nel momento in cui tale risultato economico unitario è sorretto da una volontà contrattuale orientata in tal senso⁽²⁴⁾.

Tale dibattito ha visto prevalere la teoria soggettiva, atteso che non è sufficiente l'esistenza di un risultato economico complessivo dato dalla combinazione oggettiva di due o più contratti, ma è altresì necessario

perciò lo si qualificava occasionale». Secondo C. DI NANNI, *Collegamento negoziale*, cit., p. 315 ss., nell'ipotesi di collegamento occasionale «manca la tendenza verso un risultato qualsiasi, sia giuridico che economico, da realizzare attraverso il legame tra i negozi, non coordinati in un sistema coerente, ma solo in maniera accidentale». E tuttavia, occasionalità non vuol dire «che la vicenda si verifica una sola volta e perciò è destinata a non avere rilievo, ma piuttosto che la relazione tra i due negozi non ha alcuna funzione da realizzare se non quella contingente, rappresentata dallo stesso elemento che funge da punto di contatto fra i negozi». Per la giurisprudenza, v. Cass., n. 7524/2007, cit.; Cass., 8 luglio 2004, n. 12567, in *Foro it. Rep.*, 2004, voce *Contratto in genere*, n. 346; Cass., n. 7852/2001, cit., secondo cui «Nel caso di negozi collegati, il collegamento deve ritenersi meramente occasionale, quando le singole dichiarazioni, strutturalmente e funzionalmente autonome, siano solo casualmente riunite, mantenendo l'individualità propria di ciascun tipo negoziale in cui esse si inquadrano, sicché la loro unione non influenza la disciplina dei singoli negozi in cui si sostanziano; il collegamento è invece, funzionale quando i diversi e distinti negozi, conservando l'individualità propria di ciascun tipo negoziale, vengono tuttavia concepiti e voluti come avvinti teleologicamente da un nesso di reciproca interdipendenza, per cui le vicende dell'uno debbano ripercuotersi sull'altro, condizionandone la validità ed efficacia»; Cass., n. 7415/1991, cit.

(24) Tra le tante, v. Cass., 16 marzo 2006, n. 5851, in *Foro it. Rep.*, 2006, voce *Contratto in genere*, n. 325; Cass., 28 luglio 2004, n. 14244, *ivi*, 2004, voce cit., n. 345; Cass., 17 dicembre 2004, n. 23470, *ibidem*, voce cit., n. 287; Cass., 21 luglio 2004, n. 13580, *ibidem*, n. 289; Cass., 23 giugno 2003, n. 9970, *ivi*, 2003, voce cit., n. 245; Cass., 4 settembre 1996, n. 8070, *ivi*, 1996, voce cit., n. 207; Cass., 20 novembre 1992, n. 12401, *ivi*, 1992, voce cit., n. 172; Cass., 10 giugno 1991, n. 6567, *ivi*, 1991, voce cit., n. 160; Cass., 18 aprile 1984, n. 2544, *ivi*, 1984, voce cit., n. 93. In tal senso G. LENER, *Profili del collegamento*, cit., p. 8 ss., il quale dà poi conto di un consolidato orientamento dottrinario nel senso del ridimensionamento dell'elemento soggettivo con riferimento alla struttura dell'operazione posta in essere dalle parti. In ordine, sempre, all'elemento volontaristico come enucleato dalla giurisprudenza, l'A. rivela che «altro è perseguire la realizzazione di un assetto di interessi unitario, altro - come non di rado afferma la giurisprudenza - perseguire la realizzazione di una «funzione unitaria» o di un «fine ulteriore», quasi che un requisito indefettibile del collegamento volontario sia da individuarsi in una funzione complessiva, trascendente quella di ciascuno dei negozi collegati». Infatti, prosegue l'A., «La ricerca di una siffatta funzione «ulteriore», quale nota costante delle ipotesi di collegamento, sembra destinata a rimanere priva di successo». F. FERRANDO, *I contratti collegati*, cit., p. 265 ss.; in tal senso, pure G. LENER, *Profili del collegamento*, cit., p. 18, secondo cui il «ruolo della volontà nella creazione del nesso di dipendenza tra negozi, però, non può essere posto in discussione, una volta chiarito quale sia l'oggetto di detta volontà. In altri termini, non appare contestabile che la base del collegamento, vale a dire la ragione per la quale si costituisce un vincolo di bilaterale o unilaterale dipendenza tra negozi, deve ravvisarsi nell'autonomia privata ed in questo gli orientamenti giurisprudenziali, anche i più lontani nel tempo, colgono nel segno» Altro, tuttavia, per Lener è l'insieme di «indici che consentono di accertare l'esistenza di un collegamento negoziale», essendo su questo piano che si pongono le teorie oggettive tese all'accertamento del nesso tra negozi.

che le parti abbiano voluto, per mezzo di essa, ottenere un risultato che, altrimenti, sulla base dei singoli contratti, non avrebbero potuto perseguire.

Quindi, l'indagine circa l'esistenza e la portata del collegamento va condotta caso per caso avendo riguardo alla volontà di tutti i contraenti, anche se diversi da contratto a contratto, quale risulta dall'operazione economica complessivamente e inscindibilmente posta in essere e dall'intero contesto negoziale⁽²⁵⁾.

Maggiori problemi sorgono, invece, allorquando, nell'intento di enucleare con esattezza l'elemento oggettivo, si deve stabilire quando ricorre un'ipotesi in tal senso⁽²⁶⁾.

Il nodo da sciogliere nasce dalla necessità di individuare un criterio capace di distinguere l'ipotesi di più contratti avvinti da un collegamento negoziale da quelle affini, ma diverse, di contratto unico (complesso o misto)⁽²⁷⁾.

Torna utile applicare a tale scopo il concetto di causa delineato nel precedente paragrafo, enucleando lo scopo in concreto perseguito dalle parti, per discernere con relativa semplicità le ipotesi di collegamento negoziale da quelle di contratto unico, complesso o misto che dir si voglia⁽²⁸⁾.

(25) Cass., SS.UU., 27 marzo 2008, n. 7930, in *Giust. civ.*, 2008, p. 1058 ss.; Cass., SS.UU., 25 novembre 2008, n. 28053.

(26) Coll. Arb., Roma, 2 marzo 1996, in *Riv. arb.*, 1996, p. 393 ss. È evidente che la possibilità di istituire una relazione tra più negozi separati, funzionale ad una più piena e soddisfacente realizzazione degli interessi sottostanti alla pattuizione, rappresenta una manifestazione tipica del principio dell'autonomia privata, «Il collegamento altro non è se non una delle possibili espressioni della libertà di determinare il contenuto dei contratti di cui al primo comma dell'art. 1322 c.c.», precisa F. FERRANDO, *I contratti collegati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, cit., p. 272, ed ivi ampi riferimenti bibliografici; nello stesso senso cfr. altresì A. RAPPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, 1998, p. 10 ss.; in giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 25 luglio 1984, n. 4350, in *Mass. Giust. civ.*, 1984, p. 1446; Cass., 6 settembre 1991, n. 9388, in *Mass. Giust. civ.*, 1991, p.1298; Cass., 27 aprile 1995, n. 4645, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1093; Cass., 25 agosto 1998, n. 8410, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, p. 1763.

L'analisi del fenomeno del collegamento negoziale passa attraverso la disamina di tre fondamentali problematiche, ovvero: 1. l'accertamento della presenza di una pluralità di negozi distinti; 2. la verifica dell'esistenza di un nesso funzionale tra i diversi contratti; 3. la conseguente individuazione degli effetti derivanti dal collegamento. Questa tripartizione, sviluppata in termini impliciti dalla giurisprudenza, è comune in dottrina: cfr. F. FERRANDO, *I contratti collegati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, cit., p. 257; G. CHINÈ, *Il collegamento contrattuale tra tipicità ed atipicità*, in *Giust. civ.*, 1996, p. 1095 ss.; R. MINUTILLO TURTUR, *I negozi collegati*, in *Giust. civ.*, 1987, II, p. 251 ss.

(27) F. CARINGELLA, *op. cit.*, p. 583; F. ROLFI, *La causa come «funzione economico sociale»: tramonto di un idolum tribus?*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1718 ss.

(28) È principio recetto che le parti possono dar vita a «distinti e diversi contratti, contestuali o non contestuali, i quali, pur caratterizzandosi ciascuno in funzione della propria causa, conservando l'individualità propria di ciascun tipo negoziale e rimanendo sottoposti alla relativa disciplina, vengono concepiti e voluti funzionalmente e teleologicamente collegati

Le parti si prefiggono il raggiungimento di un determinato risultato economico unitario e complesso. Consapevoli dell'impossibilità di ottenere quanto programmato attraverso un solo strumento giuridico, decidono di ricorrere ad una serie combinata di atti negoziali indirizzandoli verso l'obiettivo predeterminato. Ciascuno dei singoli contratti manterrà inalterata la propria funzione economico-individuale. L'operazione negoziale complessivamente considerata troverà, invece, la ragione concreta della sua realizzazione proprio in quell'interesse globale che ha costituito la spinta determinativa dell'operazione stessa⁽²⁹⁾.

fra loro e posti in rapporto di reciproca interdipendenza, sì che le vicende dell'uno debbano ripercuotersi sull'altro, condizionandone la validità e l'efficacia», così Cass., 6 settembre 1991, n. 9388, in *Mass. Giust. civ.*, 1991, p. 1298. Come detto, una critica verso l'opportunità di riferirsi ad una nozione generale di collegamento proviene da F. FERRANDO, *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, cit., p. 234 ss.

(29) Secondo questo collaudato schema interpretativo, i singoli contratti che compongono la catena negoziale mantengono la loro individualità ed autonomia, rimanendo così assoggettati alla disciplina del tipo corrispondente. Allo stesso tempo l'elemento qualificante del collegamento volontario, ovvero il nesso funzionale tra i negozi, determina la trasmissione delle vicende patologiche proprie di ciascuno dei contratti (ad esempio nullità, annullamento, risoluzione, recesso) a tutti gli altri che parimenti compongono la medesima catena negoziale. Per tutte v. Cass., 6 settembre 1991, n. 9388, in *Mass. Giust. civ.*, 1991, p. 1298 ss. È fin troppo evidente che questo approccio giurisprudenziale era reso necessario dalla mancanza nell'ordinamento all'epoca vigente di una disciplina generale del collegamento negoziale.

Pertanto vi sono, da un lato, i singoli contratti, regolati dalla volontà delle parti e dalle disposizioni di legge che specificamente li riguardano; dall'altro si colloca la fattispecie di collegamento alla quale si applica la regola espressa dal brocardo *simul stabunt simul cadent*, alla luce della quale può e deve accertarsi se un vizio proprio di uno dei negozi assuma rilevanza anche con riguardo alla catena negoziale unitariamente considerata, ovviamente sempre nel rispetto della comune intenzione dei contraenti. Sul significato da attribuire all'espressione "fattispecie di collegamento" cfr. G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, cit., p. 172 ss.

Da citare al riguardo, la proposta contenuta in P. PERROTTI, *Compravendita e mutuo di scopo: un'ipotesi di collegamento negoziale*, in *Contratti*, 2001, p. 1129 ss. (nota a Cass., 23 aprile 2001, n. 5966): «Su un punto importante, tuttavia, la decisione appare lacunosa. Sarebbe stato infatti opportuno precisare che la disciplina degli effetti del collegamento negoziale deve essere agganciata ad una nozione allargata di corrispettività, basata su una valutazione complessiva dell'operazione commerciale posta in essere dalle parti. Purtroppo questo passaggio logico fondamentale è rimasto inespreso, sostanzialmente assorbito nella meccanica applicazione del principio *simul stabunt simul cadent*. In effetti, in un'altra occasione (Cass., 11 marzo 1981, n. 1389, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, p. 378 ss.), la Cassazione non aveva mancato di evidenziare che «il vincolo di corrispettività tra due o più prestazioni (...) può sussistere anche rispetto a prestazioni scaturenti da contratti strutturalmente autonomi, purché questi siano stati posti dalle parti in un rapporto di collegamento funzionale tale da dare un assetto unitario all'affare». Tuttavia l'argomento venne sviluppato al limitato fine di risolvere (in senso affermativo) la questione della possibilità di sollevare l'*exceptio non adimpleti contractus* all'interno dei contratti collegati.

Ma l'osservazione ha un suo indubbio valore di portata generale, atteso che l'unitarietà

degli interessi sottostanti alla fattispecie di collegamento richiede all'interprete una considerazione complessiva e non frammentaria dei singoli elementi negoziali che la compongono, quasi che si trattasse di un unico contratto. Sotto questo profilo la Cassazione poteva dunque cogliere l'occasione per contribuire ad una chiarificazione sul piano sistematico dell'intera tematica del collegamento.

A ben vedere, infatti, il vincolo di reciprocità, o meglio, di dipendenza funzionale riguarda non solo le prestazioni dovute in base ai singoli negozi ma anche e soprattutto le prestazioni dovute in base alla catena negoziale nel suo insieme, nei limiti segnati dalla volontà delle parti (Cfr. R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 1993, p. 468 ss.; A. RAPPAZZO, *op. cit.*, p. 67 ss.). In altri termini, le prestazioni poste a carico di una delle parti da uno dei frammenti negoziali sono la giustificazione, sia sul piano logico sia sul piano economico, delle prestazioni nascenti dagli altri frammenti della fattispecie di collegamento. Quindi il nesso di interdipendenza prima ancora che tra i contratti sussiste tra le prestazioni dovute in base ai singoli contratti (su questa premessa si innesta il dibattito dottrinale sull'unicità o duplicità della causa della fattispecie di collegamento). Secondo alcuni Autori «ogni catena di contratti considerati collegati è, dal punto di vista logico, un unico contratto»; «il frammento di contratto non ha causa propria. Ciò che si chiama correntemente causa, rispetto al c.d. contratto collegato, è il gruppo di effetti del contratto che consente di far luogo all'inserimento di quel frammento di contratto nel tipo», con la conseguente e coerente conclusione che «la catena contrattuale costituisce un contratto unico» (così R. SACCO, G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 468 ss.). Secondo altri, invece, «nel collegamento negoziale coesistono due cause: quella del singolo frammento contrattuale e quella dell'intera operazione economica (c.d. doppia causa). Quest'ultima si manifesta nell'unitarietà dell'operazione e, soprattutto, nell'inscindibilità dello scopo economico perseguito dalle parti» (A. RAPPAZZO, *op. cit.*, p. 38, cui ulteriormente si rinvia per più ampi riferimenti bibliografici). Questa seconda tesi ha il pregio di cogliere appieno l'essenza del collegamento, che si può sintetizzare nella riconduzione ad un fine unitario di una pluralità di strumenti negoziali, anche nelle ipotesi in cui non si ravvisi, come nel caso di specie, corrispettività *stricto sensu* intesa tra le prestazioni dovute in base ai singoli anelli della catena negoziale.

Il valore aggiunto del collegamento si può ben individuare proprio in questa «corrispettività incrociata», che qualifica il sinallagma funzionale di tutta l'operazione negoziale, anche quando non vi sia coincidenza soggettiva di tutte le parti, atteso che nel collegamento negoziale è essenziale l'unitarietà dell'interesse globalmente perseguito e non anche che i soggetti siano gli stessi in ciascuno dei negozi attraverso i quali l'operazione complessiva si articola (Cfr. Cass., 12 dicembre 1995, n. 12733, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, p. 2014 ss.).

L'esigenza di un maggior rigore logico cede tuttavia il passo ad un atteggiamento pragmatico della giurisprudenza. Ecco perché il delicato problema della corretta individuazione della disciplina da applicare è risolto dalla Cassazione in base all'usuale e talvolta acritico richiamo del principio *simul stabunt simul cadent*, la cui attuazione è modellata ed adattata alle peculiarità del caso concreto, tenendo conto, cioè, degli obiettivi economici perseguiti dalle parti.

Nel caso di specie, il sinallagma funzionale dell'intera operazione negoziale appare irrimediabilmente compromesso, acclarato che la risoluzione consensuale del contratto di compravendita di fatto impedisce il raggiungimento dello scopo pratico sotteso alla erogazione del finanziamento e priva di significato sul piano economico, dal punto di vista del compratore-mutuatario, la dazione della somma ad opera del mutuante. La formulazione di tale principio di diritto, ampiamente condivisibile, si fonda su un'opzione interpretativa consapevolmente rivolta a mettere in luce la reale funzione economica sottostante alla fattispecie di collegamento negoziale posta in essere dalle parti, nel rispetto dell'effettivo

Se, dunque, la causa consiste nella ragione pratica dell'affare, accanto alle singole cause dei negozi che compongono la catena negoziale (cd. cause parziali), dovrà essere individuata una causa posta a fondamento dell'intera attività negoziale (cd. causa complessiva), la quale non potrà essere intesa come una mera sommatoria delle cause parziali, ma quale autonoma fattispecie negoziale con una curvatura atipica ai sensi dell'art. 1322, co. 2, c.c.⁽³⁰⁾.

In altri termini, se ognuna delle cd. cause parziali ha il suo referente nel singolo contratto, tipico o atipico che sia, anche la causa complessiva avrà il proprio referente in una fattispecie complessiva che, in quanto risultante dalla combinazione dei singoli contratti - e non essendo tipizzata dal legislatore - andrà necessariamente qualificata in termini di atipicità⁽³¹⁾.

Ruolo fondamentale assume così l'assetto unitario di interessi cui il collegamento è finalizzato e che connota il contratto collegato e lo differenzia dai singoli frammenti che lo compongono.

intento pratico perseguito dai contraenti. In questa prospettiva la sentenza assume allora il significato di una scelta netta e chiara, di una vera e propria presa di posizione nel senso del superamento di una visione formale ed atomistica della realtà contrattuale (nella stessa prospettiva si colloca F. FERRANDO, *I contratti collegati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, cit., p. 260: «Nella sua intuizione fondamentale, la teoria del collegamento esprime l'esigenza di superare una concezione puramente formale del contratto. Con la nozione di collegamento si intende dare rilievo alla funzione, allo scopo pratico che le parti intendono realizzare con l'impiego di distinti (ma collegati) schemi contrattuali. L'attenzione si sposta così dalla struttura, alla funzione dei contratti». La stessa Autrice ha anche sottolineato, in un successivo contributo (*Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, p. 245 ss.), l'importanza che in questa precisa direzione hanno assunto alcuni recenti interventi legislativi, segnatamente in materia di credito al consumo e di disciplina dei contratti con i consumatori. Cfr. anche G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, cit., p. 217 ss. Anche la più recente giurisprudenza di merito è orientata nel medesimo senso: v. Pret. Roma, 23 gennaio 1998, in *Temi romana*, 1998, p. 867 ss., con nota di C. DE MARI; Trib. Milano, 22 aprile 1996, in *Nuovo dir.*, 1997, p. 345 ss., con nota di V. SANTARSIERE, e in *Foro pad.*, 1997, I, p. 253 ss., con nota di G. STUMPO).».

(30) F. CARINGELLA, *Manuale*, cit., p. 583; senza pretese di esaustività, si segnalano le seguenti opere in tema di causa: G. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955; C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 452 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 370 ss.; G. ALPA, *L'uso giurisprudenziale della causa nel contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, II, p. 1 ss.; M. GIORGIANNI, *Causa (voce)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 547 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2001, p. 787 ss.; R. SACCO, *La causa*, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino, 2000, p. 319 ss.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, v. II, t. I, Padova 1999, p. 188 ss.; F. ROLFI, *Sulla causa dei contratti atipici a titolo gratuito*, in *Corr. giur.* 2003, p. 44 ss. C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 452 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 370 ss.; in giurisprudenza, cfr., per tutte, Cass., 19 ottobre 1998, n. 10332, in *Contratti*, 1999, p. 717 ss.; Cass., 6 agosto 1997, n. 7266, in *Corr. giur.*, 1998, p. 80 ss.; Cass., 26 gennaio 1995, n. 975, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 662 ss.; Cass., SS.UU., 11 gennaio 1973, n. 68, in *Giust. civ.* 1973, I, p. 603 ss.

(31) A. LUMINOSO, *I contratti tipici ed atipici*, in *Tratt. Iudica, Zatti*, Milano 1995, p. 742.

Si può quindi dire che le parti, attraverso il collegamento, pongono in essere una fattispecie ulteriore e diversa rispetto a quella risultante dai singoli contratti autonomamente considerati⁽³²⁾.

Pertanto, se il contratto misto rileva a livello di fattispecie, cioè di individuazione del tipo, risultante dalla fusione di frammenti di schemi tipici diversi⁽³³⁾, il collegamento negoziale rileva a livello funzionale, ponendo in relazione e influenzando i rapporti giuridici che nascono dai singoli contratti, i quali sono e restano tipologicamente e causalmente autonomi e diversi⁽³⁴⁾.

E tuttavia, secondo l'orientamento prevalente nella giurisprudenza di legittimità, in virtù del collegamento, le sorti dei contratti appartenenti alla catena negoziale verrebbero ad essere legate da un nesso di reciproca dipendenza: sicché le vicende relative alla validità, efficacia ed esecuzione di uno di essi si ripercuoterebbero in maniera speculare sull'intera fattispecie, secondo il noto brocardo *simul stabunt simul cadent*⁽³⁵⁾.

(32) E.FOSCATO, *Causa unitaria nell'ambito dell'operazione di leasing finanziario e tutela dell'utilizzatore: una svolta della Cassazione?* Argomenti-Leasing, *I Contratti* n. 4/2007, p. 374 ss.

(33) In tal senso, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2001, p. 800. Ma v. pure C. DI NANNI, *Collegamento negoziale*, cit., a mente del quale il contratto misto ricorre «quando si utilizzano singole parti di schemi negoziali tipici per formare un unico negozio idoneo a disciplinare una situazione atipica»; al contrario, il contratto complesso ricorre «allorché i contraenti vogliono attuare un regolamento di contenuto più ampio di quello dei singoli tipi legislativamente previsti, sicché realizzano la fusione di più negozi tipici in uno solo, appunto a contenuto complesso, stante l'indissolubilità dell'elemento causale».

(34) Cass., SS.UU., 27 marzo 2008, n. 7930; in precedenza, Cass., n. 7074/2006.

(35) Anche in Cass., 19 luglio 2012, n. 12454 la Corte di legittimità ha confermato tale approdo statuendo che «il collegamento negoziale, espressione dell'autonomia contrattuale prevista dall'art. 1322 c.c., è un meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico complesso, che viene realizzato, non attraverso un autonomo e nuovo contratto, ma attraverso una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma, anche se ciascuno è concepito, funzionalmente e teleologicamente, come collegato con gli altri, cosicché le vicende che investono un contratto possono ripercuotersi sull'altro. Ciò che vuol dire che, pur conservando una loro causa autonoma, i diversi contratti legati dal loro collegamento funzionale sono finalizzati ad un unico regolamento dei reciproci interessi. Perché possa configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico, che impone la considerazione unitaria della fattispecie, sono necessari due requisiti. Il primo è quello oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi, finalizzati alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario. Il secondo è quello soggettivo, costituito dal comune intento pratico delle parti di volere, non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, che ne trascende gli effetti tipici e che assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale».

V. anche Cass., 10 luglio 2008, n. 18884; Cass., 17 maggio 2010, n. 11974; Cass., 16 marzo 2006, n. 5851. Nella sua ricostruzione più attendibile, (contenuta in Cass., 24 maggio 2003,

3. Un'applicazione del collegamento negoziale. Il mutuo di scopo

Nella motivazione della sentenza della Cassazione 19 luglio 2012, n. 12454, che ha dato spunto alle presenti riflessioni (v. nota 3 e 35), si legge che la Corte di merito, nell'affermare l'autonomia dei due rapporti, quello di compravendita e quello di mutuo «diverso sebbene collegato», non aveva considerato, né messo in rilievo le seguenti circostanze: lo stretto legame funzionale esistente fra il contratto di compravendita e quello di mutuo destinato a finanziare l'acquisto del veicolo oggetto della compravendita; che le trattative per la concessione del mutuo erano state condotte all'interno dei locali della venditrice dell'autovettura; la qualità delle parti, coniugi; la destinazione immediata della somma

n. 8253), il collegamento negoziale si riduce ad un nesso di correlazione funzionale di due o più contratti che rileva soltanto sul versante dell'efficacia dei singoli negozi mediante il meccanismo della propagazione delle cause di invalidità da un contratto agli altri collegati. Secondo questa accezione tecnica di collegamento, si ha collegamento funzionale, quindi, quando i distinti e diversi negozi cui le parti danno vita nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, pur conservando l'individualità propria di ciascun tipo negoziale, vengano tuttavia concepiti e voluti come avvinti teleologicamente da un nesso di reciproca interdipendenza, sì che le vicende dell'uno debbano ripercuotersi sull'altro, condizionandone la validità e l'efficacia: principio ben riassunto dal brocardo latino *simul stabunt, simul cadent* e recepito anche da Cass., 17 novembre 1983, n. 6864 e Cass., 27 aprile 1995, n. 4645.

Così pure Cass., 21 gennaio 2005, n. 1273 secondo cui «I canoni ermeneutici enucleati da dottrina e giurisprudenza (non sempre consonanti) in *subiecta* materia hanno da sempre affrontato la peculiare problematica dell'armonizzazione di un dato socio-economico unitario e di un dato giuridico plurimo. Anche in tema di negozi collegati, si è riproposto l'antico schema dualistico tra criterio soggettivo d'interpretazione (i negozi collegati in base alla ricostruzione della volontà delle parti) e criterio oggettivo (il collegamento negoziale ricostruito in funzione del legame tra le varie funzioni economico-sociali dei diversi negozi), senza che sia mancata la proposta, secondo altra parte della dottrina, di sorta di criterio sintetico tra i due orientamenti, che tenga conto sia dell'elemento soggettivo che di quello oggettivo (orientamento accolto, peraltro, da parte della giurisprudenza della S.C.: Cass., n.12401/1992). La giurisprudenza di legittimità si mostra per lo più concorde nel tener distinti i piani economico e giuridico del fenomeno del collegamento: pur essendo sostanzialmente unitario l'aspetto e l'interesse economico sotteso all'intera operazione, i singoli negozi restano, dunque, pur sempre autonomi, ed autonomamente forniti della propria rispettiva causa, il che induce una dottrina più recente a sostenere che, nei contratti collegati, vada necessariamente identificata tanto la causa parziale dei singoli contratti, quanto la causa complessiva dell'operazione, ciò che sposta il problema del collegamento dal piano strutturale a quello effettuale, sotto il profilo dell'applicabilità delle regole della nullità parziale e dell'eccezione di inadempimento. Criterio guida della giurisprudenza di questa Corte può, ad ogni buon conto, dirsi quello del *simul stabunt simul cadent*, ed oggi, con ogni probabilità, proprio l'art. 1469-ter fornisce la base normativa sinora mancante per il definitivo riconoscimento del fenomeno del collegamento negoziale come istituto giuridico e non soltanto fenomeno economico, poichè, con riferimento alla clausola vessatoria, il "significativo squilibrio di una clausola" va valutato avuto riguardo "all'operazione complessiva" il che consente l'estensione della regola ermeneutica di cui all'art. 1363 a tutte le fattispecie di collegamento ritenute tali dall'interprete».

mutuata alla società venditrice dell'autovettura. Tali circostanze, se complessivamente considerate, avrebbero reso evidente che il contratto di mutuo era finalizzato soltanto all'acquisto del veicolo del coniuge, e che pertanto i due contratti erano da ritenersi collegati.

In questo contesto, la Corte di Cassazione riteneva che il contratto di mutuo si atteggiasse in particolare, e in relazione alle concrete previsioni contrattuali quale "mutuo di scopo".

Il mutuo di scopo è caratterizzato dalla consegna al mutuatario di somme di denaro od altre cose fungibili allo scopo esclusivo di raggiungere una determinata finalità espressamente inserita nel sinallagma contrattuale. In quel caso, infatti, su delega della mutuataria, la somma era stata versata direttamente al venditore dell'auto.

La Corte di legittimità si era già pronunciata in analoghe circostanze⁽³⁶⁾, enunciando il principio per il quale, nell'ipotesi di contratto di mutuo, in cui sia previsto lo scopo del reimpiego della somma mutuata per l'acquisto di un determinato bene, sussiste il collegamento negoziale tra tali contratti (di compravendita e di mutuo), per cui il mutuatario è obbligato all'utilizzazione della somma mutuata per la prevista acquisizione⁽³⁷⁾.

Da ciò deriva che della somma concessa in mutuo beneficia il venditore del bene, con la conseguenza che la risoluzione della compravendita del bene - che importa il venir meno dello stesso scopo del contratto di mutuo - legittima il mutuante a richiedere la restituzione della somma mutuata, non al mutuatario, ma direttamente ed esclusivamente al venditore⁽³⁸⁾.

Ancora con riferimento al mutuo di scopo la Suprema Corte ha affermato in una precedente decisione e con dovizia di argomenti che «per stabilire se ricorra un collegamento negoziale occorre rifarsi alla volontà delle parti e ricercare, oltre i diversi schemi negoziali, ognuno perfetto in sé e produttivo dei suoi effetti e, pertanto almeno in apparenza indipendente, se ricorra un collegamento specifico, per cui gli effetti dei vari negozi si coordinino per l'adempimento di una funzione unica; ... se si possa individuare una funzione della fattispecie negoziale considerata nel suo complesso, per cui le vicende di ciascuno di essi siano variamente legate dall'esistenza ed alla sorte dell'altro.... Il collegamento deve dipendere dalla genesi, cioè dalla circostanza che uno dei due negozi trovi la sua causa in un rapporto scaturito dall'altro; dalla funzione, cui un negozio adempie rispetto all'altro; dall'intento specifico e particolare

(36) V. da ultimo Cass., 16 febbraio 2010, n. 3589

(37) C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, 1999, p. 214 ss.

(38) Cass., 19 maggio 2003, n. 7773; Cass., 23 aprile 2001, n. 5966; Cass., 21 luglio 1998, n. 7116; Cass., 20 gennaio 1994, n. 474.

delle parti di coordinare i negozi, instaurando tra di essi una connessione teleologica. In particolare, non si ignora lo specifico collegamento negoziale cui dà luogo il cosiddetto contratto di mutuo di scopo, o di finanziamento finalizzato, in cui, accanto alla causa genericamente creditizia, acquista rilievo il motivo specifico per il quale il credito viene concesso, di modo che il contratto si funzionalizza; ... l'impiego del capitale entra a far parte del regolamento contrattuale, di modo che ... un tale impegno interviene nel sinallagma contrattuale»⁽³⁹⁾.

Sulle medesime posizioni si attesta ora anche la più recente giurisprudenza di merito sul collegamento negoziale tra vendita e finanziamento⁽⁴⁰⁾. Questa estensione è possibile poiché il mutuo di scopo è oggi

(39) Cass., 28 luglio 2004, n. 14244; v. anche Cass., 8 luglio 2004, n. 12567, secondo cui « affinché possa configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico non è sufficiente un nesso occasionale tra i negozi, ma è necessario che il collegamento dipenda dalla genesi stessa del rapporto, dalla circostanza cioè che uno dei due negozi trovi la propria causa (e non il semplice motivo) nell'altro, nonché dall'intento specifico e particolare delle parti di coordinare i due negozi, instaurando tra di essi una connessione teleologica, soltanto se la volontà di collegamento si sia obiettivata nel contenuto dei diversi negozi potendosi ritenere che entrambi o uno di essi, secondo la reale intenzione dei contraenti, siano destinati a subire le ripercussioni delle vicende dell'altro. (Enunciando, in fattispecie di mutuo utilizzato per ripropendere il prezzo dell'acquisto di un veicolo, il principio di cui in massima, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza del giudice di merito, di accoglimento dell'opposizione del mutuatario, che aveva rifiutato il pagamento, ingiuntogli, di pagare le rate di mutuo perché l'autovettura non gli era stata consegnata dal venditore, essendo con ciò venuta meno la ragione del finanziamento. La Suprema Corte ha in part. escluso che la configurabilità di un mutuo di scopo derivasse dal semplice fatto della qualificazione del mutuo in termini di prestito al consumo e dalla circostanza dell'avvenuto versamento della somma dalla banca al venditore su delega irrevocabile del mutuatario; e ciò, tanto più in presenza di una clausola contrattuale che espressamente limitava il ruolo della banca alla erogazione del credito e che riconosceva la "totale estraneità" di essa "al rapporto commerciale con il venditore ed a qualsiasi altro rapporto ad esso collegato, sussistente con terzi")»; sui requisiti del collegamento negoziale cfr.: Cass., 23 giugno 2003, n. 9970; Cass., 16 maggio 2003, n. 7640; Cass., 24 maggio 2003, n. 8253, «Il collegamento negoziale volontario, consentito dall'art. 1322 c.c., è una tecnica che attua il fenomeno della coesistenza di cause, in quanto alla causa dei singoli contratti, inalterati nella loro individualità e soggetti alla disciplina del rispettivo tipo, altra se ne aggiunge, costituita dall'assetto economico globale, ed alla cui realizzazione essi sono preordinati, siccome interdipendenti dal punto di vista funzionale. Ciò comporta la riverzione reciproca o unilaterale degli effetti dell'un contratto sull'altro o gli altri, condizionandone l'esecuzione, l'efficacia e la validità, rendendo inoltre possibile la proposizione dell'eccezione di inadempimento in relazione a prestazioni dei contratti collegati. L'accertamento del collegamento negoziale, che può risultare anche da volontà tacita e coinvolge un'indagine di merito soggetta ai normali criteri ermeneutici, estesa al contenuto dei singoli contratti ed indirizzata ad accertare l'esistenza di una causa unica o ulteriore, è sindacabile in sede di legittimità entro i limiti della sufficienza e logicità della motivazione».

(40) Sul tema si segnala la decisione dell'Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Napoli, n. 1054 dell'11 ottobre 2010, secondo cui «giovà anzitutto puntualizzare che, nella vicenda in esame, l'azione di risoluzione si basa sul principio (invero sostanzialmente pacifico - v., per esempio, Cass., 24 maggio 2003, n. 8253; Cass., 28 giugno 2001, n. 8844; Cass., 14 gennaio 1998, n. 271 -), secondo cui, in presenza di più contratti fra loro

il contratto di finanziamento più diffuso tra gli operatori del settore del credito finalizzato⁽⁴¹⁾.

collegati, lo scioglimento di uno di essi riverbera i suoi effetti sull'altro che, rimasto privo di causa, diviene inefficace, se non inutile. Ciò posto, ritiene il Collegio di trovarsi dinanzi ad un'operazione trilaterale tale da configurare un'ipotesi di collegamento negoziale, come si desume: dalla preesistenza, tra il venditore e l'intermediario, di una convenzione destinata a promuovere un numero indeterminato di contratti di vendita e di finanziamento; dal fatto che la realizzazione di tale obiettivo sia avvenuta grazie alla cooperazione di ciascuna parte nella formazione od esecuzione del contratto di cui era parte l'altra: in part., il venditore ha rappresentato all'acquirente le condizioni del finanziamento, ha acquisito gli elementi necessari per la valutazione della solvibilità di questi e ne ha curato l'identificazione al momento della sottoscrizione della proposta di finanziamento; l'intermediario, dal canto suo, in quanto a ciò debitamente autorizzato dall'acquirente (v. art. 1 delle Condizioni contrattuali comuni), ha provveduto a versare l'importo finanziato direttamente nelle mani del venditore, dando in tal modo attuazione allo scopo del mutuo; dall'indicazione, nel contratto di finanziamento, dello scopo per il quale esso veniva erogato e dalla descrizione del bene acquistato. Le circostanze appena catalogate dimostrano, dunque, l'esistenza di una specifica connessione, non occasionale, ma strutturale e teleologica, tra il contratto di vendita e quello di finanziamento, i quali risultano coordinati dalle parti - fin dal momento della loro previsione nell'ambito del rapporto di collaborazione tra venditore ed intermediario, quindi nella fase di formazione e, infine, in corso di esecuzione - in vista del conseguimento di una funzione unitaria, ascrivibile alla fattispecie negoziale complessivamente considerata e sovrastante le cause dei singoli tipi di cui l'operazione è composta, sicché le vicende o la disciplina di ciascun negozio sono variamente destinate a ripercuotersi sull'altro, condizionandone la validità e l'efficacia»; Trib. Firenze, 30 maggio 2007, in *Contratti*, 2008, p. 261 ss. Nella fattispecie, peraltro, l'autonomia tra i due negozi, suffragata dalla clausola d'inopponibilità al mutuatario delle eccezioni relative al contratto di vendita, è stata privata di fondamento con la declaratoria di nullità della clausola in quanto abusiva.

(41) La dottrina in materia di contratti collegati è assai vasta. Tra la meno recente si segnalano, oltre ai già citati, U. NATOLI, *In tema di collegamento funzionale tra contratti*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1946, II, p. 328 ss.; Id., *In tema di negozi collegati*, ivi, 1951, III, p. 320 ss.; A. SCOTTI GALLETTA, *Negozi collegati e negozio di collegamento*, in *Dir. e giur.*, 1968, p. 837 ss.; M.R. SPALLAROSSA, *Contratti collegati e giudizio di buona fede*, in *Giur. merito*, 1972, p. 149 ss.; F. FERRANDO, *Criteri obiettivi e «mistica della volontà» in tema di collegamento negoziale*, in *Foro pad.*, 1974, I, p. 339 ss.; G. CASTIGLIA, *Negozi collegati in funzione di scambio*, ivi, 1979, II, p. 402 ss. Più di recente R. CLARIZIA, *Collegamento negoziale e vicende della proprietà*, 1982; G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, 1983; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato Cicu e Messineo*, 1988, p. 93 ss.

La tesi della risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta a seguito della risoluzione per inadempimento di quello ad esso collegato, è stata sostenuta da N. DI SABATO, *op. cit.*, p. 438, il quale segnalava che pur essendo giuridicamente coerente che la risoluzione dell'uno travolga il negozio collegato, non sarebbe altrettanto «esatto estendere la stessa causa all'altro contratto». Di «inutilità» del negozio in conseguenza dell'inadempimento di quello ad esso collegato, parla G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, 1983, p. 207 ss.

4. I contratti di credito ai consumatori e il collegamento negoziale sotto il vigore della direttiva n. 87/102/CEE

Per lungo tempo oggetto di esclusiva elaborazione dottrinarica e giurisprudenziale, la fattispecie del collegamento negoziale per la prima volta giunge ad essere oggetto di riconoscimento normativo nella disciplina del credito ai consumatori⁽⁴²⁾.

Il dibattito, infatti, si era incentrato sulla rilevanza giuridica che potesse assumere il collegamento tra il contratto di credito e il contratto per la fornitura del bene o del servizio, tutte le volte in cui il consumatore avesse stipulato il contratto di credito allo scopo principale di procurarsi i mezzi finanziari necessari per pagare il corrispettivo di un bene o di un servizio. Solo considerando tale fattispecie come giuridicamente unitaria, la letteratura giuridica era riuscita a garantire, già allora, un'effettiva tutela al consumatore, stante il diretto riflesso dell'inadempimento del fornitore sull'adempimento del debitore riguardante il pagamento delle rate dovute al finanziatore⁽⁴³⁾.

Tuttavia, prima di procedere all'analisi dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale sul tema, è opportuno fare un passo indietro e sinteticamente prendere in considerazione il fenomeno del credito ai consumatori, al fine di poter poi adeguatamente mettere in risalto l'importanza di alcune di tali scelte normative.

Dal punto di vista economico, il credito ai consumatori rappresenta un fondamentale canale di finanziamento tramite cui la domanda di beni, soprattutto di beni c.d. "durevoli" (mezzi di trasporto, elettrodomestici, computer, ecc.) riceve soddisfazione oltre il reddito a disposizione del richiedente mediante differimento temporale dei pagamenti. Se, dunque, dal punto di vista della funzione economico-sociale esso è tributario della

(42) Il quadro normativo di riferimento si presenta alquanto articolato: alla direttiva n. 87/102/CEE (poi modificata dalle direttive nn. 90/88/CEE e 98/7/CEE) il legislatore nazionale ha dato attuazione con la legge 142/1992, le cui norme sono poi confluite negli artt. 121-128-bis del d.lgs. n. 385/1993, recante il testo unico delle disposizioni in materia bancaria e creditizia (t.u.b.), e negli artt. 40-42 cod. cons. Da ultimo, in realtà, la materia è stata ulteriormente rimaneggiata con il d.lgs. n. 141/2010, emanato in attuazione della dir. n. 08/48/CE, che ha sostituito la dir. n. 87/102 (per un'analisi della portata delle recenti modifiche v. *infra*, par. 5).

(43) Hanno affrontato *ante litteram* il tema del collegamento negoziale nel credito al consumo: G. PIEPOLI, *op. cit.*, p. 148 ss.; D. SINESIO, *Il credito al consumo (problemi e prospettive nella realtà italiana)*, in *Studi sen.*, 1980, p. 345 ss.; M. BESSONE, *Mercato del credito, credito al consumo, tutela del consumatore*, in *Foro it.*, 1980, V, c. 8 ss.; G. ALPA, *Il diritto privato dei consumi*, Bologna, 1986; M. GORGONI, *Il credito al consumo*, Milano, 1994, p. 187 ss. In senso critico v. D. LA ROCCA, *Credito al consumo e sistema dei finanziamenti*, in *Pol. dir.*, 1980, p. 429 ss.

tradizionale vendita con patto di riservato dominio o vendita a rate, dal punto di vista strutturale, si configura certamente come operazione più sofisticata. A seguito, infatti, della crescita dei consumi per effetto di una sempre più elevata propensione all'indebitamento, l'erogazione del credito - non più alla portata del venditore in ragione dei crescenti volumi di finanziamento richiesti - viene fornita da un terzo specializzato nell'ambito della propria attività d'impresa (ad es. banche ed istituti finanziari)⁽⁴⁴⁾.

Il passaggio da un rapporto bilaterale ad uno trilaterale comporta, da un lato, l'assunzione delle peculiarità proprie della contrattazione d'impresa (come l'uso di condizioni generali di contratto); dall'altro, la duplicazione dei negozi, entrambi volti, tuttavia, a realizzare un unitario risultato economico. Da tutto ciò ne deriva, in assenza di una specifica normativa, per un verso l'impossibilità per il debitore di opporre al finanziatore le eccezioni inerenti al contratto di compravendita, per altro verso il sostanziale aggiramento delle norme sulla vendita con riserva di proprietà⁽⁴⁵⁾.

Questa, dunque, la situazione prima dell'emanazione della direttiva del 1987⁽⁴⁶⁾, a seguito della quale il legislatore italiano fornisce, anzitutto, una definizione ampia di credito ai consumatori, descritto all'art. 121, co. 1, t.u.b., come «concessione, nell'esercizio di un'attività commerciale o professionale, di credito sotto forma di dilazione di pagamento, di finanziamento o di altra analoga facilitazione finanziaria a favore di una persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta (consumatore)⁽⁴⁷⁾».

(44) Per queste considerazioni, v. S. MAZZAMUTO, *Il credito al consumo*, in *Il contratto di diritto europeo*, Milano, 2012, p. 357 ss.

(45) Ciò in quanto non sono esperibili i rimedi sanciti dagli artt. 1525 e 1526 c.c. In tal senso v. S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 358; G.L. CARRIERO, *Credito al consumo e inadempimento del venditore*, in *Foro it.*, 2007, c. 590 ss. Sull'operazione giuridico-economica di credito al consumo v. anche G. PIGNATARO, *Il credito al consumo*, in *La tutela del consumatore* a cura di Stanzone e Musio, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Bessone, XXX, Torino, 2009, p. 211 ss., spec. p. 234.

(46) Per un'analisi delle modalità di recepimento della direttiva sul credito al consumo cfr., *ex multis*, G. ALPA, *L'attuazione della direttiva sul credito al consumo*, in *Contr. e impr.*, 1994, p. 6 ss.; G. DE NOVA *L'attuazione in Italia delle direttive comunitarie sul credito al consumo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 905 ss.; P. GAGGERO, *Diritto comunitario e disposizioni interne in materia di credito al consumo*, in *Contr. impr.*, 1996, p. 622; AA.VV., *La disciplina comunitaria del credito al consumo*, a cura di F. CAPRIGLIONE, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, n. 15, luglio 1987; G. OPPO, *La direttiva comunitaria sul credito al consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 542 e ss.; A. TIDU, *Il recepimento della normativa comunitaria sul credito al consumo (l. 19.2.1992, n. 142, artt. 18-24)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, I, p. 403 ss.; R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012, p. 482 ss.

(47) Data l'ampiezza di tale nozione è possibile certamente ricondurre alla relativa

In secondo luogo, ed è ciò che maggiormente rileva ai nostri fini, il legislatore comunitario con l'art. 11⁽⁴⁸⁾, ha introdotto uno strumento di tutela volto a realizzare una distribuzione del rischio contrattuale tra le diverse parti dell'operazione economica coerente con il suo sinallagma funzionale, cercando così di rimediare ai suddetti inconvenienti derivanti dalla scomposizione del rapporto.

La norma in questione è stata puntualmente riprodotta nell'art. 125, co. 4 e 5, t.u.b., poi integralmente trasfuso nell'art. 42 cod. cons.⁽⁴⁹⁾, unica disposizione (prima delle successive modifiche introdotte nel 2010) improntata più apertamente alla logica del collegamento negoziale. Nel riconoscere al consumatore «nei casi di inadempimento del fornitore di beni e servizi» l'ambiguo «diritto di agire contro il finanziatore nei limiti del credito concesso», ma soltanto dopo aver «effettuato inutilmente la costituzione in mora» e purché «vi sia un accordo che attribuisce al finanziatore l'esclusiva per la concessione di credito ai clienti del fornitore», il legislatore ha, dunque, cercato di tutelare la posizione di

disciplina fattispecie contrattuali eterogenee miranti nella sostanza al finanziamento del consumatore, posto che la norma in questione non delinea uno schema contrattuale unitario, bensì, per usare le parole di S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 371, «una vera e propria causa di credito al consumo». Dunque, anche il mutuo di scopo rientra certamente tra le possibili fattispecie negoziali del contratto di credito al consumo.

(48) L'art. 11 della direttiva n. 83/2011/CEE, così recita: «1. Gli Stati membri provvedono affinché l'esistenza di un contratto di credito non pregiudichi in alcun modo i diritti del consumatore nei confronti del fornitore di beni o di servizi acquisiti in base a tale contratto qualora i beni o servizi non siano forniti o non siano comunque conformi al contratto di fornitura.

2. Quando:

a) per l'acquisto di beni o la fornitura di servizi il consumatore conclude un contratto di credito con una persona diversa dal fornitore, e

b) tra il creditore e il fornitore dei beni o dei servizi esiste un precedente accordo in base al quale il credito è messo esclusivamente da quel creditore a disposizione dei clienti di quel fornitore per l'acquisto di merci o di servizi di tale fornitore, e

c) il consumatore di cui alla lettera a) ottiene il credito in conformità al precedente accordo,

d) i beni o i servizi considerati dal contratto di credito non sono forniti o sono forniti soltanto in parte, o non sono conformi al relativo contratto di fornitura, e

e) il consumatore ha proceduto contro il fornitore, ma non ha ottenuto la soddisfazione cui aveva diritto, il consumatore ha il diritto di procedere contro il creditore.

Gli Stati membri stabiliranno entro quali limiti e a quali condizioni il diritto è esercitabile.

3. Il paragrafo 2 non è applicabile quando la singola operazione è di un valore inferiore a un importo pari a 200 ECU.»

(49) Art. 42 del cod. cons. recita testualmente: «Nei casi di inadempimento del fornitore di beni e servizi, il consumatore che abbia effettuato inutilmente la costituzione in mora ha diritto di agire contro il finanziatore nei limiti del credito concesso, a condizione che vi sia un accordo che attribuisce al finanziatore l'esclusiva per la concessione di credito ai clienti del fornitore. La responsabilità si estende anche al terzo, al quale il finanziatore abbia ceduto i diritti derivanti dal contratto di concessione del credito.»

quest'ultimo, seppur per il tramite di una soluzione "fortemente restrittiva" e in ogni caso "gravemente lacunosa"⁽⁵⁰⁾, concedendogli un'azione sussidiaria di responsabilità nei confronti del finanziatore in caso di inadempimento del venditore-fornitore⁽⁵¹⁾.

Tralasciando qui la già di per sé problematica interpretazione dell'espressione «costituzione in mora»⁽⁵²⁾, la parte della norma che ha suscitato maggiori perplessità è quella che subordina la responsabilità sussidiaria del creditore alla circostanza formale che vi sia tra le parti un contratto in base al quale esse si accordano per una collaborazione commerciale⁽⁵³⁾. Nell'ottica del legislatore, dunque, il fornitore può, così, fare affidamento su un soggetto terzo a cui indirizzare i propri clienti desiderosi di ottenere un aiuto economico in occasione dell'acquisto di un bene o servizio presso

(50) In tali termini si esprime G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t. u. bancario*, in *Contratti*, 2010, p. 1053.

(51) Così facendo, è stato osservato in dottrina, si è data consolidazione alla regola giudiziale con la consequenziale trasformazione del diritto "vivente" sino ad allora affermatosi in diritto positivo: non soltanto, infatti, il "consumatore" può far valere la responsabilità sussidiaria del finanziatore, ma quest'ultimo non può di riflesso esigere la restituzione del *tandundem* qualora il terzo venditore abbia violato le proprie obbligazioni essendo riconosciuto al mutuatario il diritto di opporre alla controparte l'eccezione d'inadempimento del contratto *a latere* del rapporto di finanziamento. Tutto ciò in ragione della sostanziale unità dell'operazione economica.

(52) Anche se certamente considerata più opportuna rispetto alla scelta di prevedere quale condizione di procedibilità la previa escussione del patrimonio del debitore, come previsto in materia di fideiussione, *ex art. 1944, co. 2, c.c.* In tal senso, S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 397.

(53) Pacifica, invece, in dottrina l'interpretazione della norma che attribuisce al consumatore la facoltà di agire verso il creditore per il risarcimento del danno da inadempimento del contratto di fornitura, ancorché nei limiti del "credito concesso". In tal senso G. DE NOVA, *Il credito al consumo. Disposizioni varie*, in *La nuova legge bancaria*, a cura di Ferro-Luzzi e Castaldi, Milano, 1996, p. 1882; M. GORGONI, *op. cit.*, p. 203 ss.; F. MACARIO, *Il percorso dell'armonizzazione nel credito al consumo: conclusione di un iter ventennale?*, in *La nuova disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito dei consumatori e il diritto italiano*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2009, p. 22 ss.; S.T. MASUCCI, *Credito al consumo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1991, p. 872 ss., che però ritiene necessario accertare «un rapporto di collaborazione talmente stringente da creare un obbligo di garanzia della realizzazione del risultato programmato». Nonostante ciò, non si può nascondere come le esemplificazioni svolte in letteratura circa l'operare del rimedio risarcitorio nei riguardi del finanziatore diano luogo a volte ad incertezze, dovute alla sovrapposizione tra tecniche schiettamente risarcitorie e rimedi restitutori (delle rate di finanziamento corrisposte). Sul punto si vedano le attente osservazioni di G.E. COLOMBO, *op. cit.*, p. 319 ss.

Nello stesso senso, si orienta Corte Giust. 23 aprile 2009, in causa C-509/07, *Luigi Scarpelli c. NEOS Banca s.p.a.*, (v. *infra*) che, seppur *incidenter tantum*, riconosce tra i diritti (del consumatore verso il finanziatore) contemplati dall'art. 11 n. 2 «il diritto al risarcimento del danno causato da un'inadempienza del fornitore».

il fornitore stesso; è proprio su tale accordo che in origine si è individuato l'elemento sul quale fondare il nesso funzionale fra i due negozi⁽⁵⁴⁾.

La più attenta dottrina⁽⁵⁵⁾ lo ha, tuttavia, ritenuto fortemente limitativo della tutela del consumatore, essendo facilmente prevedibile la totale esclusione (o, in ogni caso, la difficile emersione) di accordi della specie tra finanziatori e fornitori per la concessione di credito alla clientela di questi⁽⁵⁶⁾. Senza contare le difficoltà per il contraente debole di acquisire e fornire la prova dell'esistenza dell'accordo di esclusiva, gravando su di lui il relativo onere⁽⁵⁷⁾.

Testimonianza saliente delle problematiche anzidette è proprio il contrasto ermeneutico registratosi in giurisprudenza, in ordine all'incidenza della sussistenza del patto di esclusiva tra il fornitore e il finanziatore ai fini dell'estensione dei meccanismi di tutela riservati al consumatore e, dunque, più in generale ai fini dell'individuazione o meno del collegamento tra i due negozi⁽⁵⁸⁾.

In proposito, in base ad un primo orientamento, poteva dirsi comunque esistente il collegamento negoziale anche in assenza del patto *de quo*, purché fossero di volta in volta ravvisabili alcuni "indici rivelatori"⁽⁵⁹⁾,

(54) In tal senso v. G. FERRANDO, *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, p. 597.

È interessante ricordare, peraltro, come nell'ambito dei lavori relativi al cod. cons., all'interno del quale, come visto, sono stati trasfusi, senza alcuna modifica, i previgenti commi 4 e 5 dell'art. 125 t.u.b., una prima versione della norma aveva espunto l'intero inciso afferente all'accordo di esclusiva, sulla scorta anche del favorevole avviso, sul punto, del Consiglio di Stato (parere 20 dicembre 2004, n. 11602, ivi, 2005, III, p. 348, con osservazioni di Palmieri). Nonostante ciò, le critiche promosse dall'Abi, a detta della quale la modifica non avrebbe garantito un equo contemperamento degli interessi tra consumatore e finanziatore, unitamente a più generali considerazioni relative all'incremento del prezzo del contratto che ne sarebbe derivato, in virtù della necessaria copertura assicurativa cui avrebbe dovuto ricorrere il finanziatore, hanno portato la commissione a recedere dall'intento riformatore.

(55) In tal senso G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 1883.

(56) G.L. CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Bessone, Torino, 2002, XXXI, p. 114 ss.

(57) F. MACARIO, *Il credito al consumo*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di Lipari, Padova, 2003, IV, p. 96.

(58) La nostra attenzione si concentrerà, tuttavia, sul profilo specifico dell'accordo di esclusiva, in quanto per la definizione del collegamento negoziale e i suoi effetti valga quanto già detto nei paragrafi precedenti.

(59) Esemplificativo in tal senso, Trib. Firenze, 30 maggio 2007, *cit.*, p. 261 ss., in base a cui, per la parte che qui ci interessa, «Sono indici rivelatori di un collegamento non occasionale tra la vendita ed il finanziamento, tra le altre, le previsioni per cui: a) il pagamento direttamente effettuato dal finanziatore a favore del venditore per conto del cliente; b) il mancato perfezionamento dell'acquisto per qualsiasi motivo, comporta che il mutuatario non percepisca la somma mutuata che ritorna direttamente dal venditore

a nulla rilevando la presenza di clausole di inopponibilità al mutuante delle eccezioni relative al contratto di vendita concluso tra il mutuatario e il terzo, in quanto considerate vessatorie⁽⁶⁰⁾.

In senso contrario, tuttavia, altra parte della giurisprudenza⁽⁶¹⁾ negava l'esistenza di un collegamento negoziale, in assenza del patto di cui si discorre, escludendo in tal modo il diritto del consumatore di agire contro il finanziatore e di opporre le eccezioni relative al contratto di compravendita, posto che le obbligazioni a carico del richiedente il finanziamento non richiedevano la destinazione della somma per una determinata finalità.

al mutuante; c) la finanziaria corrisponde direttamente al venditore convenzionato la somma; d) l'istruttoria del finanziamento è eseguita dal venditore che trasmette tutta la documentazione al finanziatore che però ha agito tramite i dipendenti del venditore; e) la convenzione di finanziamento prevede il caso di recesso dal contratto di acquisto ex d.lgs. 427 del 1998 disciplinandone gli effetti sul contratto di finanziamento; f) è preclusa al compratore la scelta del finanziatore, a prescindere dall'insussistenza di un patto di esclusiva tra commerciante e finanziatore, insussistenza della cui prova non può comunque gravarsi il consumatore terzo estraneo alla convenzione che non può conoscere; g) il consumatore, fino ad integrale adempimento delle obbligazioni assunte in forza del contratto di finanziamento, non può alienare in alcun modo il proprio diritto sul bene per il cui acquisto è stato richiesto il finanziamento, ovvero costituire o consentire a terzi diritti di garanzia o di godimento sul bene senza preventivo consenso scritto del finanziatore». Nel caso di specie il Tribunale, come visto, individuando un collegamento negoziale necessario tra la vendita e il finanziamento, ha statuito che l'invalidità del primo contratto si riverbera sul secondo, venendo meno la causa del negozio collegato.

(60) Per un'analisi più approfondita di tale aspetto v., *infra*, par. 6.

(61) In tal senso v., *supra*, Cass., 8 luglio 2004, n. 12567; Trib. Torino, 8 dicembre 2007, in *Giur. mer.*, 2008, p. 2481 ss., con nota di A. COLAVOLPE, *Credito al consumo e inadempimento del venditore: il problema della opponibilità al finanziatore delle eccezioni relative al contratto di vendita*, secondo la quale al contratto di finanziamento riconducibile alla fattispecie del "credito al consumo", specificamente disciplinato dalla legge, non sono applicabili i principi elaborati in tema di "mutuo di scopo": pertanto, ai sensi degli artt. 125, co. 4, d.lgs. n. 385/1993 e 42, d.lgs. n. 206/2005, in difetto di accordo che attribuisca al finanziatore l'esclusiva per la concessione di credito ai clienti della venditrice, l'acquirente non ha il diritto di agire contro il finanziatore in caso di inadempimento del fornitore né di opporre allo stesso finanziatore le eccezioni relative al contratto di compravendita.

Nello stesso senso interessante appare una precedente decisione stragiudiziale dell'*ombudsman* bancario (Ombudsman bancario, n. 1223/05, in *La risoluzione delle controversie tra banche e clienti*, Roma, 2005, p. 311), che rigetta il reclamo di un consumatore teso a far valere la risoluzione di un contratto di finanziamento al consumo (nella specie, finalizzato al pagamento di un programma di snellimento corporeo) in ragione dell'inadempimento del contratto principale da parte dell'esercente commerciale; ebbene l'organo, pur a fronte dell'astratta configurabilità del collegamento negoziale, conclude sulla scorta del rilievo che «sul contratto di finanziamento sottoscritto dalla ricorrente era previsto che la banca, non avendo alcun rapporto di esclusiva con l'esercizio convenzionato, sarebbe rimasta estranea ai rapporti tra il cliente e l'esercizio stesso per le merci e i servizi forniti ed era precisato che eventuali controversie fra cliente ed esercente non avrebbero escluso né sospeso l'obbligo del cliente di corrispondere alla banca le rate convenute».

Per certi versi, sembra aderire a questo secondo orientamento – nonostante quanto diremo a breve – la recente sentenza della Corte di Cassazione del 2012⁽⁶²⁾, nella parte in cui afferma, contravvenendo alla tesi dei ricorrenti, che la fattispecie oggetto d'esame non possa qualificarsi come "credito al consumo" «posto che non vi è prova di un accordo che attribuisca al finanziatore l'esclusiva per la concessione di credito ai clienti del fornitore, ai sensi dell'art. 125, co. 4, d.lgs. n. 385 del 1993»⁽⁶³⁾.

Tale e tanta è stata, dunque, l'oscillazione delle pronunce delle curie italiane che la *quaestio iuris* in esame è stata portata all'attenzione del giudice comunitario, che con la decisione del 23 aprile 2009, n. C-509/07⁽⁶⁴⁾, nel trattare, appunto, il problema relativo alle condizioni di esercizio di quel «diritto di procedere contro il creditore» che l'art. 11, co. 2 della direttiva n. 87/102/CEE accorda al consumatore nei confronti del creditore, affronta un tema che, come vedremo, conserva inalterata la propria attualità e complessità ancor oggi e, cioè, anche dopo l'abrogazione e sostituzione della direttiva appena ricordata ad opera della direttiva n. 2008/48/CE.

La vicenda da cui è scaturito il procedimento pregiudiziale di rinvio, ex art. 234 del Trattato UE, per interpretazione della norma comunitaria già richiamata è, in realtà, abbastanza comune: un italiano si era rivolto

(62) Cass., 19 luglio 2012, n. 12454. Per la ricostruzione delle vicende che hanno dato origine alla controversia e per l'analisi dell'iter argomentativo posto a base della decisione, v. *supra* par. 1, nota 3.

(63) I fatti si erano, infatti, verificati prima dell'entrata in vigore dell'attuale d.lgs. n. 141/2010 e pertanto ad essi, ove ricondotti alla fattispecie del credito al consumo, si sarebbe dovuta applicare la previgente disciplina del t.u.b. e del codice del consumo. La Suprema Corte ha, come visto, sì accertato l'esistenza di un collegamento negoziale ma qualificando l'operazione più genericamente come mutuo di scopo.

(64) La sentenza è pubblicata in *Contratti*, 2009, p. 653, con nota di F. MACARIO, *Inadempimento del fornitore e tutela del debitore nel credito al consumo*; v., altresì, in *Diritto Civile*, 2010, p. 50 ss., con nota di E. BATTELLI, *Credito al consumo: fornitore inadempiente e accordo tra creditore e fornitore*. Sempre in tema di credito al consumo e inadempimento del fornitore, cfr. anche la precedente sentenza della Corte Giust., 4 ottobre 2007, in causa C-429/05, in *Foro it.*, 2007, IV, c. 589 ss. con nota di G. CARRIERO, *Credito al consumo e inadempimento del venditore*. In tale occasione, la Corte si pronunciò in ordine alla compatibilità con la direttiva n. 87/102 della normativa francese che prevedeva (art. 311.20 del *code de la consommation*) che le tutele per il debitore/consumatore fossero subordinate alla menzione del bene o della prestazione da finanziare nell'*offre préalable* al contratto di finanziamento. Al riguardo il giudice comunitario statò che «gli artt. 11 e 14 della direttiva n. 87/102 devono essere interpretati nel senso che ostano a che il diritto del consumatore di procedere contro il creditore previsto dall'art. 11, n. 2 della direttiva medesima, sia subordinato alla condizione che la previa offerta di credito rechi menzione del bene o della prestazione di servizi finanziati», sottolineando che le scelte della direttiva non consentono che le discipline nazionali siano più restrittive di quella comunitaria».

ad un concessionario per l'acquisto di un'autovettura ed aveva sottoscritto, unitamente al contratto d'acquisto del veicolo, un modulo - che gli era stato fornito dal venditore - di richiesta di un prestito ad una società finanziaria, alla quale era successivamente subentrata una banca. L'acquirente, solo dopo aver corrisposto all'istituto finanziario ventiquattro rate mensili ne interrompeva il pagamento, dal momento che non gli era ancora stato consegnato il veicolo. La finanziaria notificava quindi allo sprovveduto consumatore un decreto ingiuntivo per l'importo residuo non ancora pagato (oltre interessi); quest'ultimo si opponeva al decreto ingiuntivo di pagamento e, ritenendo il contratto di vendita collegato funzionalmente con quello di finanziamento ed invocando la risoluzione del primo per inadempimento del venditore, chiedeva la risoluzione del secondo e la restituzione, da parte della banca, delle rate nel frattempo pagate, oltre agli interessi legali ed alla rivalutazione monetaria. Costituitasi, la banca si opponeva alle richieste dell'acquirente, invocando, appunto, l'art. 11 della direttiva n. 87/102/CEE.

A questo punto, il Tribunale di Bergamo con ordinanza del 4 ottobre 2007⁽⁶⁵⁾, sospende d'ufficio il giudizio e domanda alla Corte di giustizia se il suddetto patto di esclusiva sia davvero da intendersi come condizione necessaria affinché il consumatore, in caso di inadempimento del fornitore, possa procedere contro il finanziatore, chiedendo la risoluzione del contratto di finanziamento ed, eventualmente, la restituzione delle somme già pagate.

I giudici di Lussemburgo, nell'offrire un'interpretazione favorevole al consumatore, affermano che «l'art. 11, n. 2 della direttiva del Consiglio 22 dicembre 1986, 87/102/CEE deve essere interpretato nel senso che, in una situazione come quella della causa principale, l'esistenza di un accordo tra il creditore ed il fornitore, sulla base del quale un credito è concesso ai clienti di detto fornitore esclusivamente da quel creditore, non è un presupposto necessario del diritto per tali clienti di procedere contro il creditore in caso di inadempimento delle obbligazioni che incombono al fornitore al fine di ottenere la risoluzione del contratto di credito e la conseguente restituzione delle somme corrisposte al finanziatore».

Nello specifico, l'argomentazione che porta alla suddetta interpretazione prende le mosse da una valutazione complessiva di natura teleologica della direttiva n. 87/102/CEE, la quale è stata adottata, a detta della Corte, «al duplice scopo di assicurare, da una parte, la realizzazione di un mercato comune del credito al consumo (3°, 4° e 5° *considerando*) e, dall'altra, di proteggere i consumatori che sottoscrivono tali crediti (6°, 7° e 9° *considerando*)».

(65) Trib. Bergamo, ord., 4 ottobre 2007, in *Foro it.*, 2007, I, c. 3535, con commento di R.M. PALMIERI.

Ragionando in tali termini dunque l'art. 11 della direttiva di cui sopra viene letto in relazione al 21° *considerando*, ai sensi del quale il consumatore «deve godere, nei confronti del creditore, di diritti che si aggiungono ai suoi normali diritti contrattuali nei riguardi di questo».

Da qui la scelta dei giudici di Lussemburgo di considerare le disposizioni sottoposte al proprio vaglio soltanto «una protezione supplementare» del consumatore, che deve cumularsi alle azioni che questi avrebbe normalmente sulla base delle norme nazionali applicabili alla fattispecie contrattuale⁽⁶⁶⁾. Norme nazionali che sono ritenute libere, ai sensi del 25° *considerando*⁽⁶⁷⁾ della medesima direttiva, di stabilire misure più favorevoli ai consumatori⁽⁶⁸⁾.

Alla luce di tutto quanto detto, si può certamente affermare che la Corte di Giustizia ha, non soltanto fatto proprie le stigmatizzazioni dottrinarie di cui sopra circa il congegno normativo delineato dall'art. 11 della direttiva e dall'art. 42 cod. cons., ma - in tal senso sollecitata dall'ordinanza di rimessione del Tribunale di Bergamo - ha implicitamente richiamato, nella parte in cui rinvia alle «norme nazionali applicabili», quel filone giurisprudenziale che adotta una nozione funzionale di collegamento negoziale, in virtù della quale la sorte del contratto di

(66) Questo significa che dovrebbero esistere alcune ipotesi, differenti rispetto ai già tracciati casi di risoluzione e di ripetizione delle somme, nelle quali invece la clausola di esclusiva opererebbe come condizione necessaria ai fini della responsabilità del finanziatore; e secondo la sentenza, rientrerebbe in questo secondo caso il risarcimento del danno causato da un'inadempienza del fornitore.

(67) Il venticinquesimo *considerando* della direttiva, così recita: «*considerando che la presente direttiva è intesa a conseguire un certo grado di ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di crediti al consumo nonché un certo livello di protezione del consumatore e pertanto non dovrebbe essere escluso che gli Stati membri possano mantenere o adottare misure più severe per la protezione del consumatore nel rispetto dei loro obblighi derivanti dal trattato*».

(68) Ad avviso della Corte, pertanto, siffatta interpretazione sarebbe in linea con il tipo di "armonizzazione" minima effettuata con la citata direttiva, la quale consentirebbe agli Stati membri di adottare o mantenere in vigore misure più severe per la protezione dei consumatori. Una simile opzione interpretativa è, peraltro, corroborata da una serie di elementi, tra cui il fatto che l'art. 14, n. 1, della direttiva impone agli Stati membri di provvedere affinché i contratti di credito non introducano delle deroghe alla normativa nazionale di trasposizione della direttiva che vadano a detrimento del consumatore. In tale ultimo senso, cfr. Corte Giust., 4 ottobre 2007, in causa C-429/05, *cit.*, p. 590. In sostanza il giudice comunitario, nel vigore della direttiva n. 87/102, per un verso cerca di delimitare l'area operativa del requisito, da essa stessa stabilito, del previo accordo; per altro verso evidenzia come altri presupposti dell'operare dei rimedi per il debitore/consumatore, diversi da quelli di cui alla direttiva e magari contemplati da leggi nazionali (come l'indicazione del bene da acquistare nel contratto di finanziamento del bene, prevista dalla legge francese), non hanno ragion d'essere, poiché l'armonizzazione debole consente appunto discipline più protettive, e non meno, di quella comunitaria.

vendita si può ripercuotere su quella del contratto di finanziamento, poiché entrambi i negozi, ancorché causalmente autonomi, danno vita ad un'operazione economica unitaria.

5. La nuova disciplina dei contratti di credito collegati

Viste le gravi lacune e le problematiche sorte dall'applicazione e interpretazione dell'art. 42 cod. cons., grandi erano le attese circa le soluzioni che il Governo italiano avrebbe adottato al fine di rendere esecutiva la nuova direttiva comunitaria n. 48/2008⁽⁶⁹⁾ e adattarla alle

(69) Sulla direttiva n. 48/2008/CE, v. i saggi inseriti in AA.Vv., *La nuova disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito dei consumatori e il diritto italiano*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2009, e in AA.Vv., *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, a cura di V. Rizzo- E. Caterini- L. Di Nella- Mezzasoma, Napoli, 2012.

Come in precedenza osservato, per oltre venti anni, il quadro comunitario relativo al credito al consumo è stato disegnato dalla direttiva n. 87/102/CEE, modificata rispettivamente nel 1990 (direttiva n. 90/88/CEE) e nel 1998 (direttiva n. 98/7/CE). Scopo della normativa comunitaria era quello di contribuire alla creazione di un mercato unico nel campo del credito e di porre norme minime comuni a tutela del consumatore. Tuttavia, da una serie di indagini e consultazioni promosse dalla Commissione europea, svoltesi negli anni 1995-96, già era apparso chiaro che esistevano disparità significative tra le legislazioni degli Stati membri nel settore del credito alle persone fisiche in generale e del credito al consumo in part.. Da un lato, infatti, nonostante il processo avviato con la direttiva n. 97/102/CEE, nel corso degli anni, le legislazioni nazionali avevano fatto frequente ricorso all'utilizzo di una serie di meccanismi di tutela dei consumatori aggiuntivi rispetto alle norme europee; dall'altro lato, poi, lo stato di fatto e di diritto risultante da tali disparità nazionali in taluni casi avevano comportato distorsioni della concorrenza tra i creditori all'interno della Comunità, facendo sorgere ostacoli nel mercato interno quando gli Stati membri adottavano disposizioni cogenti diverse e più rigorose rispetto a quelle previste dalla direttiva n. 87/102/CEE. Tutto ciò ha reso evidente che la direttiva n. 87/102/CEE non rispondeva più in modo adeguato alla realtà del mercato del credito e che pertanto era opportuna una sua revisione.

La direttiva n. 2008/48/CE è stata emanata, quindi, al fine di armonizzare a un più elevato livello il quadro normativo, regolamentare e amministrativo degli Stati membri in tema di contratti di credito ai consumatori. Che le norme introdotte dalla direttiva siano di armonizzazione "massima" (*top harmonization*), lo si desume dal disposto dell'art. 22, par. 1, in base al quale, «*Nella misura in cui la presente direttiva contiene disposizioni armonizzate, gli Stati membri non possono mantenere né introdurre nel proprio ordinamento disposizioni diverse da quelle in essa stabilite*».

Per espressa previsione dell'art. 33, l. n. 88/2009 (c.d. "Legge comunitaria per il 2008"), le norme di attuazione della direttiva dovevano inserirsi nel corpus del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al d.lgs. n. 385/1993 (t.u.b.). Il titolo I del d.lgs. n. 141/2010, che tali norme contiene, all'art. 1, quindi, sostituisce integralmente il capo II del titolo VI t.u.b. (artt. da 121 a 126), che già era dedicato alla disciplina del credito al consumo, modificandone anzitutto la rubrica: «Credito ai consumatori», e, atteso il criterio di confluenza delle norme sul credito al consumo nell'alveo del t.u.b., all'art. 3, provvede a sopprimere e modificare disposizioni in materia precedentemente contenute

peculiari caratteristiche del nostro sistema civilistico. Il decreto legislativo n. 141 del 2010⁽⁷⁰⁾ ha, invero, fortemente disatteso tali aspettative, introducendo, come si avrà modo di notare a breve, una disciplina per certi versi ancora più “scarna”, “inadeguata” e “ambigua” di quella precedente, segnando solo in parte un effettivo innalzamento di tutela nei confronti del consumatore che acquista a credito⁽⁷¹⁾.

Al fine di valutare adeguatamente le novità introdotte dal legislatore nazionale nella materia *de qua*, è opportuno in via preliminare concentrare l’attenzione sulla nozione di «contratto di credito collegato»; una volta individuata quale sia l’area del collegamento negoziale normativamente rilevante, si potrà, in via secondaria, guardare agli effetti dell’accertamento del nesso tra i contratti e, dunque, ai rimedi concessi al consumatore in caso di inadempimento del fornitore. L’art. 121, lett. d), t.u.b., fornendo la definizione normativa del significato della locuzione anzidetta, individua, infatti, le fattispecie negoziali cui è destinata a trovare applicazione la tutela apprestata dall’art. 125 *quinquies* t.u.b.

Stando a tale definizione, formulata in attuazione del corrispondente art. 3 lett. n) della direttiva del 2008⁽⁷²⁾, affinché un contratto di credito

in altre fonti. A seguito dell’intervento legislativo del 2010, dunque, la materia è pressoché integralmente regolata nel t.u.b., ad eccezione dell’art. 67, co. 6, cod. cons., che si occupa ancor oggi dei problemi del collegamento negoziale nel credito al consumo, ma sotto il profilo dell’estensione del recesso esercitato ai sensi della disciplina “consumeristica”. Critico circa la collocazione nel t.u.b. della disciplina in esame è G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del testo unico bancario*, cit., p. 1048 ss., il quale sostiene che la scelta del Governo, ancorché obbligata, si pone in palese contraddizione con l’intento di creare un codice del consumo, che per essere autenticamente tale dovrebbe (a rigore) contenere tutte le disposizioni vigenti nel nostro ordinamento che, sotto il profilo soggettivo, si applicano ai contratti conclusi tra “consumatori” e “professionisti”; in senso diverso, tuttavia, M. CARRIERO, *Brevi note sulla DELEGA per l’attuazione della nuova direttiva sui contratti di credito ai consumatori*, in *Eur dir. priv.*, 2009, p. 1148 ss.

(70) Il recente intervento normativo, inserendosi nel solco della tradizionale disciplina europea dei contratti con i consumatori, prevede obblighi di pubblicità, precontrattuali, di “verifica del merito creditizio” a carico del finanziatore, nonché impone contenuti minimi al contratto e accorda un diritto di recesso al consumatore.

(71) Tali criticità sono state evidenziate da buona parte degli Autori all’indomani dell’entrata in vigore della novella legislativa. Per tutti si vedano G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 1055 ss.; A. D’ADDA, *op. cit.*, p. 732 ss.; S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 404 ss.

(72) È tale, ai sensi dell’art. 3, il contratto in cui:

a) il credito in questione ha lo scopo esclusivo di finanziare un contratto relativo alla fornitura di merci specifiche o alla prestazione di servizi specifici;

b) i due contratti costituiscono oggettivamente un’unica operazione commerciale, ritenuta esistente quando il fornitore o il prestatore di servizi stesso finanzia il credito al consumo, oppure, se il credito è finanziato da un terzo, qualora il creditore ricorra ai servizi del fornitore o del prestatore per la conclusione o la preparazione del contratto di

possa essere qualificato come “collegato” è necessario, in primo luogo, che sia «finalizzato esclusivamente a finanziare la fornitura di un bene o la prestazione di un servizio specifici» e sussista «almeno» una delle seguenti condizioni:

- 1) il finanziatore si avvale del fornitore del bene o del prestatore del servizio per promuovere o concludere il contratto di credito;
- 2) il bene o il servizio specifici sono esplicitamente individuati nel contratto di credito.

In prima battuta, sembrerebbe davvero che tale disposizione segni un netto progresso, nella parte in cui, recependo le indicazioni provenienti dalla Corte di Giustizia (v. *infra*, par. 3), abbandona il riferimento al tanto dibattuto accordo di esclusiva tra finanziatore e venditore; in questa prospettiva non è, dunque, più necessario per l’operare della disciplina a tutela del consumatore non soltanto la sussistenza dell’accordo di esclusiva, ma a rigore, secondo una parte della dottrina⁽⁷³⁾, nemmeno di un qualunque accordo, essendo sufficiente la consapevolezza del mutuante circa la finalizzazione del finanziamento all’acquisto di un determinato bene.

Ai sensi del nuovo testo normativo, però, non rileverà alcun collegamento negoziale tutte le volte in cui il finanziamento della merce o del servizio sia una finalità semplicemente concorrente con una o più altre⁽⁷⁴⁾; né tantomeno esso ricorrerà in assenza di un’indicazione “specificata” del bene o del servizio stesso, non ritenendosi sufficiente l’indicazione della categoria merceologica di appartenenza⁽⁷⁵⁾. Ciò ha fatto supporre che, invero, il criterio selettivo rappresentato dal c.d. “accordo di esclusiva”, ancorché formalmente eliminato, sia di fatto ancora sussistente⁽⁷⁶⁾.

In secondo luogo, è indispensabile che ricorra una delle due condizioni di cui sopra, il che significa che tra finanziatore e fornitore deve sussistere

credito o qualora le merci specifiche o la prestazione di servizi specifici siano esplicitamente individuati nel contratto di credito.

(73) In tal senso A. D’ADDA, *op. cit.*, p. 734.

(74) La nuova disposizione circoscrive l’ambito di operatività rispetto a quello proprio della disposizione attuativa dell’art. 11, par. 2, dir. n. 87/102/CEE, che secondo l’interpretazione accolta dalla citata Corte Giust., 4 ottobre 2007, in causa C-429/05, doveva ritenersi applicabile non soltanto ai contratti di credito stipulati per finanziare singole operazioni ma anche alle aperture di credito che consentissero al consumatore di utilizzare gli affidamenti in funzione del soddisfacimento di una pluralità di scopi diversi e con modalità differenti.

(75) Peraltro, l’obbligo per il finanziatore di indicare al consumatore se il credito è finalizzato alla vendita di un bene o alla prestazione di un servizio specifico, con apposita indicazione del bene e del servizio nel modulo, è previsto anche nella fase pre-contrattuale.

(76) In tal senso, G. MIGNACCA, *Inadempimento del fornitore nel credito al consumo e rimedi relativi al rapporto di finanziamento*, cit., p. 11.

stere una relazione stabile, non occasionale⁽⁷⁷⁾, cioè che il finanziatore si sia avvalso, per promuovere e/o concludere il contratto di credito, della cooperazione del professionista che ha stipulato con il consumatore il contratto di fornitura; ovvero, alternativamente, che il contratto di credito individui esplicitamente il bene o il servizio del quale è finalizzato a finanziare l'acquisto.

In base alla prima delle due condizioni sembrerebbero, pertanto, non rientrare nell'ambito applicativo della norma i casi in cui il finanziatore, attraverso propri dipendenti, proceda direttamente alla promozione di contratti di credito usufruendo, anche occasionalmente, degli spazi concessi dal fornitore; nonché i casi in cui i contratti di credito siano promossi da un intermediario del credito su incarico del finanziatore anche presso i locali del fornitore. Si tratta, comunque, di valutazioni non definitive, in quanto bisognerà vedere se e come la giurisprudenza, di cui mancano interventi allo stato attuale, intenderà dare concreta attuazione a tali requisiti, considerando che un'interpretazione letterale della norma, produce l'effetto di restringere significativamente l'ambito di tutela del consumatore.

Procedendo ad un'analisi più approfondita della norma, ci si accorge di un dato importante: la formulazione italiana della definizione di contratto collegato diverge rispetto a quella europea su taluni profili di non poco rilievo. In particolare, si è omesso di utilizzare la nozione di "*operazione commerciale oggettivamente unica*" che nell'art. 3 lett. n) della direttiva designa il secondo dei presupposti che debbono necessariamente ricorrere affinché possa parlarsi di contratti collegati. La scelta angusta, e probabilmente involontaria⁽⁷⁸⁾, compiuta dal legislatore italiano restringe ancora una volta l'ambito applicativo della disposizione: infatti, un conto è rifarsi al "criterio mobile" dell'unitaria operazione commerciale, nel qual caso sarà possibile individuare, oltre quelli legalmente tipizzati, altri indici ed elementi obiettivi della fattispecie che rendano inequivoca tale unità e dunque il nesso tra contratti⁽⁷⁹⁾; altro è stabilire, come

(77) Osserva F. CIVALE, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e dei contratti di credito collegati*, Il Dipartimento, Piacenza, 5 marzo 2011, in http://dipartimenti.unicatt.it/scienze/giuridiche_Forense_110305_Civale.pdf, che tale relazione è generalmente formalizzata in una convenzione, con la quale il fornitore è incaricato dal finanziatore di pubblicizzare e promuovere la conclusione di contratti di credito finalizzati all'acquisto dei beni e servizi dello stesso fornitore.

(78) Questa la posizione di A. D'ADDA, *op. cit.*, p. 744, il quale sottolinea come «pare difficile che nel recepire i contenuti di una direttiva di armonizzazione piena si sia consapevolmente scelto di definire la nozione di "contratto di credito collegato" difformemente dalle indicazioni comunitarie».

(79) Del resto, in tal senso si era già pronunciata la giurisprudenza italiana in tema di mutuo di scopo, sia precedente alla direttiva del 2008 (v. *supra*), sia successiva alla

sembra fare il nostro legislatore, che solo i due indici tipici individuati dalla direttiva configurino *tout court* il collegamento negoziale⁽⁸⁰⁾. La soluzione prescelta sembra, dunque, tradire lo spirito della direttiva n. 2008/48, che nell'individuare un criterio legale di collegamento ampio e generico, tale da lasciare un certo margine di discrezionalità all'interprete, si è orientata in senso diverso e più avanzato rispetto al proprio precedente del 1987, fondato invece su un rigoroso criterio di tipicità (nel senso che al di fuori del previo accordo non vi è collegamento)⁽⁸¹⁾.

Emergono, tuttavia, spazi per superare le difficoltà generate dall'equivoco recepimento delle scelte comunitarie e superare così la lettura restrittiva dell'art. 121 t.u.b.: non si può certamente accedere ad un'interpretazione antiletterale della norma, ritenendo che il legislatore italiano abbia menzionato i due requisiti alternativi del collegamento solo quali indici presuntivi dello stesso, senza escluderne di ulteriori; ma si possono senz'altro valo-

sua emanazione, considerando proprio i criteri di collegamento suggeriti dalla legge quelli più decisivi per ritenere sussistente il collegamento negoziale. Esempificativa è la sentenza del Trib. Terni, 11 novembre 2009, n. 1196, nel qual caso, anche in assenza di una norma di recepimento nazionale, è stato possibile affermare i principi contenuti nella direttiva n. 2008/48/CE stante la ricorrenza di taluni indici e in part.: che contestualmente alla conclusione del contratto di fornitura tra il consumatore e la società finanziatrice si concordava, su proposta dello stesso fornitore, che il consumatore avrebbe beneficiato del finanziamento della società convenuta per il pagamento del servizio; che il contratto di finanziamento veniva stipulato presso i locali del venditore, in conformità all'accordo di convenzionamento; che, in conformità al predetto accordo, il venditore provvedeva all'istruttoria della pratica di finanziamento, ottenendo il versamento dell'intera somma mutuata dalla società finanziaria; che il contratto di finanziamento conteneva l'esplicita menzione del servizio in ragione del quale è stato concluso. Sulla scorta dei richiamati principi, il Tribunale di Terni ha statuito il venir meno del contratto di finanziamento collegato per risoluzione consensuale del vincolo, con conseguente legittimazione del mutuante a richiedere la restituzione della somma mutuata non al mutuatario (consumatore), ma direttamente ed esclusivamente al fornitore, che rispetto al mutuo appare terzo, ma che del mutuo in sostanza beneficia. Anche E. BATTELLI, *op. cit.*, p. 57, rinviene una linea di continuità tra i criteri elaborati dalla giurisprudenza per affermare il collegamento tra finanziamento e fornitura ed il criterio dell'unica operazione commerciale.

(80) G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 1050, sottolinea come la disciplina della direttiva lascia margini in tale direzione, mentre la disciplina nazionale potrebbe porre ostacoli su questa strada.

(81) In verità, la soluzione cui si ritiene di aderire non è univoca, posto che una parte della dottrina sostiene il carattere sostanzialmente tassativo degli indici dell'unitaria operazione economica contemplati dalla direttiva. Così R. VIOLANTE, *I contratti collegati nella direttiva 2008/48/CE*, in *La nuova disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito dei consumatori e il diritto italiano* a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2009, p. 150, il quale ritiene preclusi spazi di discrezionalità dell'interprete per tutti i casi in cui «il collegamento è instaurato obiettivamente dalla norma». Nello stesso senso G. ROSSI, *La rilevanza del collegamento negoziale nel credito al consumo*, in *Contr. e impr.*, 2010, p. 34 ss.

rizzare altri argomenti. In particolare, si deve tener conto dell'importante principio elaborato dalla Corte di Giustizia (v. *supra* par. 3, e segnatamente Corte di Giustizia 4-10-2007, C429/05), secondo cui le scelte della direttiva n. 87/102, pur nel quadro di una armonizzazione minima, non consentono che le discipline nazionali siano più restrittive di quella comunitaria; ciò *a fortiori* dovrebbe valere allora nel nostro caso, facendosi questione di un processo di armonizzazione maggiormente cogente. Ragionando in tali termini, potrebbero ritenersi operanti nel nostro sistema le scelte normative della direttiva quanto alla definizione dell'area del collegamento⁽⁸²⁾.

Una volta indagata l'ampiezza dell'area del collegamento rilevante, possiamo passare ad individuarne gli effetti, puntando l'attenzione sui rimedi offerti al consumatore nei confronti del finanziatore.

In verità, il legislatore comunitario del 2008 non detta, a tal riguardo, alcuna analitica disciplina⁽⁸³⁾: l'unico profilo di possibile rilevanza del "collegamento" viene, infatti, delineato dal par. 1 dell'art. 15, ove si prevede che il consumatore il quale, avvalendosi di un "diritto di recesso basato sulla normativa comunitaria", sciogla unilateralmente il contratto di fornitura, per il solo fatto di aver esercitato tale diritto cessi automaticamente di rimanere vincolato al contratto di credito ad esso collegato. Posto che il "diritto di recesso" attribuito al consumatore dalle normative UE, richiamate da questa norma, è il c.d. *ius poenitendi* contemplato dalle direttive sui contratti conclusi fuori dai locali commerciali e stipulati a distanza (rispettivamente dir. n. 85/577/CE e dir. n. 97/7/CE), a tale precetto è stata data attuazione mediante la riformulazione dell'art. 67, co. 6, cod. cons.

Per il resto, la norma si limita ad attribuire al consumatore, per il caso di inadempimento del fornitore, un generico «diritto di agire nei confronti del creditore», ancorché in via sussidiaria; ribadendo, infine, che «gli stati membri stabiliscono in che misura e a quali condizioni possano essere esperiti tali rimedi»⁽⁸⁴⁾. Da queste scarse indicazioni, emerge che il collegamento negoziale postulato è essenzialmente di tipo unilaterale, in

(82) Per queste considerazioni si veda A. D'ADDA, *op. cit.*, p. 745 ss.

(83) Nello stesso senso, ricordiamo, era orientata la direttiva n. 87/102, ove si limitava a stabilire che «il consumatore ha il diritto di procedere contro il creditore» lasciando agli ordinamenti nazionali di stabilire «entro quali limiti e a quali condizioni il diritto è esercitabile». Se, tuttavia, tale scelta si dimostrava coerente con il tipo di armonizzazione minima della previgente disciplina, la stessa pone maggiori perplessità, considerata la natura "piena" dell'armonizzazione della direttiva vigente.

(84) Il par. 3 dell'art. 15, peraltro, fa salve le disposizioni nazionali che stabiliscono addirittura una responsabilità solidale, per il caso di inadempimento del contratto base di fornitura, in capo al fornitore inadempiente ed al finanziatore.

quanto è solo la sorte del contratto di finanziamento a dipendere da quella del contratto «principale» di fornitura, non rilevando l'ipotesi inversa.

Quali sono state, a questo punto, le scelte operate dal legislatore nazionale al fine di individuare le azioni direttamente esercitabili nei riguardi del finanziatore? Le sole norme che rispondono - seppur in maniera insoddisfacente - a tali interrogativi sono: il summenzionato art. 67 cod. cons., che prevede la risoluzione di diritto del contratto, laddove il consumatore eserciti il diritto di recesso dal contratto di fornitura di beni e servizi; e l'art. 125-*quinques* t.u.b., il quale stabilisce che «*in caso di inadempimento da parte del fornitore dei beni o dei servizi il consumatore, dopo aver inutilmente effettuato la costituzione in mora del fornitore, ha diritto alla risoluzione del contratto di credito, se con riferimento al contratto di fornitura di beni o servizi ricorrono le condizioni di cui all'art. 1455 del codice civile*». Il capoverso dell'art. 125-*quinques*⁽⁸⁵⁾ attribuisce, infine, al creditore l'azione per il "recupero" delle somme mutate e già pagate al fornitore direttamente nei riguardi di quest'ultimo, traducendo in norma un importante principio che, come si è visto, è patrimonio del nostro "diritto vivente" da almeno due decenni.

Nonostante, dunque, la normativa di recepimento abbia avuto il merito di formalizzare la regola in forza della quale il diritto alla restituzione delle somme versate dal finanziatore (su delega e per conto del consumatore) direttamente nelle mani del fornitore è un diritto del quale il finanziatore diviene titolare - per effetto della risoluzione del contratto di credito collegato a quello di fornitura, chiesta dal consumatore in ragione dell'inadempimento di quest'ultimo - nei confronti del fornitore stesso, essa lascia irrisolte una serie di questioni, su cui ci soffermeremo brevemente.

A parte i dubbi manifestati da una parte della dottrina circa la natura del diritto alla risoluzione⁽⁸⁶⁾, le maggiori critiche sono state avanzate in

(85) La disposizione deve ritenersi applicabile sia alla risoluzione del contratto di credito conseguente all'esercizio del diritto di cui al co. 1, sia alla risoluzione del contratto di credito di cui al novellato art. 67, co. 6, cod. cons.

(86) Non si capisce, in part., se il diritto di sciogliere il rapporto contrattuale debba considerarsi un diritto suscettibile di essere esercitato con atto unilaterale stragiudiziale, cioè un diritto di recesso, ovvero un diritto potestativo ad esercizio necessariamente giudiziale e cioè un diritto alla risoluzione a norma degli artt. 1453 ss. c.c. In tal senso G. MIGNACCA, *op. cit.*, p. 12; A. D'ADDA, *op. cit.*, p. 756, il quale sottolinea però come «il riferimento normativo alla risoluzione, senza ulteriori specificazioni, del contratto di finanziamento collegato a quello (inadempito e risolto) di fornitura, pare spiegarsi se si pone mente a quelli che, nella tradizione, sono i meccanismi di "propagazione" dei vizi di un contratto al negozio collegato»; l'Autore prosegue, pertanto, affermando che alla risoluzione del contratto di fornitura di inadempimento potrebbe seguire la caducazione del contratto di finanziamento, senza necessità di attendere una pronuncia giudiziale costitutiva; ed è questo probabilmente il motivo per il quale il legislatore non si è particolarmente preoccupato del problema in questione.

ragione delle numerose lacune del testo normativo. Una di queste appare davvero sorprendente: l'inadempimento delle obbligazioni scaturenti da un contratto avente ad oggetto la fornitura di beni o servizi, come noto, non consiste sempre e necessariamente in un ritardo, ma può ben configurarsi in inesattezze qualitative e/o quantitative della prestazione, nonché nella consegna di beni «non conformi al contratto» ex art. 128 ss. cod. cons. In questi casi il consumatore non può considerarsi gravato dell'onere della costituzione in mora ai sensi dell'art. 1219 c.c., dovendo invece ritenersi facultizzato a richiedere al fornitore di porre rimedio alle inesattezze della prestazione eseguita, ma soltanto nei casi in cui al consumatore medesimo compete *ex lege* (si veda l'art. 130 cod. cons.) o *ex contractu* la pretesa all'esatto adempimento nei confronti del fornitore.

Ma non è finita qui. Il legislatore italiano pare, infatti, aver dimenticato che l'inadempimento fa sorgere in capo al contraente fedele assieme al diritto alla risoluzione del contratto, anche il diritto di paralizzare la pretesa alla controprestazione sollevando l'eccezione di inadempimento ai sensi e per gli effetti dell'art. 1460 c.c. Ci si chiede, pertanto, se il consumatore, a fronte di un inadempimento di non scarsa importanza del fornitore, possa limitarsi a sollevare l'*exceptio inadimpleti contractus*, rifiutandosi di continuare a pagare le rate del prestito al finanziatore, senza chiedere la risoluzione del relativo contratto⁽⁸⁷⁾.

Un'ulteriore questione problematica riguarda la possibilità di configurare o meno in capo al consumatore anche il diritto di chiedere il risarcimento del danno da inadempimento (del venditore) nei confronti del finanziatore; il legislatore si è infatti limitato a disciplinare rimedi a carattere restitutorio, e bisogna capire se tale silenzio sia il segno di una precisa scelta negativa ovvero sia da considerare una lacuna. In proposito, non esistono argomenti decisivi che diano fondamento certo all'una o

(87) Quest'omissione è segnalata da G. De CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 1057; A. D'ADDA, *op. cit.*, p. 760, il quale ritiene che il consumatore possa certamente opporre l'eccezione di cui all'art. 1460 c.c., argomentando sulla base dei tradizionali orientamenti degli interpreti in tema di effetti del collegamento negoziale, delle indicazioni di diritto comparato, provenienti in special modo dagli ordinamenti tedesco e francese, nonché soprattutto dalle scelte della giurisprudenza italiana che nel delineare quei "normali diritti contrattuali", evocati anche dalla Corte di Giustizia, dell'acquirente a credito, vi ha sovente annoverato anche la facoltà di avvalersi del rimedio in questione. In ogni caso, sottolinea l'Autore, è proprio la nuova disciplina a confermare questa tesi, in quanto «sarebbe del tutto irragionevole ritenere che una disciplina che, per il caso di inadempimento del fornitore, si spinge sino ad assicurare al consumatore la restituzione delle rate pagate ed ad escludere il suo obbligo (corrispettivo) alla restituzione delle somme ricevute a credito, (...) non consenta l'operare di un rimedio meno incisivo, e dalla portata quasi interinale, come è quello regolato dall'art. 1460 c.c., sull'argomento per cui l'eccezione non sarebbe direttamente rivolta all'inadempiente (e quindi non opererebbe tra prestazione a rigore corrispettive)».

all'altra tesi: da un lato, infatti, la formula "diritto di agire verso il creditore" adottata dalla direttiva del 2008, che dà agli Stati anche la possibilità di prevedere forme di responsabilità solidale, e non soltanto sussidiaria del creditore, non esclude in radice, ancor oggi⁽⁸⁸⁾, la configurabilità di un simile rimedio; dall'altro lato, però, la direttiva, contraddicendo il dichiarato obiettivo di armonizzazione piena, lascia ampia discrezionalità agli Stati, che sono liberi di stabilire in che misura e a quali condizioni possono essere esperiti i rimedi. Si potrebbe allora ritenere che il nostro legislatore, nell'esercizio delle prerogative attribuitegli dal legislatore comunitario, abbia deciso di escludere che il coinvolgimento del finanziatore nell'inadempimento del venditore debba arrivare a ricomprendere l'obbligo risarcitorio per l'inadempimento altrui⁽⁸⁹⁾. Del resto, autorevole dottrina⁽⁹⁰⁾ aveva da tempo segnalato l'impossibilità che la tutela del consumatore si spingesse sino al punto di accollare al creditore un rischio che fuoriuscisse dalla propria sfera di attività; se, infatti, il carattere unitario dell'operazione di credito al consumo giustifica la propagazione degli effetti caducatori e la regolazione dei conseguenti effetti restitutori, non si può rafforzare la garanzia patrimoniale del consumatore deluso, sino al punto di coinvolgere il creditore in pretese risarcitorie che il consumatore può comunque far valere nei riguardi dell'inadempiente⁽⁹¹⁾.

Preme, infine, segnalare che la nuova disciplina del testo unico bancario regola gli effetti sul contratto di finanziamento del recesso dal contratto di fornitura nonché della sua risoluzione (per inadempimento), nulla prevedendo invece per il caso in cui la caducazione del contratto "principale" avvenga per cause diverse dall'inadempimento, quali ad esempio l'invalidità del contratto di fornitura, o lo scioglimento in via consensuale dello stesso⁽⁹²⁾.

(88) Si ricordi che sotto il vigore della direttiva n. 87/102, l'opinione prevalente riconosceva la facoltà per il consumatore di agire verso il creditore per il risarcimento del danno da inadempimento del contratto di fornitura (v. *supra* par. 3).

(89) Peraltro, l'analisi della prassi giurisprudenziale dimostra come quasi mai il consumatore insoddisfatto agisca in via risarcitoria nei riguardi del finanziatore.

(90) G. FERRANDO, *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti*, cit., p. 646; G. OPPO, *La direttiva comunitaria sul credito al consumo*, cit., p. 544.

(91) Sottolinea A. D'ADDA, *op. cit.*, p. 769, che se dubbi possono porsi circa l'estensione dell'obbligo risarcitorio in capo al finanziatore, certamente irragionevole sarebbe prospettare un coinvolgimento del finanziatore nell'inadempimento del fornitore che possa spingersi fino ad imporre al primo l'adempimento in natura o l'esatto adempimento della prestazione dovuta dal fornitore.

(92) Su questi problemi si veda G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 1058.

Eppure, sembra che anche tali vicende finiscano per ripercuotersi sul contratto di credito: l'estensione dell'invalidità di un negozio al contratto collegato costituisce, infatti, l'effetto più tipico del collegamento negoziale. La nostra giurisprudenza ha più volte affermato che il finanziatore non avrebbe diritto ad agire per la ripetizione delle somme finanziate nei riguardi del mutuatario, bensì direttamente nei confronti del venditore anche nel caso in cui la caducazione del contratto di finanziamento segua all'invalidità del contratto di fornitura⁽⁹³⁾, ovvero in quello in cui sia l'effetto della risoluzione consensuale⁽⁹⁴⁾. Probabilmente è per queste ragioni che il legislatore non ha preso espressa posizione sulla questione, trattandosi appunto di una regola ben consolidata nel "diritto vivente".

Questa breve panoramica delle "inefficienze" del legislatore nazionale, dimostra come, ancora una volta, sia compito degli interpreti ricostruire adeguatamente l'intento ultimo del legislatore comunitario, al fine di rafforzare e garantire piena operatività alla tutela del consumatore.

6. Le clausole di esclusione dell'opponibilità delle eccezioni

In plurime occasioni la giurisprudenza e la dottrina sono state impegnate a indagare nell'ambito di un peculiare profilo inerente il collegamento negoziale. Con particolare riferimento al collegamento negoziale tra un contratto di fornitura e un contratto di finanziamento ci si è, infatti, domandati se siano legittime le clausole inserite nel contratto - evidentemente dal mutuante stante la sua maggiore forza contrattuale - con le quali si stabilisce che l'eventuale inadempimento del venditore non può incidere in alcun modo sugli obblighi restitutori assunti dal mutuatario.

In altri termini, il problema ha riguardato la rilevanza e l'efficacia giuridica delle pattuizioni di esclusione volontaria del collegamento negoziale e dei suoi effetti.

Il tema della validità delle clausole di inopponibilità al mutuante delle eccezioni afferenti il rapporto di provvista ha, in più occasioni, impegnato la giurisprudenza e la dottrina con esiti variegati⁽⁹⁵⁾.

(93) Trib. Firenze, 30 maggio 2007.

(94) Cass., 20 gennaio 1994, n. 474.

(95) Per un attento esame della questione, si veda G. PIEPOLI, *op. cit.*, p. 134 ss, ove anche ampi riferimenti all'evoluzione della legislazione e della giurisprudenza negli ordinamenti stranieri. Cfr., inoltre, A. GUCCIONE, *Il credito al consumo finalizzato all'acquisto di beni tra testo unico bancario e norme in materia di clausole abusive*, in nota a Pret. Bologna, 4 gennaio 1999, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2000, II, p. 734. In riferimento all'opponibilità dell'eccezione di inadempimento, non manca chi osserva che la problematica si rivela

Dette clausole si sono nella pratica imposte con un andamento parallelo rispetto al riconoscimento giurisprudenziale (e ormai anche legislativo) della sussistenza di un collegamento negoziale tra il contratto di fornitura e il contratto di finanziamento. Il finanziatore, infatti, al fine di aggirare le conseguenze applicative del riconoscimento del collegamento negoziale, era ed è indotto ad inserire nel contratto previsioni pattizie in deroga alla regola *simul stabunt simul cadent*, con l'effetto - qualora se ne ammettesse la validità - di escludere contrattualmente la tutela che il legislatore ha inteso apprestare in favore del debitore con la speciale disciplina stabilita dall'art. 125-*quinquies* t.u.b.

Si impone, in primo luogo, l'esigenza di risolvere la problematica circa la validità delle clausole con le quali le parti intendono escludere *tout court* la sussistenza del collegamento negoziale. La questione riguarda, in altre parole, l'indagine circa la natura eventualmente "disponibile" del collegamento negoziale. Se è vero che l'ordinamento riconosce ampio spazio ed estesa tutela all'autonomia privata, occorre, ciononostante, domandarsi se la libertà contrattuale delle parti possa estendersi fino ad escludere il nesso sussistente tra i due contratti, quando ne ricorrano, inequivocabilmente, le condizioni⁽⁹⁶⁾.

Sul punto autorevole dottrina afferma che un'esclusione pattizia del collegamento negoziale sarebbe indubbiamente contrastante con l'art. 1322 c.c., risultando assente la meritevolezza degli interessi cui l'ordinamento subordina la sua tutela⁽⁹⁷⁾.

quantomeno superflua. La risoluzione per inadempimento di uno dei due contratti, determinando i suoi effetti di « trascinamento » nei confronti del contratto collegato, ne comprometterebbe, infatti, inesorabilmente l'efficacia. In questo senso, v. F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozio (contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 438; nonché M. TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, p. 513. *Contra* G. CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, cit., p. 74. L'Autore precisa come il contraente non inadempiente, a ben vedere, ricorra allo strumento di autotutela dell'eccezione di inadempimento, non tanto per ottenere la risoluzione del rapporto, quanto per sollecitare l'adempimento del contratto.

(96) Il nodo deve, peraltro, essere sciolto senza tralasciare che è ormai opinione comunemente accolta quella che sostiene che il collegamento negoziale deve essere apprezzato in virtù di una valutazione obiettiva delle circostanze e delle clausole contrattuali; e ciò, a maggior ragione, come accade in riferimento al credito ai consumatori, in quelle ipotesi in cui è lo stesso legislatore a riconoscerne la sussistenza.

(97) Cfr. F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 97 s. il quale attribuisce all'«unità della causa» il ruolo di «limite all'autonomia contrattuale con la conseguente nullità della clausola che sia volta ad escludere il collegamento negoziale»; risulterebbe, pertanto, impossibile escludere che le vicende del contratto si riflettano a quelli ad esso collegati. Tali osservazioni inducono, peraltro, l'Autore ad affermare come «non sempre» la sussistenza del collegamento negoziale può essere riferita alla volontà delle parti. Per la relatività di tali assunti - i quali, se intesi in senso assoluto, finirebbero per attribuire alla causa del

Non sono, tuttavia, mancate opinioni contrastanti le quali hanno rilevato che la norma codicistica appena citata è, invero, dettata al fine di riconoscere tutela ai contratti atipici, non trovando, pertanto, alcuna ragione di applicazione il giudizio di meritevolezza da essa imposto in riferimento alla causa del contratto⁽⁹⁸⁾.

Riperkorrendo brevemente i principali orientamenti dottrinali affermatasi con riferimento alle clausole di esclusione dei riflessi derivanti dal collegamento negoziale, deve, innanzitutto, ricordarsi quella posizione la quale afferma che le clausole volte ad escludere il nesso insistente tra contratti che sono espressione di un regolamento negoziale unitario sono contrarie al principio di buona fede⁽⁹⁹⁾. Dal momento che il finanziatore esprime nel contratto il suo interesse alla destinazione del credito, instaurando con il fornitore un rapporto di collaborazione, si rivelano in contrasto con il principio di buona fede quelle condizioni generali di contratto dalle quali discendono unicamente condizioni a vantaggio del finanziatore, il quale, invece, rimane libero da quelle a lui sfavorevoli⁽¹⁰⁰⁾.

Altri hanno invece ravvisato nell'inserimento delle clausole predette nel contratto di finanziamento una loro nullità per contrasto con l'ordine pubblico⁽¹⁰¹⁾.

Un ulteriore orientamento ravvisa, nella clausola che fosse apposta nell'ambito di una fattispecie in cui sia oggettivamente ravvisabile un collegamento negoziale, un *venire contra factum proprium* del contraente, tale da renderla totalmente irrilevante nell'esecuzione del regolamento contrattuale⁽¹⁰²⁾.

Infine, altra posizione dottrinale ha focalizzato l'attenzione sul contrasto che una clausola siffatta realizzerebbe rispetto alle esigenze di

contratto la natura di «funzione attribuita al contratto *eteronomamente*», si rinvia a D. CARUSI, *La disciplina della causa*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, in *Tratt. contr.*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, 1, I, Torino, 2006, p. 643.

(98) In tal senso si esprime M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 21.

(99) In questi termini si esprime G. FERRANDO, *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, I, p. 612 ss., la quale precisa che il problema non si pone, invece, quando la clausola di esclusione dell'opponibilità delle eccezioni di inadempimento e di compensazione è contenuto nel contratto di vendita. Essendo essa esclusa nei confronti del venditore, infatti - e a maggior ragione -, non può essere riconosciuta nei rapporti con il finanziatore.

(100) Sul punto si veda, altresì, A.M. AZZARO, *op. cit.*, p. 206 ss. L'Autore affronta, inoltre, le problematiche relative a vicende in cui le parti abbiano scomposto un contratto oggettivamente unitario, al fine di eludere l'applicazione di una normativa a loro sfavorevole.

(101) Così G. PIEPOLI, *op. cit.*, p. 148 s., il quale non manca di rilevare anche i risultati di efficienza economica che il riconoscimento dell'opponibilità dell'eccezione procurerebbe.

(102) In tal senso, D. CARUSI, *op. cit.*, p. 642 ss.

tutela del contraente debole espresse dal legislatore in plurime occasioni. La pattuizione della rinuncia all'opponibilità di eccezioni favorevoli al mutuatario assurgerebbe, quindi, a clausola contrastante con norme imperative e sarebbe, di conseguenza, nulla⁽¹⁰³⁾.

Se gli orientamenti dottrinali, fin dai primi tempi dell'apparizione di dette clausole, si sono mostrati piuttosto restii a riconoscere loro validità e tutela, si deve ammettere che solo in tempi più recenti la giurisprudenza ne ha rilevato punti di contrasto con i principi e le norme dell'ordinamento giuridico.

Soprattutto nelle pronunce più risalenti, infatti, i giudici – sia di merito che di legittimità – si sono mostrati piuttosto propensi a riconoscere meritevolezza ed efficacia a clausole di tal sorta in ragione dell'affermata preminenza dell'autonomia contrattuale dei privati, idonea ad escludere il collegamento negoziale o, quantomeno, a limitare l'opponibilità delle eccezioni⁽¹⁰⁴⁾.

In successive pronunce la giurisprudenza ha, invece, manifestato qualche primaria esitazione, in relazione alla validità delle clausole di esclusione della comunicabilità al contratto delle eccezioni riferibili ad altro contratto collegato, distinguendo le ipotesi di (inopponibilità del) totale inadempimento, in merito alle quali dette clausole sarebbero colpite da nullità; da quelle di (inopponibilità dell') inadempimento del venditore soltanto parziale in cui, al contrario, si rivelerebbero valide ed efficaci⁽¹⁰⁵⁾.

(103) Cfr. G. CARRIERO, *op. ult. cit.*, p. 74 s., il quale osserva che la normativa speciale, rivolta a proteggere il consumatore, non può essere derogata dalla volontà delle parti tanto in ragione della sua «natura eteronoma e indisponibile» quanto in ragione della stessa specialità della disciplina, che non consente l'applicazione delle «consuete regole del gioco del rapporto tra uguali paradigmatiche dell'accordo contrattuale, con conseguente annullamento di ogni effetto della introdotta disciplina relativamente ai profili considerati».

(104) Cfr. Cass., 24 maggio 2003, n. 8253, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 3127 in cui si è statuito che «in presenza di clausola che escluda in modo palese il collegamento negoziale, il contratto di mutuo rimane estraneo alle vicende che interessano quello di vendita»; nonché Cass., 8 luglio 2004, n. 12567. Il medesimo orientamento è stato espresso, in riferimento a contratti di *leasing*, da Cass., 21 giugno 1993, n. 6862, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2144, con nota di A. MASTRORILLI, *Inadempimento del fornitore, rischio contrattuale, tutela dell'utilizzatore*; e da Cass., 2 agosto 1995, n. 8464, in *Foro it.*, 1996, I, c. 164, con nota di G. LENER, *Mancata consegna nel leasing, obbligo di buona fede e causa contrattuale*.

(105) In questo senso si è espressa Cass., 23 aprile 2001, n. 5966, in *Contratti*, 2001, p. 1126 e in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2002, II, p. 388. Deve, peraltro, riconoscersi che, in quell'occasione, la S.C., astraendo dal caso di specie, solleva il problema della vessatorietà della clausola e della sua conseguente nullità in assenza di una sua specifica approvazione. In tema di *leasing* la Corte di Cassazione ha, fin dalla sentenza del 2 novembre 1998, n. 10926, riconosciuto l'invalidità della clausola con la quale si faccia gravare sull'utilizzatore il rischio della mancata consegna del bene da parte del fornitore, impedendogli di sollevare l'eccezione *ex art. 1463 c.c.* per giustificare la sospensione del pagamento delle rate. In tal senso si è, da ultimo, espressa Cass., 23 maggio 2012, n. 8101.

In altre occasioni si è, invece, riconosciuto che una simile previsione contrattuale sarebbe contraria al principio di meritevolezza degli interessi⁽¹⁰⁶⁾, trovando, tuttavia, aspre critiche tra gli studiosi i quali – come si è anticipato – non ammettono di poter riferire al tema qui trattato la problematica relativa al giudizio di meritevolezza il quale sarebbe, invece, unicamente rivolto a riconoscere tutela ai contratti atipici⁽¹⁰⁷⁾.

In ulteriori momenti – anche recenti – la giurisprudenza ha, invece, riferito l’invalidità della clausola di rinuncia all’opponibilità delle eccezioni ad un asserito contrasto con il principio di buona fede⁽¹⁰⁸⁾.

Il riferimento al principio di buona fede operato per dichiarare la nullità di tali clausole è stato, tuttavia, in più circostanze criticato dagli studiosi, i quali hanno rilevato come a fatica potrebbe riconoscersi che la violazione del dovere di buona fede sia suscettibile di invalidare il negozio; confermando piuttosto la distinzione canonica fra «regole di validità e regole di comportamento», e l’attinenza della buona fede alle seconde (con la conseguenza per cui la relativa violazione può determinare soltanto sanzioni risarcitorie, salvo che la legge diversamente disponga)⁽¹⁰⁹⁾. E ciò, a maggior ragione, quando la nullità sia ricollegata alla violazione del dovere di buona fede imposto dall’art. 1375 c.c. in riferimento all’esecuzione del contratto⁽¹¹⁰⁾.

(106) Cfr. Trib. Milano, 15 gennaio 2001, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2002, II, p. 389 che afferma la « non meritevolezza di tutela della clausola di inversione del rischio in tema di consegna del bene al cui acquisto era finalizzata l'erogazione del mutuo ».

(107) Cfr. M. COSTANZA, *op. cit.*, p. 431 s.

(108) Oltre che a Cass., 19 luglio 2012, n. 12454, *cit.*, ci si riferisce a Cass., 11 febbraio 2011, n. 3392, in *Contratti*, 2011, p. 994, con nota di T. RUMI, *Operazioni di finanziamento e nullità della clausola di rinuncia all'eccezione di inadempimento del fornitore*. La S.C. in quell'occasione ha spiegato il riferimento alla buona fede in considerazione della circostanza per cui « non sussisterebbe (...) alcun interesse del mutuante al riguardo, stante la possibilità di ripetere la somma al venditore (cui il mutuante stesso l'aveva direttamente consegnata) se non quello di favorire il venditore stesso, che tratterebbe la somma, senza aver consegnato l'auto». In tema di *leasing*, si vedano Cass., 2 novembre 1998, n. 10926 e Cass., 2 ottobre 1998, n. 9785, entrambe in *Foro it.*, 1998, I, c. 3081 s.; nonché App. Milano 30 marzo 1999, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, II, p. 78. Il principio di buona fede è stato, inoltre, richiamato, in relazione al mutuo di scopo da App. Milano, 22 novembre 1991, in *Riv. it. leasing*, 1993, p. 452, con nota di MORO VISCONTI, *L'inadempimento del fornitore nel credito al consumo*; e in *Giur. merito*, 1993, p. 1016, con nota di CRICENTI.

(109) In questi termini, G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 2006; in giurisprudenza, si vedano le celebri Cass. SS.UU., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, con nota di V. SANGIOVANNI, *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità*, in *Contratti*, 2008, p. 231 ss.

(110) Così si esprime, in riferimento a un contratto di *leasing*, Cass., 2 ottobre 1998, n. 9785, *cit.* In dottrina, manifesta perplessità A. D'ADDA, *Collegamento negoziale e inadempimento del venditore nei contratti di credito al consumo*, *Eur. dir. priv.* 2011, p. 725

Anche in una recente decisione la Suprema Corte - pur riconoscendo che una clausola di rinuncia all'opponibilità delle eccezioni relative al contratto di fornitura deve considerarsi «valida quale espressione della libertà negoziale delle parti» - ha, tuttavia, riconosciuto che simili patteggiamenti devono, nella fattispecie concreta, altresì essere fatte oggetto di valutazione alla luce del contesto in cui si inseriscono e, in primo luogo, devono essere interpretate alla luce dei principi generali di buona fede e di correttezza. In particolare, alla luce dell'ormai pacifico riconoscimento della loro dignità costituzionale - perché riverbero del generale dovere di solidarietà imposto dall'art. 2 della Carta fondamentale - il dovere di buona fede e di correttezza non vincola le parti unicamente in riferimento ai rapporti contrattuali tra esse intercorrenti ma si atteggia, altresì, a limite per il loro comportamento processuale e a criterio di cui il giudice può disporre per rilevare eventuali condotte abusive della tutela giurisdizionale. Il giudice è, in buona sostanza, chiamato ad esprimere una valutazione sulla «meritorietà della tutela», in funzione di un «giusto equilibrio degli opposti interessi - [realizzando] il [c.d.] *balancing test*»⁽¹¹¹⁾.

Il giudizio di meritevolezza della tutela richiesta ha, quindi, indotto la Corte di Cassazione ad affermare che, nel caso di specie - e alla luce dell'affermato collegamento negoziale tra il contratto di compravendita e quello di mutuo -, la clausola di rinuncia all'opponibilità dell'inadempimento del fornitore deve essere interpretata tenendo conto che, da una parte, la posizione del mutuante troverebbe agevole tutela nell'esercizio dell'azione di ripetizione delle somme nei confronti del fornitore e che, dall'altra, l'applicazione della clausola contrattuale avrebbe, invece, l'effetto di restringere, in misura ingiustificata, la sfera di tutela dell'acquirente mutuatario il quale si ritroverebbe ad essere, oltre che vittima dell'inadempimento del fornitore, comunque vincolato dal persistente obbligo di restituzione delle rate.

Sembra maggiormente attendibile e più aderente al dato normativo, oltre che alla *ratio* della disciplina la quale accorda al consumatore rimedi contrattuali da esercitare direttamente nei confronti del finanziatore, l'orientamento (accolto da una parte della dottrina ed espresso, altresì, in recenti pronunce giurisprudenziali), il quale considera tali clausole contrarie a norme di legge aventi natura imperativa ed inderogabile, ovvero - forse più propriamente - ne ravvisa il carattere vessatorio⁽¹¹²⁾.

ss. L'Autore rileva che «la buona fede *in executivis* (...) nulla ha a che vedere con la validità del negozio ma piuttosto con la successiva sua esecuzione».

(111) Così Cass., 19 luglio 2012, n. 12454.

(112) In questo senso, v. R. CLARIZIA, *Contratti di leasing*, in *I contratti del mercato finanziario*, diretto da E. Gabrielli e R. Lener, Torino, 2004, p. 353; A.M. AZZARO, *op. cit.*, p. 223. In giurisprudenza, si sono espressi per la vessatorietà delle clausole in discorso,

L'indagine interpretativa sulla natura delle norme, allora, non può prescindere dalla considerazione del contesto in cui esse hanno trovato origine. Non può, certo, negarsi che il loro sviluppo ha trovato terreno fertile proprio nella sentita esigenza di apprestare una tutela forte al consumatore il quale - nell'ambito della contrattazione bancaria ancor più che in altre circostanze negoziali - riveste abitualmente una posizione di grave debolezza.

Il rimando all'universale principio di buona fede - al quale, pure, è stato riconosciuto un ruolo cardine nel sistema - deve trovare allora, in questo contesto, un impiego più ristretto nell'ambito del diritto del consumatore, laddove gioca un ruolo residuale, operante in quelle ipotesi in cui il legislatore non è intervenuto con una peculiare disciplina e mediante la previsione di tipici strumenti di tutela.

Nell'ambito della speciale disciplina che il legislatore comunitario ha configurato in favore del consumatore e, al contempo, al fine di assicurare una leale concorrenza tra i professionisti, esistono, infatti, imprescindibili rimedi che il giudice non può ignorare e che, al contrario, devono prevalere rispetto al generale riferimento al criterio della buona fede.

Ne consegue, pertanto, che, nei contratti del consumatore ed ai fini di una eventuale caducazione, le eventuali clausole con le quali si esclude l'eccezionalità del collegamento negoziale o di alcuni dei suoi effetti, limitando, di fatto, i diritti che il legislatore ha attribuito al contraente debole, non potranno essere valutate semplicemente alla luce del canone di buona fede, ma dovranno piuttosto essere sottomesse al giudizio di vessatorietà qualora non risultino conformi al disposto del secondo comma dell'art. 1341 c.c. e, soprattutto, alla luce dell'art. 33 ss. cod. cons.

Nell'individuazione delle clausole vessatorie, l'art. 33 cod. cons. fa espresso riferimento alle pattuizioni che «malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto».

A prescindere dalle note discussioni dottrinali circa il significato da attribuire all'espresso riferimento legislativo alla buona fede⁽¹¹³⁾ - che, come sostiene un'autorevole opinione «ha in tal modo introdotto un'indicazione

Trib. Milano, 24 ottobre 2008, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 427 ss.; Trib. Cagliari, 13 novembre 2007, n. 3012, in *Riv. giur. sarda*, 2008, II, p. 445 ss., con nota di G. CARTA, *Il credito al consumo e il collegamento negoziale: due pronunce a confronto*; Trib. Firenze, 30 maggio 2007, in *Contratti*, 2008, p. 261 s.

(113) Come noto, il problema si è posto, con specifico riguardo alla normativa italiana che, in occasione del recepimento della direttiva europea 93/13/CEE, sembra aver adottato una nozione di buona fede in senso soggettivo anziché - e diversamente dalle scelte operate negli altri ordinamenti - in senso oggettivo.

irrilevante essendo ovvio che il convincimento personale del professionista di agire secondo legge non potrebbe mai rendere lecite le clausole vietate»⁽¹¹⁴⁾ –, appare difficile da contestare che le clausole il cui tenore sia indirizzato ad escludere al consumatore l'opponibilità di eccezioni relative al rapporto di fornitura possano essere ricondotte all'interno della lett. r) o della lett. t) dell'art. 33 o, meglio, della lett. b) dell'art. 36 cod. cons.

Nel primo caso, il professionista sarà ammesso alla prova contraria avente ad oggetto la specifica trattativa intervenuta tra le parti e idonea ad escludere, in concreto, il «significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto»⁽¹¹⁵⁾; nella seconda ipotesi, invece, la presunzione – operando *iuris et de iure* – non ammetterà prova contraria e la clausola dovrà senz'altro dirsi nulla. Né, in ogni caso, il professionista potrà giovare delle speciali deroghe previste, in suo favore, dall'art. 33 ai commi 3, 4, 5 e 6, le cui previsioni restano estranee alla materia qui esaminata.

La sanzione della nullità, ai sensi dell'art. 36 cod. cons. potrà essere fatta valere soltanto dal consumatore o essere rilevata d'ufficio dal giudice e, in applicazione della lett. b) della norma appena citata, non potrà essere evitata neanche attraverso una trattativa specifica delle parti, mentre, in ragione del suo carattere parziale, non inficerà la restante parte del contratto, a maggiore garanzia degli interessi del consumatore⁽¹¹⁶⁾.

Il Giudice, inoltre, non potrà prescindere, nel corso della sua valutazione, da quanto previsto dall'art. 34 cod. cons., il quale dispone che il giudizio circa la vessatorietà della clausola deve tener conto delle altre clausole contenute nel «contratto medesimo o di un altro contratto collegato o da cui dipende».

Deve, peraltro, considerarsi che l'art. 22 della dir. 2008/48/CE, al suo art. 22, impegna gli Stati membri a provvedere «affinché i consumatori non possano rinunciare ai diritti loro conferiti dalla legislazione nazionale che danno esecuzione o che corrispondono alla presente normativa». Certo, i dubbi che tanto hanno impegnato dottrina e giurisprudenza e che ancora non hanno trovato una soluzione definitiva⁽¹¹⁷⁾, si sarebbero potuti più facilmente superare se il legislatore, in sede di attuazione della direttiva comunitaria, avesse previsto una norma che, analogamente

(114) Così, C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 379.

(115) In proposito, v. C. CHESSA, *La trattativa nella disciplina delle clausole abusive*, Torino, 2001, p. 45 ss.

(116) Si veda, sul punto, A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, p. 113 s.

(117) È sufficiente, a tal fine, ricordare come anche la recentissima pronuncia della Corte di legittimità abbia ravvisato, nella clausola di rinuncia all'opponibilità dell'inadempimento, una violazione del dovere di buona fede capace di cagionarne la nullità.

a quanto dispone l'art. 134 cod. cons., avesse espressamente sanzionato con la nullità ogni pattuizione volta ad escludere o limitare i diritti riconosciuti dal testo unico bancario al consumatore.

Abstract

This paper is aimed to highlight the relation between contracts in case of consumer credit contracts, building from the new European Directive harmonizing the regulation of consumer credit and from a recent decision of the Civil Cassation, no. 12454 of 19.07.2012.

The purpose of the Directive 2008/48 CE is to contribute to the creation of an internal market for credit and establishing minimum common rules to protect consumers.

Instead, the judgment is interesting because of its dual nature. On one hand, it's a sort of landing point of the long discussion on the deleted agreements theme, related to loan contracts, a typical example of consumer credit contracts, and on the other hand like a starting point to try to resolve the many doubts that focus around the limits of the negotiation and the good contractual faith. It becomes an opportunity to analyze the legal framework for consumer credit, with a special attention to the reform of 2010, based on the interpretation offered by the domestic and european case-law, and the clauses of exclusion of the link between sales contract and loan agreement.

Compravendita di opera d'arte non autentica

Nicola Tacente

*Dottorando di ricerca in Dottrine generali del diritto
nell'Università di Foggia*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Disciplina applicabile. – 3. Stato attuale della giurisprudenza. – 4. Risarcibilità del danno.

1. Introduzione

Si illustreranno, senza alcuna pretesa di esaustività, gli orientamenti giurisprudenziali e gli istituti giuridici che l'ordinamento italiano appresta a tutela dell'acquirente nel caso in cui l'opera d'arte, successivamente alla conclusione del contratto, risulti non autentica⁽¹⁾. Per facilità di esposizione nella nozione di “non autenticità” ricomprenderemo in genere l'assenza di corrispondenza tra l'opera effettivamente alienata e quella oggetto del contratto sotto il profilo della paternità e/o attribuzione dell'opera stessa (per esempio: opera falsa, opera la cui paternità è attribuita ad autore diverso da quello che risulta dall'opera e/o dal contratto; opera la cui attribuzione data per certa risulta invece dubbia e/o controversa).

(1) In argomento si possono vedere: G. AMORTH, *In tema di errore nella compravendita di opere d'arte antiche*, in *Foro it.*, 1948, I, c. 679; M.C. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1972; A. CACCIA, *L'errore e l'inadempimento nella compravendita di dipinti antichi*, in *Vita not.*, 1985, p. 993; P.L. CARBONE, *La vendita di opere d'arte non autentiche*, in *Giur. It.*, 1994, I, 1, p. 410; M. COSTANZA, *Commercio e circolazione delle opere d'arte*, Padova, 1999; V. DE SANCTIS, *La protezione delle opere dell'ingegno*, Milano, 1999; F. DI RUZZA, *Vendita d'opera d'arte non autentica e risarcimento del danno*, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, p. 520; M. FABIANI, *Il falso letterario, artistico o musicale*, in *Dir. d'aut.*, 1992, p. 320; ID., *Riproduzione di opera d'arte non autenticata dall'autore e diritto di paternità intellettuale*, in *Giur. it.*, 1985, I, 2, p. 81; A. FRAGOLA, *Il falso d'autore*, in *Dir. d'aut.*, 1980, p. 259; A. MANSI, *La tutela dei beni culturali*, Padova, 1998; ID., *Il nuovo testo unico per i beni culturali e ambientali*, Padova, 2000; V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. di dir. civ.*, a cura di Cicu e Messineo, Milano, 1962; R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 1993.

2. *Disciplina applicabile*

Essendo la fattispecie oggetto di indagine caratterizzata dalla divergenza tra bene trasferito e bene dedotto in contratto, gli istituti giuridici che vengono astrattamente in considerazione, e di cui si deve poi verificare l'applicabilità, in concreto sono: la disciplina dei vizi della cosa venduta di cui agli artt. 1490 ss. c.c.; la disciplina della risoluzione del contratto per mancanza di qualità promesse o essenziali di cui all'art. 1497 c.c.; la disciplina della risoluzione del contratto per inadempimento consistente nella consegna di *aliud pro alio*, di cui agli artt. 1453 ss. c.c.; la disciplina dell'annullamento per vizi del consenso di cui agli artt. 1427 ss. c.c. ed, in particolare, per dolo (art. 1439 c.c.) o per errore sull'identità dell'oggetto della prestazione o su una qualità dello stesso (art. 1429, n. 2, c.c.). Giurisprudenza e dottrina, d'altro canto, sono state spesso profondamente divise sulla tutela da accordare in siffatti casi al compratore oscillando, sin dalla prima fase di applicazione del nuovo codice, tra la garanzia per vizi o per mancanza delle qualità essenziali o promesse (per lo più ritenuta insufficiente, attesi i brevissimi termini di prescrizione e di decadenza, poco adattabili ad un'opera d'arte che non evidenzia i vizi attraverso l'uso o della quale non si possono constatare mediante l'impiego le qualità promesse) e l'annullamento del contratto di compravendita per errore sulla qualità dell'opera d'arte. Infatti, onde evitare le strozzature temporali dei brevissimi termini di decadenza e di prescrizione, tipiche della garanzia per i vizi o per la mancanza di qualità della cosa venduta (artt. 1495-1497 c.c.), nei primi anni di vita del codice del 1942, si è fatto ricorso all'annullamento della vendita per errore sulle qualità dell'oggetto⁽²⁾, potendo in tal caso l'acquirente avvalersi del più ampio termine di prescrizione quinquennale che tra l'altro si giova anche di un *dies a quo* diverso da quello della consegna del bene, perché comincia a decorrere dalla scoperta dell'errore ai sensi dell'art. 1442, co. 2, c.c. A partire dagli anni sessanta, il baricentro della patologia della vendita si sposta dal profilo genetico a quello funzionale, affermandosi che la mancanza del requisito di autenticità costituisce, non un errore sulla qualità della cosa venduta, ma un inadempimento del venditore⁽³⁾ regolato dalla disciplina generale

(2) È la tesi sostenuta da Cass., 11 giugno 1942, n. 1635, in *Rep. Foro it.*, 1942, voce «*Vendita*», n. 63 che ripiega sull'errore, dopo aver escluso l'inadempimento e rifiutato di inquadrare tra i negozi aleatori la vendita di un quadro antico. È stata poi ripresa da App. Firenze, 27 giugno 1964, in *Giur. toscana*, 1964, p. 629, ed è stata sostenuta dai giudici di primo grado della presente controversia.

(3) La svolta giurisprudenziale è operata da Cass., 14 ottobre 1960, n. 2737, in *Foro it.*, 1960, I, p.1914 ss.

dell'art. 1453 c.c. con prescrizione decennale, e non dalle norme sulla vendita tutte incentrate su termini assai brevi, nonostante che il legislatore del 1942 avesse espressamente rifiutato l'azione contrattuale a tutela del compratore per i vizi della cosa. La dottrina e la giurisprudenza, dunque, hanno variamente qualificato la fattispecie in esame, riconducendola ora all'una ora all'altra delle categorie teoricamente prospettabili (con la sola esclusione della applicazione della disciplina dei vizi della vendita, non costituendo la non autenticità vizio redibitorio)⁽⁴⁾. In verità, in un primo tempo, la giurisprudenza riteneva che il rischio di acquisto di un'opera comunque non autentica ricadesse sull'acquirente, evidenziando, così, il carattere aleatorio del contratto. Successivamente, l'orientamento dei Tribunali è mutato, attribuendo all'autenticità il valore di elemento essenziale dell'oggetto del contratto, nella misura in cui essa abbia inciso sull'accordo tra le parti, o sia stata dichiarata o garantita dalla parte venditrice. La vendita con garanzia di autenticità, rivelatasi successivamente falsa, a seconda di come si è determinata la volontà dei contraenti (cioè venditore e acquirente) può essere inquadrata nella cd. vendita di *aliud pro alio*⁽⁵⁾ oppure nell'ambito dell'errore vizio⁽⁶⁾. La sussistenza in concreto dell'errore circa l'autenticità dell'opera oggetto di compravendita e/o sull'identità dell'autore di essa comporta l'annullamento del contratto (con obbligo di restituzione del prezzo e delle spese sostenute a causa del contratto), alla luce della falsa rappresentazione (avuta da una o da entrambe le parti) al momento della stipulazione, dell'identità e delle qualità essenziali dell'oggetto del contratto medesimo⁽⁷⁾. Ai fini dell'annullabilità del negozio

(4) Per l'esplicita esclusione cfr. Cass., 26 gennaio 1977, n. 392, in *Mass. Giust. civ.*, 1977.

(5) Cfr. Cass., 1 luglio 2008, n. 17995.

(6) Cfr. App. Bologna, 04 gennaio.1993, in *Dir. aut.*, 1993, p. 487.

(7) Così Cass., 2 febbraio 1998, n. 985, in *Resp. civ. prev.*, 2000, p.1093, con nota di R. CAMPAGNOLO, nonché in *Giust. civ.*, 1999, p. 2487 con nota di FIDOTTI, che ha affermato quanto segue: «In tema di vendita di opere d'arte, l'errore di uno o di entrambi i contraenti sull'autenticità dell'opera negoziata e sulla effettiva identità del relativo autore può dar luogo, ai sensi dell'art. 1428 c.c. alla caducazione del contratto, perché comporta che questo debba intendersi concluso per effetto di una falsa rappresentazione dell'identità e delle qualità essenziali del relativo oggetto, avuta da una o da entrambe le parti al momento della stipulazione dell'accordo. La scusabilità dell'errore che abbia viziato la volontà di uno dei contraenti al momento della conclusione del contratto, è irrilevante ai fini dell'azione di annullamento, dovendosi avere riguardo alla riconoscibilità dell'errore da parte dell'altro contraente. L'errore sul valore della cosa alienata è rilevante dell'invalidità del contratto quando sia conseguenza di un errore su una qualità essenziale della cosa medesima». Nel caso in esame, si trattava di due statue esposte nei musei e attribuite unanimemente a Jacopo della Quercia: la Suprema Corte, ritenuta la sussistenza di un errore comune alle parti, ha osservato che l'errore essenziale di uno dei contraenti è causa di annullamento del contratto in presenza della relativa riconoscibilità da parte dell'altro contraente, dovendosi

giuridico, l'errore deve essere essenziale (assumendo per il contraente un'importanza determinante secondo un metro oggettivo) e riconoscibile. L'art. 1429 c.c., in particolare, stabilisce che l'errore è essenziale quando cade sulla natura o sull'oggetto del contratto, o sull'identità dell'oggetto della prestazione, o sopra una qualità dello stesso che, secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze, deve ritenersi determinante del consenso, o sull'identità o sulle qualità della persona dell'altro contraente, sempre che l'una o le altre siano state determinanti del consenso; infine quando, trattandosi di errore di diritto, è stato la ragione unica o principale del contratto. In quest'ambito, è da ritenersi diversa la posizione di chi compra un'opera ritenendola erroneamente d'autore (essendo la stessa in realtà una copia non autentica), configurandosi in tal caso un errore sull'identità dell'oggetto del contratto, rispetto a quella di colui che acquista un'opera autentica di autore conosciuto, ignorando che le quotazioni alte di cui godeva in precedenza non sono più attuali, trattandosi in questo secondo caso di apprezzamento soggettivo, da ricomprendersi nel rischio normalmente insito nella circolazione delle opere in oggetto⁽⁸⁾. Nell'ottica dell'esigenza di certezza dei traffici, è stabilito inoltre che la falsa rappresentazione debba essere riconoscibile (secondo un criterio di normale diligenza) dall'altro contraente. In caso di errore comune alle parti – si noti – tale requisito non si ritiene necessario. Nella diversa ipotesi in cui sia stata prestata (anche implicitamente, si ritiene) la garanzia circa l'autenticità dell'opera, la cessione di un'opera d'arte "falsamente" (nel senso predetto) attribuita ad artista, che in realtà non ne è stato l'autore, si ritiene costituisca un'ipotesi di vendita di *aliud pro alio*, ossia di cosa sostanzialmente diversa da quella che era stata pattuita⁽⁹⁾. In questo caso, viene riconosciuta la legittimazione dell'acquirente a richiedere la risoluzione del contratto per inadempimento del venditore, ex art. 1453 c.c.⁽¹⁰⁾. Sotto questo profilo, il venditore è inadempiente rispetto all'obbligo di trasferire in capo al compratore il diritto su un'opera d'arte determinata con riferimento ad un elemento specifico di identificazione (di carattere sostanziale), attinente appunto, al suo autore. Secondo la Suprema Corte, il venditore sarebbe tenuto a restituire, oltre alle somme ricevute, anche gli interessi legali a decorrere dal giorno in cui le somme furono consegnate

dunque avere riguardo a tale profilo ed essendo irrilevante, dunque, il requisito della sua scusabilità.

(8) R. CAMPAGNOLO, *L'errore sull'identità dell'autore nella negoziazione di opere d'arte*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, p.1093.

(9) Cass., 14 ottobre 1960, n. 2737 in *Giur. it.*, 1961, n. 1, p. 4.

(10) Cass., 1° luglio 2008, n. 17995, in *Mass. Giust. civ.*, 7-8, p.1071.

dall'acquirente⁽¹¹⁾. Si segnala, peraltro, una pronuncia risalente, secondo la quale il danno risarcibile sarebbe costituito dalla differenza (determinabile anche con ricorso a criteri equitativi) tra prezzo pattuito e l'eventuale maggior valore che il quadro, se fosse stato autentico, avrebbe conseguito⁽¹²⁾.

3. Stato attuale della giurisprudenza

Attualmente, dunque, escluso che l'inautenticità dell'opera d'arte costituisca vizio *ex art.* 1490 c.c. (non afferendo ad imperfezioni inerenti al processo di produzione, fabbricazione, conservazione e non essendo una imperfezione o alterazione materiale della cosa) o difetto di qualità *ex art.* 1497 c.c. (non integrando l'ipotesi di consegna di cosa dello stesso genere, ma inclusa in una specie o sottogeneri diversi), pur se qualche sentenza ancora si pronuncia in tal senso, gli orientamenti in materia sono i seguenti:

a) quello che ritiene applicabile la disciplina della risoluzione del contratto per inadempimento, sul presupposto che, nel caso in cui l'autenticità dell'opera sia stata implicitamente o esplicitamente pattuita o sia stata garantita, la vendita di opera d'arte non autentica costituisca un *aliud pro alio*;

b) quello che ritiene applicabile la disciplina dell'annullamento per vizio del consenso⁽¹³⁾.

L'inquadramento della fattispecie nell'ambito dell'una o dell'altra disciplina discende quindi, non da rigide ed aprioristiche classificazioni, ma dal concreto atteggiarsi della volontà delle parti. Infatti sarà necessario appurare se nel caso specifico le parti abbiano implicitamente o esplicitamente dedotto in contratto la paternità dell'opera, dando così ad essa il valore di elemento di identificazione dell'oggetto del contratto, ed aprendo quindi, la strada, nel caso di accertata difformità tra risultato traslativo programmato e risultato traslativo effettivamente realizzato, alla risoluzione del contratto per inadempimento ovvero se essa sia stata solo supposta dall'una o dall'altra parte, assumendo il carattere di elemento incidente sul processo di formazione della volontà negoziale, aprendo, conseguentemente, la strada, nel medesimo caso di non corrispondenza tra assetto di interessi divisato e assetto di interessi realizzato, all'annullamento del contratto per vizio del consenso.

(11) Cass., 22 febbraio 2008, n. 4604.

(12) Cass., 14 novembre 1983, n. 2457, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, p. 529.

(13) Cass., 2 febbraio 1998, n. 985, in *Resp. civ. prev.*, 2000, p.1093, e in *Contratti*, 1998, p. 441, con nota di F. VOLPE.

4. Risarcibilità del danno

L'applicazione dell'una o dell'altra disciplina rileva ai fini della individuazione del tipo di danno risarcibile.

Nel caso di annullamento del contratto, infatti, il danno risarcibile è limitato al solo interesse contrattuale negativo: l'acquirente potrà chiedere, oltre alla restituzione del prezzo, solo il rimborso delle spese effettuate in ragione della vendita.

Nel caso di risoluzione del contratto, invece, il danno risarcibile è comprensivo dell'interesse contrattuale positivo: l'acquirente potrà chiedere, oltre alla restituzione del prezzo, il risarcimento del lucro cessante cioè della perdita subita a causa dell'inadempimento.

In materia di entità del danno risarcibile in seguito all'avvenuta risoluzione del contratto di vendita di opera d'arte non autentica l'orientamento della giurisprudenza⁽¹⁴⁾ è, sostanzialmente, unanime. In caso di risoluzione del contratto di vendita di opera d'arte non autentica, il danno risarcibile è costituito dalla differenza tra il prezzo pattuito e il maggior valore che il quadro, se autentico, avrebbe conseguito, dovendosi fare riferimento per la determinazione della plusvalenza al momento della vendita, nel caso di colpa del venditore inadempiente e, al momento della liquidazione del danno, nel caso di dolo del venditore.

Tale orientamento non ha mancato di suscitare le critiche di una parte della dottrina che, ritenendo questa impostazione non conforme ai principi degli equilibri sinallagmatici, pur sempre sottesi al rimedio solutorio, propone criteri di determinazione del danno alternativi suggerendo, in particolare, di parametrare il danno subito dall'acquirente di opera d'arte non autentica al mancato miglior utilizzo della somma pagata a titolo di corrispettivo.

Si è osservato, infatti, che tale incremento di valore del quadro non si sia verificato in concreto o addirittura si sia verificata in concreto una diminuzione della quotazione dell'autore rispetto al momento della stipu-

(14) Così Cass., 16 aprile 1984, n. 2457, in *Mass. giust. civ.*, 1984: «Poiché la risoluzione del contratto per inadempimento comporta l'obbligo del contraente inadempiente di rifondere all'altra parte, a titolo di risarcimento del danno, anche il lucro che abbia perduto in conseguenza della mancata esecuzione della prestazione, non vi è dubbio che, nel caso di risoluzione, per inadempimento del venditore, della compravendita di un quadro dichiarato d'autore, rivelatosi non autentico, deve essere riconosciuto al compratore il diritto non soltanto alla restituzione del prezzo versato, ma anche al risarcimento del maggior valore che il quadro avrebbe avuto se fosse stato autentico, ma tale principio (...) in caso di colpa non può essere applicato anche per il maggior valore acquistato dal quadro dopo la vendita, che non è prevedibile». Si veda anche: App. Firenze, 18 marzo 1988; Cass., 14 novembre 1983, n. 2457, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, p.520.

lazione del contratto, la pretesa risarcitoria dell'acquirente dovrà restare circoscritta alla corresponsione degli interessi sulla somma versata a titolo di prezzo. In ogni caso, a prescindere dalla entità del danno risarcibile, poiché il rimedio della risoluzione del contratto offre all'acquirente la possibilità di chiedere anche il risarcimento dell'interesse contrattuale positivo, è evidente che, rivelatasi non autentica l'opera acquistata, l'acquirente troverà più conveniente agire con l'azione di risoluzione per *aliud pro alio datum*, piuttosto che con l'azione di annullamento per errore.

Tale azione ha, tra l'altro, per l'acquirente un valore residuale, potendo essere proposta anche in via subordinata nel medesimo giudizio instaurato per la risoluzione del contratto, in quelle ipotesi in cui, non essendo esplicita la pattuizione relativa alla autenticità dell'opera o essendo stata effettuata la vendita senza alcuna precisazione al riguardo, il giudice potrebbe ritenere non provata la consegna di una cosa "altra" rispetto a quella dedotta in contratto, a causa della diversa paternità, potendo in tal modo l'acquirente ottenere, in caso di vittoria, almeno la caducazione del contratto con conseguente restituzione del prezzo pagato e rimborso delle spese sostenute per la vendita.

In conclusione, nel caso di vendita di opera d'arte non autentica, dunque, l'acquirente, interessato alla caducazione degli effetti del contratto, può agire in via principale con l'azione di cui all'art. 1453 c.c., chiedendo la risoluzione del contratto per consegna di *aliud pro alio* e il conseguente risarcimento del danno, ed in via subordinata con l'azione di cui all'art. 1429, n. 2, c.c., chiedendo l'annullamento del contratto per errore sull'identità dell'oggetto della prestazione e il conseguente risarcimento del danno, oltre, in entrambi i casi, alla restituzione della somma pagata a titolo di corrispettivo della vendita.

L'attore dovrà dimostrare innanzitutto l'esistenza della obbligazione, cioè che l'autenticità dell'opera è stata pattuita esplicitamente o implicitamente ovvero garantita dall'alienante e, l'inadempimento, cioè la mancata corrispondenza tra l'opera dedotta in contratto ed identificata dalla pattuita o garantita attribuzione di paternità e quella effettivamente a lui trasferita.

Al fine di ottenere il risarcimento del danno, egli dovrà poi dimostrare l'effettiva esistenza del medesimo. Se si segue l'orientamento giurisprudenziale prevalente in materia, e di cui sopra si è dato conto, egli dovrà dimostrare l'effettiva sussistenza della differenza tra il prezzo pattuito e il valore che la cosa avrebbe avuto se autentica, essendo possibile il ricorso a criteri equitativi per la liquidazione del danno nel caso di difficoltà di tradurre la suddetta plusvalenza in un preciso ammontare.

Il venditore-convenuto potrà eccepire la mancata pattuizione circa la autenticità dell'opera e quindi l'insussistenza dell'obbligazione che

l'attore pretende inadempita. Egli potrebbe sostenere anche, ed in subordine, che nella fattispecie non ricorre una ipotesi di risoluzione per inadempimento ma, tutt'al più, di annullamento del contratto per errore, anche bilaterale, sull'oggetto del medesimo, mirando così ad evitare non la inevitabile caducazione del contratto, ma, almeno, la condanna al risarcimento dell'interesse contrattuale positivo.

Per evitare, invece, la condanna al risarcimento conseguente alla eventuale risoluzione del contratto il venditore-convenuto dovrà provare che l'inadempimento non è a lui imputabile ex art.1218 c.c., non essendo a tal fine sufficiente la prova della sua buona fede soggettiva.

Per risultare vittorioso rispetto alla domanda proposta in via subordinata l'acquirente dovrà invece provare l'errore in cui sia incorso nonché la essenzialità e riconoscibilità del medesimo e cioè che controparte, usando la normale diligenza, avrebbe potuto e avrebbe, quindi, dovuto accorgersi della falsa rappresentazione della realtà in cui al momento della formazione del consenso l'altra parte incorreva. Per ottenere il risarcimento del danno conseguente all'annullamento l'acquirente dovrà fornire la prova delle spese che sostiene di avere effettuato in ragione della vendita e di cui chiede il rimborso.

Il venditore, per resistere alla domanda contro di lui proposta in subordine, potrà negare la sussistenza dell'errore ovvero dei suoi requisiti ed in particolare della riconoscibilità.

Infine, in virtù di queste potenziali situazioni di conflitto che possono nascere, le parti possono convenzionalmente introdurre nel regolamento contrattuale delle clausole che ripartiscono equamente tra acquirente e venditore il "rischio" (che l'opera non sia autentica), prevedendo, entro un definito termine prescrizione che le parti, osservando una determinata procedura, possano addivenire consensualmente e stragiudizialmente allo scioglimento del contratto con conseguente restituzione rispettivamente del prezzo e dell'opera venduta.

Abstract

The article illustrates the jurisprudential and legal institutions that the Italian legal system to protect the buyer in the event that the work of art, after the conclusion of the contract, showing not genuine.

L'estinzione delle società: la portata dell'art. 2495 c.c. e i risvolti processuali della cancellazione dal registro delle imprese^(*)

Andrea Zorzi

Ricercatore di Diritto commerciale nell'Università Ca' Foscari Venezia

Sommario: 1. I presupposti di applicazione dell'art. 2495 c.c. - 2. *La cancellazione in presenza di attività non liquidate e rapporti pendenti.* - 3. *Successione nei rapporti sociali?* - 4. *Le tesi negative: nessuna successione.* - 5. *Le tesi "intermedie" (o erratiche).* - 6. *I rapporti processuali.*

1. I presupposti di applicazione dell'art. 2495 c.c.

Un dato assodato, per così dire certo, è che la cancellazione della società ha effetto "estintivo". La cassazione è ormai consolidata in questo senso, auspicato dal legislatore della riforma del diritto societario: dopo alcune iniziali timidezze, dal 2008 la giurisprudenza si era fatta più univoca⁽¹⁾ e, infine, nel 2010 questo indirizzo ha avuto la sua consacrazione con le tre note sentenze rese a sezioni unite, n. 4060, 4061 e 4062⁽²⁾ ed è stato ribadito da ulteriori decisioni rese ancora una volta a sezioni unite⁽³⁾.

(*) Il testo riproduce, con l'aggiunta delle note e di alcuni aggiornamenti, la relazione tenuta a Bologna il 23 novembre 2012, all'incontro organizzato dall'Associazione Pensiamo Diritto.

(1) Per una rassegna della giurisprudenza fino al 2010 incluso, v. ZORZI, *Cancellazione ed estinzione della società tra problemi di diritto intertemporale, questioni di giurisdizione fallimentare, cessazione dell'impresa e fusione per incorporazione*, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 917 ss.; poi, v. NICCOLINI, *Gli effetti della cancellazione della società di capitali dal registro delle imprese: recenti sviluppi e questioni ancora irrisolte (considerazioni sparse in occasione della presentazione di un volume)*, in *Nuovo diritto delle società*, 2012 (fasc. 13), p. 7 ss. e TEDOLDI, *Estinzione della società e cancellazione dal registro delle imprese*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 1185 ss.

(2) Cass., SS.UU., 22 febbraio 2010, n. 4060, 4061 e 4062. Le sentenze sono edite in moltissimi luoghi.

(3) V. Cass., SS.UU., 12 marzo 2013, n. 6070 e Cass., SS.UU., 12 marzo 2013, n. 6072, en-

Le tre sentenze affrontano anche il problema di diritto intertemporale, e vale la pena di ricordare che, invocando impropriamente un principio di “ultrattività” delle norme, decidono che la cancellazione di una società iscritta anteriormente al 2004 “diventa” estintiva con l’entrata in vigore della riforma delle società, e quindi il 1° gennaio 2004. Secondo la Cassazione, quindi, la cancellazione di una società che prima della riforma – poniamo, nel 2000 – non era estintiva diventa tale dal 2004. Le alternative possibili erano varie e, a mio parere, tutte giustificabili in maniera migliore della soluzione scelta, che non è coerente né con la storia della norma, né con gli indici normativi espliciti e crea gravi lesioni all’affidamento dei consociati.

Come ho cercato di dimostrare altrove⁽⁴⁾, ritengo che parlare di “estinzione” del “soggetto giuridico” o della “persona giuridica” non aiuti a chiarire la reale portata delle norme e, quindi, non aiuti a risolvere i problemi della pratica. In poche battute, quello che ho cercato di sostenere è che:

- l’art. 2495 non descrive una fattispecie, non descrive cioè “che cos’è” l’estinzione, ma descrive soltanto *che cosa accade quando si verificano i presupposti di applicazione* di quella norma;
- il presupposto di applicazione di questa norma è l’integrale distribuzione del residuo attivo e la rappresentazione del risultato della liquidazione;
- quando non ricorrono questi presupposti, allora la cancellazione è nulla; una nullità speciale, “di diritto societario”, simile alla nullità delle deliberazioni assembleari.

L’art. 2495 è, quindi, a mio parere, una norma di disciplina che, appunto, disciplina quello che accade, quali rimedi sono previsti, una volta che la società sia stata cancellata dal registro delle imprese e siano rimasti dei creditori da pagare. La norma disciplina una ipotesi, per così dire, “fisiologicamente patologica”, quella dell’esaurimento della liquidazione con sopravvenienza di passività insoddisfatte. Una situazione nella quale i liquidatori hanno fatto il loro lavoro, hanno venduto e liquidato tutto, e hanno distribuito il residuo netto di liquidazione ai soci. Ma non hanno pagato qualche creditore – non importa, a questi fini, se a loro noto o ignoto, e in quest’ultimo caso se fosse loro ignoto per colpa o senza; il profilo soggettivo rilevando semmai ai fini della responsabilità dei liqui-

trambe in *Il Caso.it*, la prima anche in *Società*, 2013 (fasc. 5), p. 536 ss., con note di FIMMANÒ, *Le Sezioni Unite pongono la “pietra tombale” sugli “effetti tombali” della cancellazione delle società di capitali* e di GUIZZI, *Le Sezioni Unite, la cancellazione delle società e il “problema” del soggetto: qualche considerazione critica*.

(4) ZORZI, *L’estinzione delle società di capitali*, 2012 (ed. provv.)

datori – e il creditore, dopo la cancellazione, chiede soddisfazione del suo credito contro i soci.

La responsabilità dei soci dopo la cancellazione è una regola molto ragionevole, perché non è che l'applicazione post-cancellazione della regola societaria secondo cui i soci hanno diritto al residuo netto (e a tutto, ma solo, questo residuo netto) del patrimonio sociale *dopo* il pagamento dei creditori.

Questa non è una regola universale. Negli ordinamenti di stampo germanico, infatti, si prevede una disciplina diversa, che fa leva sulla pubblicità della liquidazione (occorre la pubblicazione di avvisi e poi l'attesa di un certo periodo, in Germania un anno, prima di provvedere alla cancellazione); la regola è che dopo la cancellazione non è più possibile far valere alcun credito contro la società, né contro i soci⁽⁵⁾. Nel diritto inglese la regola è simile, ma si prevedono numerosi casi in cui la società può essere reiscritta nel registro delle imprese, o la cancellazione cancellata, quando la sua cancellazione, che è circondata normalmente da una serie di cautele preventive, è stata pregiudizievole per i creditori⁽⁶⁾.

Una regola simile a quella tedesca si vede anche negli Stati Uniti, secondo il Model Business Corporation Act e alcune legislazioni statali, tra le quali la Delaware General Corporation Law. Si prevede, cioè, un procedimento di liquidazione para-concorsuale, con diversi momenti di pubblicità, e conseguente preclusione, per i creditori che hanno trascurato di far valere i loro diritti nel termine previsto, di farli valere successivamente. Si tratta di previsioni, dette anche «continuance statutes» (ovvero, in base ai quali si “continua” per legge la durata della società, ai soli fini della sistemazione delle pendenze pregresse), volte a rendere certe e definitive le attribuzioni finali ai soci, superando così la “trust fund doctrine”, ovvero la tesi giurisprudenziale, di effetto simile a quella dell'art. 2495 c.c. italiano, secondo cui i beni già sociali sono “held in trust”, sono conservati in trust, dai soci che li hanno ricevuti in sede di liquidazione per i creditori.

Alcune corti, però, non sono affatto sicure che questa pubblicità sia sufficiente per garantire che non si possa applicare questa *doctrine*, sebbene occorra segnalare che la – non molto numerosa – giurisprudenza del Delaware è, invece, nel senso che la *trust fund doctrine* sia

(5) La disciplina di stampo germanico è stata oggetto di particolare disamina già da NICCOLINI, *Interessi pubblici e interessi privati nella estinzione delle società*, Milano, 1990, p. 341 ss. e in altre sue successive opere. Per la disciplina vigente v. per es., in materia di s.p.a., il commento sub par. 273 di HÜFFER, *Aktiengesetz*¹⁰, München, 2012 (ed. on line), Rnn. 13 ss.

(6) V. par. 1000 ss., Companies Act 2006.

superata dalle leggi speciali, con conseguente effetto preclusivo della cancellazione preceduta dalle formalità pubblicitarie, assai significative, prescritte dalla legge⁽⁷⁾.

Il presupposto di operatività della norma dell'art. 2495 c.c. è, dunque, l'integrale distribuzione del residuo attivo. La norma è, infatti, disegnata per "funzionare" solo se non c'è più attivo né pendono rapporti diversi da quelli meramente debitori.

Anzi, la norma è disegnata per funzionare senza adattamenti quando il residuo è stato distribuito integralmente e *in denaro*; ma ci sono forti indizi nel senso sia ammesso, e ciò non pregiudichi la "definitività" della cancellazione, anche quando la distribuzione sia avvenuta in natura. Infatti, qui non c'è deficit informativo per i creditori, che sono a conoscenza dell'esistenza di beni e della loro destinazione, e l'unica cosa che è richiesta è un adattamento alla diversa situazione, rispetto a quella prevista nell'art. 2495 c.c., di quella parte di norma che prevede che la responsabilità dei soci è limitata alle "somme riscosse". Se la distribuzione è avvenuta in natura, non si ha riscossione di somme ma assegnazione di beni; si tratterà, quindi, di determinarne il valore per individuare il limite della responsabilità dei soci.

Quando c'è stata integrale distribuzione del residuo attivo in denaro, la società è "estinta" in un senso molto forte: nel senso, cioè, che ai creditori non deriva alcun vantaggio dalla cancellazione della cancellazione, o da qualsiasi altra tecnica che neghi effetto estintivo alla cancellazione.

2. La cancellazione in presenza di attività non liquidate e rapporti pendenti

Diversa è la situazione dinanzi alla quale ci si trova quando la cancellazione è avvenuta in presenza di attività non liquidate e rapporti pendenti di cui sia ancora parte la società al momento della cancellazione - ivi compresi i rapporti processuali. In questo caso, a mio parere, non può operare la norma dell'art. 2495 c.c., perché si è al di fuori del suo ambito di applicazione (si ricordi che ho detto poco fa che è una norma che disciplina una fattispecie, non la descrive essa stessa).

(7) V., per ogni riferimento, *Folk on the Delaware General Corporation Law*⁵, a cura di Welch, Turezyn, Saunders, Supplement 2010/2, I, pp. GCL-X-81 ss.

Occorre anche segnalare che la legge del Delaware prevede un apposito procedimento volto a tutelare la definitività delle attribuzioni ai soci, oltre che a proteggere da responsabilità i liquidatori, nei casi in cui sia prevedibile l'insorgere in capo a terzi di crediti post-cancellazione (v. §§ 280-281, Del. Gen. Corp. Law).

In questo caso si deve ritenere vi sia nullità della cancellazione. Una nullità che, però, è di diritto speciale, il diritto speciale delle società. Quindi, una nullità che

- a) non impedisce l'immediata efficacia della cancellazione (ancorché sia un'efficacia precaria, perché potrebbe venir meno con l'accertamento dell'invalidità della cancellazione);
- b) non è imprescrittibile;
- c) non pregiudica i diritti acquistati dai terzi di buona fede, ovvero gli aventi causa dei soci e i loro creditori particolari.

È alla luce di questa nullità che deve, a mio parere, leggersi la giurisprudenza in materia di cancellazione d'ufficio della cancellazione, ai sensi dell'art. 2191 c.c.: la cancellazione della cancellazione – che viene richiesta al giudice del registro – deve essere vista non come strumento di impugnazione, ma come strumento usato “in autotutela” dalla società, come primo atto di un procedimento volto a sostituire la cancellazione invalida con una nuova cancellazione valida, fatta sulla base di un bilancio valido.

Fino a qui ho espresso la mia opinione personale, che confluisce peraltro, dal punto di vista di molti degli effetti, con altre opinioni⁽⁸⁾ e, almeno in parte, con quelle decisioni secondo cui è possibile, in presenza di sopravvenienze attive, cancellare la cancellazione.

Veniamo però ai problemi aperti nella giurisprudenza, che sono diversi. Se è certo che la cancellazione causa estinzione, restano molti dubbi sulla sorte dei rapporti non liquidati, nonostante la recente presa di posizione della Suprema Corte sul punto⁽⁹⁾.

Ci riferisce all'ipotesi in cui, per qualche motivo, la liquidazione non si sia completata correttamente; i liquidatori, cioè, abbiano trascurato di curare la definizione di alcuni rapporti o di vendere o comunque disporre dei beni sociali. In questa situazione:

- a) non è chiaro che cosa accada ai beni e rapporti non liquidati, ovvero ancora rimasti in capo alla società e non attribuiti ai soci in sede di riparto finale;
- b) non è chiaro che cosa accada ai processi in corso, in cui una delle parti si sia cancellata (tema, naturalmente, collegato al precedente).

Occorre premettere che questo dubbio non riguarda i rapporti puramente debitori, perché questi sono oggetto della previsione specifica dell'art. 2495 c.c., secondo cui verso i creditori sociali rispondono i soci

(8) Il riferimento è soprattutto a SPOLIDORO, *Seppellimento prematuro. La cancellazione delle società di capi-tali dal registro delle imprese ed il problema delle sopravvenienze attive*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 823 ss., e a SPERANZIN, *L'estinzione delle società di capitali in seguito alla iscrizione della cancellazione dal registro delle imprese*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 514 ss.

(9) Cass., 12 marzo 2013, n. 6070, cit.

fino a concorrenza di quanto ricevuto in base al bilancio finale di liquidazione. Riguarda, invece:

- i crediti sociali;
- i contratti di cui è parte la società;
- i beni mobili;
- i beni immobili.

Già con questa sola elencazione si comprende come il problema sia notevole.

Circa i beni e i rapporti di cui fosse titolare la società, la prima questione è verificare se vi siano dei successori della società o se, invece, accada qualcosa di diverso da una successione. Questa “cosa diversa” da una successione potrebbe essere: (a) non vi è estinzione; (b) all’opposto, vi è estinzione comunque, ma senza successione.

La domanda potrebbe sembrare strana. Se non è difficile (in astratto) immaginare che dei rapporti giuridici cessino improvvisamente per l’estinzione una delle parti (e, quindi, che se c’è un credito, questo si estingua; mentre se vi è un contratto, che questo si sciolga, delle pretese debitorie divenendo responsabili i soci *ex art. 2495 c.c.*, quelle creditorie estinguendosi), è assai meno agevole pensare che la cancellazione equivalga a derelizione per i beni mobili, che diverrebbero *res nullius*, e diviene pressoché impossibile pensarlo per gli immobili, che non possono essere *res nullius* e dei quali non è possibile perdere la proprietà senza che l’acquisti qualcun altro.

Le alternative, dunque, sembrerebbero:

- a) successione;
- b) non successione, e quindi alternativamente:
 1. mancanza di effetto estintivo (o, detto in altri termini, invalidità) della cancellazione
 2. cessazione di tutti i rapporti.
- c) una combinazione delle due.

3. Successione nei rapporti sociali?

La prima, e preferita, tesi è quella della successione nei rapporti della società cancellata, ed è quella che gode di maggior credito sia nella giurisprudenza, sia nella dottrina. Ci si riferisce, qui, alla successione nelle attività (beni e rapporti attivi); non della fonte della responsabilità per i debiti sociali, ai sensi dell’art. 2495. Per quella c’è una norma specifica, anche se non completa, onde discutere della causa di questa responsabilità, seppure interessante e non privo di ricadute applicative, non è forse così essenziale.

La tesi della successione dei soci (o almeno di qualcuno) esiste in numerose varianti, le principali delle quali sono:

- a) i soci sono successori a titolo particolare;
- b) i soci sono successori (a titolo universale) in quanto “eredi” della società;
- c) i soci sono successori della società per qualche altro motivo.

Le prime due sono tesi classiche⁽¹⁰⁾. La prima - quella della successione a titolo particolare - dovrebbe avere come conseguenza processuale la non interruzione del processo, per l'operare del meccanismo di cui all'art. 111 c.p.c., ma almeno un giudice, pur ritenendo si sia in presenza di una successione a titolo particolare, ha comunque ritenuto, sposando interamente una delle prime prospettazioni dottrinali in questo senso, che si debba applicare la tecnica della interruzione/riassunzione, perché non sarebbe possibile l'operatività del meccanismo previsto dall'art. 111 c.p.c., in cui non vi è alcuna interruzione, ma solo “l'affiancamento”, per così dire, alla parte originaria del successore a titolo particolare: non sarebbe possibile perché la parte originaria non c'è più⁽¹¹⁾.

Secondo la tesi della successione in quanto eredi, tutte le situazioni giuridiche prima riferite alla società sarebbero riferibili ai soci per effetto di una successione del tutto simile a quella che accade in caso di morte delle persone fisiche⁽¹²⁾. In realtà, dopo questa affermazione non vi è univocità di vedute sulla disciplina applicabile: in particolare, c'è chi dice che si applica l'istituto della separazione dei beni del defunto, e chi invece no; chi dice che vale la regola della responsabilità parziaria, e chi no.

Quanto sia pericolosa l'ispirazione alle persone fisiche si vedrà subito.

E, infatti, la mia preferenza va alla terza delle tesi successorie, ovvero quella secondo cui vi è una successione dei soci che non è però una successione *mortis causa*, neppure in senso lato, ma una successione regolata dalle norme del sistema societario e, in particolare, una successione analoga a quella che accade in caso di scissione totale di una società⁽¹³⁾.

(10) Cfr. già MIRONE, *Cancellazione della società dal registro delle imprese. Sopravvenienze attive e passive. Estinzione*, in *Riv. soc.*, 1968, p. 516 ss., ivi in part. a pp. 571-72 e poi DALFINO, *La successione tra enti nel processo*, Torino, 2002, p. 232.

(11) Trib. Verona, 30 maggio 2011 (ord.), in *Il Caso.it.*, che adotta la tesi di MIRONE, *op. cit.*

(12) Per questa tesi v. soprattutto SPERANZIN, *op. cit.*, pp. 532-537 e di recente POSITANO, *L'estinzione della società per azioni fra tutela del capitale e tutela del credito*, Milano, 2012, pp. 71-83, ove riferimenti.

(13) Prestano adesione a questa tesi, sostanzialmente, anche CRISCUOLI, GRIMALDI, *La cancellazione della società (e le sopravvenienze attive)*, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 739 ss., ivi a pp. 747-750.

Come nella scissione delle società si prevede una responsabilità delle società beneficiarie (art. 2504-*quater* c.c.), così nella società di capitali accade che i soci rispondano nei limiti del ricevuto; e molti dei problemi interpretativi possono risolversi mediante l'applicazione analogica dei principi desumibili dalle vicende modificative delle società.

Tutto questo, in tutti i casi in cui i creditori o i terzi interessati non vogliano, invece, far valere la nullità della cancellazione, o una volta che sia decorso il termine per farla valere.

4. *Le tesi negative: nessuna successione*

La seconda tesi è quella secondo cui la cancellazione comporta la cessazione di tutti i rapporti, ed è davvero una tesi difficile da sostenere. Le decisioni a me note sono della Corte d'appello di Napoli; il prof. Niccolini ha riferito di una analoga decisione del Tribunale di Roma e su questa falsariga - la vedremo tra breve - è anche una del Tribunale di Milano, assai più meditata e consapevole, ma che non rifugge da conclusioni analoghe⁽¹⁴⁾. Infine, come si vedrà, anche una decisione della Cassazione potrebbe leggersi in questo stesso senso⁽¹⁵⁾.

La Corte d'appello di Napoli decide che i soci non sono in nessun modo né successori né aventi causa della società, e che, quindi (semberebbe), i rapporti riferiti alla società si estinguerebbero con la cancellazione, con un netto "troncamento" per effetto della cancellazione. In uno dei casi pubblicati, l'applicazione di questa regola conduce a una soluzione davvero singolare: una società in accomandita semplice, soccomben-

(14) Ci si riferisce a App. Napoli, 6 maggio 2005, in *Impresa commerciale industriale*, 2006, p. 1782 ss., con nota di BALDISSEROTTO; App. Napoli, 28 maggio 2008, in *Giur. merito*, 2008, p. 3174 (solo m.), con nota di richiami di D.S., e in *Giur. merito*, 2009, p. 2479 ss., con nota di FRANCHI, *L'efficacia della cancellazione della società di capitali dal registro delle imprese dopo la riforma del 2003*; App. Roma, 7 ottobre 2008 (di cui riferisce NICCOLINI, *La liquidazione volontaria delle società tra passato e presente*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 517 ss., ivi a pp. 551-553 e nota 94); Trib. Milano, 20 ottobre 2011, in *Società*, 2012, pp. 294, con nota di SALAFIA, *Estinzione della sanzione amministrativa ex D.Lgs. 231 per estinzione della società*. Nello stesso senso anchel'orientamento comune del Trib. di Bologna: *Relazione del 22 febbraio 2012 ex art. 47 quater ord. giur. del presidente della seconda sezione civile del Tribunale di Bologna: cancellazione della società dal registro delle imprese e processi in corso*, in *Foro.it*, 2012, I, cc. 3087 ss. (fasc. 11).

(15) Cfr. Cass., Cass., sez. trib., 16 maggio 2012, n. 7676, cit. nonché, in pari data, n. 7679; quest'ultima è pubblicata in *Foro it.*, 2012, I, 3059 (fasc. 11) (solo m.), con nota di LONGO, *Nuove incertezze giurisprudenziali sulle conseguenze della cancellazione della società dal registro delle imprese, in attesa di una decisione delle sezioni unite o della Corte costituzionale*, sulle quali v. il par. 5.

te in primo grado, è cancellata dal registro delle imprese prima della pubblicazione sentenza di primo grado e propone appello: la Corte dichiara l'improseguibilità del processo «con conseguente caducazione della sentenza di primo grado», perché la sentenza non avrebbe potuto comunque fare stato nei confronti dei soci e dei liquidatori, e ciò «sia perché costoro non sono successori o aventi causa della società (art. 2909 del codice civile), sia perché l'art. 2495 del codice civile prevede nei confronti degli stessi un'autonoma azione, diversa per causa petendi e petitum»⁽¹⁶⁾.

Secondo questa giurisprudenza, quindi, la cancellazione - in presenza dell'apposita dichiarazione o notificazione dell'evento - non può comportare l'interruzione del processo, perché l'interruzione è funzionale alla prosecuzione o riassunzione contro i successori, che nel caso di specie mancano; e secondo l'applicazione del principio secondo cui non vi sarebbero successori, basterebbe dunque, per sottrarsi agli obblighi nascenti da una sentenza, la cancellazione dal registro delle imprese⁽¹⁷⁾. L'idea della mancanza di successori è alla base anche dell'ordinanza di rimessione alla corte costituzionale resa dalla corte d'appello di Milano, che però si pone il problema della violazione del diritto di difesa della controparte; anche su questa si tornerà tra breve⁽¹⁸⁾.

Se la preoccupazione era in passato quella di evitare liquidazioni fraudolente, non si può dire che questa giurisprudenza soffra di simili remore. Questa tesi, peraltro, non è solo giurisprudenziale, essendovi chi vi dà seguito, affermando che «viene meno la legittimazione attiva e passiva, perde ogni effetto la procura ai difensori, non vi è interruzione del processo (...) non v'è spazio per l'art. 111 c.p.c. (...) L'atto introduttivo del giudizio proposto da soggetto giuridicamente inesistente è *tamquam non esset*, si tratti di citazione o di ricorso, in appello o per cassazione»⁽¹⁹⁾.

(16) App. Napoli, 6 maggio 2005, cit.

(17) App. Napoli, 28 maggio 2008, cit., ha conseguenze meno gravi, ma riafferma il principio.

(18) App. Milano, 18 aprile 2012 (ord.), pubblicata in *Corr. giur.*, 2012, p. 1185 (fasc. 10) insieme a Cass., 18 giugno 2012, n. 9943 (ord.), con nota di TEDOLDI, *Estinzione della società e cancellazione dal registro delle imprese*, densa di riferimenti e con un'eccellente inquadramento della questione.

(19) GLENDI, *Cancellazione delle società, attività impositiva e processo tributario*, in *GT Riv. giur. trib.*, 2010 (fasc. 9), p. 749 ss., ivi a p. 752; tesi ribadita, più diffusamente, in GLENDI, *L'estinzione postliquidativa delle società cancellate dal registro delle imprese. Un problema senza fine?*, in *Corr. giur.*, 2013 (fasc. 1), p. 7 ss. (secondo il quale dinanzi alle esigenze di certezza delle situazioni giuridiche deve soccombere l'interesse dei creditori: v. in part. p. 9).

Ritiene che non vi siano successori della società anche TEDIOLI, *Riflessi processuali della equiparazione tra la cancellazione della società dal registro delle imprese e la sua*

Questo riferimento mi permette di tornare a quella decisione del tribunale di Milano cui facevo cenno poco fa. Con questa sentenza, il tribunale assolse per estinzione del reato per “morte del reo” una società, accusata di un illecito amministrativo, per essersi cancellata dal registro delle imprese.

La decisione mostra una consapevolezza del problema del tutto assente nelle decisioni, menzionate sopra, della corte d’appello di Napoli.

Si trattava di un caso di irrogazione di una sanzione amministrativa in base al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. La società era stata messa in liquidazione subito dopo la comunicazione dell’avviso di fissazione dell’udienza preliminare e poi, un mese dopo, cancellata dal registro delle imprese. Il tribunale, contro le richieste del pubblico ministero, che evidenziava il carattere fraudolento ed elusivo della cancellazione, dispose comunque di «non doversi procedere nei confronti dell’ente per essersi estinto l’illecito amministrativo da reato a seguito della cessazione della società (...) analogamente a quanto avviene, per le persone fisiche, nel caso di estinzione del reato per morte del reo».

Il tribunale di Milano ritiene che questa soluzione sia inevitabile per non violare il precetto dell’art. 27 cost., secondo cui la responsabilità penale è personale, principio applicabile anche alle persone giuridiche⁽²⁰⁾: la traslazione della responsabilità che si avrebbe «qualora il credito sanzionatorio fosse fatto valere nei confronti dei soci» sarebbe in contrasto con questo principio.

Senza addentrarsi in tematiche di diritto squisitamente penale, l’errore della sentenza è quello di ritenere che il socio risponda, dopo la cancellazione, per un debito altrui. In realtà, come si accennava sopra, il socio risponde dei debiti sociali perché egli ha diritto solo al residuo netto di liquidazione, depurato di ogni debito. D’altronde, la stessa legge prevede meccanismi specifici di imputazione della responsabilità amministrativa anche in caso di «vicende modificative» della società, e anche quando vi siano modificazioni soggettive (per chi ritenesse rilevante questo profilo), con dei criteri di attribuzione della responsabilità che

estinzione, in Giusto proc. civ., 2011 (fasc. 4), p. 1227 ss., il quale peraltro, nel suo successivo TEDIOLI, Le irragionevoli conseguenze processuali derivanti dall’equiparazione tra la cancellazione dal registro delle imprese di una società e la sua estinzione portano al rilievo di incostituzionalità dell’art. 2495 c.c., in Riv. dir. soc., 2012 (fasc. 3), p. 533 ss., pone in evidenza i problemi di tutela che si pongono per i creditori sociali, ma ritiene che il (gravissimo) pregiudizio alle ragioni dei creditori che deriverebbe dall’essere costretti a ricominciare ex novo un processo contro i soci (nel quale, si deve supporre, non potrebbe fare stato la sentenza intervenuta tra il terzo e la società ormai cancellata) sia un mero inconveniens non probante sul piano interpretativo.

(20) Cass., 18 febbraio 2010, n. 27735.

seguono talvolta il profilo soggettivo (fusione, scissione), talaltra quello oggettivo (cessione di azienda) (si vedano gli artt. 28 ss. del d.lgs. n. 231 del 2001). L'applicazione analogica della disciplina della scissione avrebbe potuto, anche qui, offrire una soluzione al tema dell'imputazione della responsabilità da reato.

E così, questa sentenza ha in comune con le altre quella di offrire una soluzione che, opinabile dal punto di vista teorico, è insostenibile dal punto di vista degli effetti pratici e degli incentivi offerti a chi usa delle strutture societarie per l'esercizio dell'impresa, dato che si consentirebbe ai soci di sfuggire a qualsiasi decisione sfavorevole con la semplice cancellazione dal registro delle imprese; né l'eventuale responsabilità di soci e liquidatori può avere sempre funzione di deterrente e garanzia per i terzi.

5. Le tesi "intermedie" (o erratiche)

Ci sono, poi delle tesi che affermano che vi sia successione, ma una successione molto particolare, soggetta a limiti o condizioni.

In primo luogo, vi è la tesi per cui succedono i soci illimitatamente responsabili, che affiora qua e là in giurisprudenza. Per esempio, di recente la cassazione⁽²¹⁾ - ma già c'erano altre testimonianze di questo indirizzo⁽²²⁾ - ha ritenuto ammissibile il ricorso per cassazione proposto dal socio illimitatamente responsabile di s.a.s. sulla base del principio di diritto secondo cui «in tema di società commerciali di persone (nella specie, una società in accomandita semplice) la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2495, cod. civ., co. 2, come modificato dal d.lgs. 17 gennaio 2006, n. 6, art. 4 (nella parte in cui ricollega alla cancellazione dal registro delle imprese l'estinzione delle società di capitali), comporta che la cancellazione, pur avendo natura dichiarativa, consente di presumere il venir meno della capacità e soggettività limitata delle società stesse, nei medesimi termini in cui analogo effetto si produce per le società di capitali; con la conseguenza che, nell'ipotesi che perdurino rapporti o azioni in cui esse sono parti, la legittimazione a proseguire le azioni stesse *si trasferisce in capo al socio illimitatamente responsabile*» (corsivo aggiunto).

È probabile che, nel caso di specie, il ricorso non fosse da considerare inammissibile, perché forse vi erano sufficienti ragioni processuali per

(21) Cass., 23 luglio 2012, n. 12796.

(22) App. Napoli, 13 marzo 2009 (data dec.), inedita.

giustificarne l'ammissibilità (eventualmente, con la successiva necessità di integrare il contraddittorio nei confronti degli altri soci). Ma quello enunciato dalla sentenza è un principio pericolosissimo, perché se ciò che fa diventare "successori", processuali o forse anche sostanziali, è la responsabilità illimitata, allora che cosa accade per le società che *non* hanno soci illimitatamente responsabili?

C'è, poi, una tesi per cui succedono i soci, ma a condizione che abbiano ricevuto qualcosa in sede di liquidazione. Anche questa è della cassazione⁽²³⁾, recente, e sarebbe stata preoccupante se non fosse intervenuta successivamente la corte a sezioni unite a contestarla, pur giudicandola «in sé certamente plausibile»⁽²⁴⁾.

Secondo questa decisione, il socio diventa successore (nel caso esaminato si trattava di decidere se fosse il corretto destinatario dell'impugnazione proposta contro la società) - solo se «egli abbia riscosso la quota in base al bilancio finale di liquidazione. Solo in tal caso» - afferma la corte -, «cioè, può ammettersi, in senso generale e lato, che il socio succeda, seppure *intra vires*, nei rapporti giuridici facenti capo alla società».

Sulla base di questo "principio" la corte dichiara inammissibile il ricorso rivolto contro la società (cancellata) e il socio unico, che era anche liquidatore, perché il ricorrente non aveva dedotto che il socio avesse ricevuto una somma in sede di riparto, «la quale condizione non attiene soltanto alla concreta possibilità di successivo soddisfacimento del credito originariamente vantato nei confronti dell'ente collettivo, ma anche della legittimazione processuale del socio ai fini della prosecuzione del processo originariamente instaurato contro la società».

La parte ricorrente era stata diligente e prudente: aveva evocato in giudizio sia il socio, sia il liquidatore; ma non aveva dedotto (in cassazione, peraltro) che il socio avesse ricevuto una quota di liquidazione.

Questa sentenza, in realtà, confonde la responsabilità *ex art.* 2495 c.c. con la posizione dei soci come successori della società e, anzi, potrebbe ascrivere al gruppo di decisioni secondo cui non vi è successione (ma solo, semmai, responsabilità *ex art.* 2495 c.c.): si potrebbe leggere la sentenza nel senso che, per effetto della cancellazione, la posizione soggettiva della società si converte, al più, in un debito (verso i soci). Il che varrebbe quanto dire che i soci non sono successori della società. Ma, se così fosse, allora lo strumento dell'allegazione della ricezione di una somma di danaro è certo insufficiente a fondare la legittimazione passiva

(23) Cass., sez. trib., 16 maggio 2012, n. 7676 e 16 maggio 2012, n. 7679, entrambe già cit.; le citazioni sono tratte dalla motivazione della prima, rispettivamente paragrafi 6 e 5; Cass., 9 novembre 2012, n. 19453.

(24) Così Cass., 12 marzo 2013, n. 6070, cit., p. 9.

dei soci. Coordinando l'argomento della cassazione con i principi in materia di domanda giudiziale, si dovrebbe prendere atto della cessazione della società senza successori, con conseguente estinzione del giudizio, con contestuale integrarsi dei presupposti per la responsabilità *ex art. 2495 c.c.*, ma (necessariamente) in un nuovo processo iniziato da una nuova domanda (nuovo processo in cui si potrebbe discutere dell'efficacia dell'accertamento divenuto definitivo solo successivamente alla cancellazione della società).

6. I rapporti processuali

Torniamo al tema dei rapporti processuali. Preliminarmente, occorre precisare che la cancellazione in corso di causa è da considerare illegittima.

Per quanto la decisione di procedere alla cancellazione in corso di causa possa essere "giustificata", in punto di fatto, per così dire, dalla notoria, esasperante lunghezza dei processi italiani (ma con il sospetto che molte cancellazioni in corso di causa siano fatte non per sfuggire alla lungaggine del processo, ma per frapporre un ostacolo all'avversario o sottrarsi, con il decorso del tempo, al fallimento), si deve escludere che sia legittimo procedere alla cancellazione finché una società sia parte in causa.

In primo luogo, l'esito della lite è suscettibile di incidere sulla formazione del bilancio finale di liquidazione, salvo che in alcuni particolarissimi casi; e, dunque, dovrebbe comportare la nullità del bilancio finale e, a cascata, la nullità della cancellazione.

In secondo luogo, la cancellazione in corso di causa, a maggior ragione se eseguita senza predisporre accantonamenti, è di per sé pregiudizievole per la controparte. Si potrebbe argomentare essere questo un mero pregiudizio di fatto, analogo a quanto accade nei casi in cui la società si scinda o fonda in corso di causa.

Nel caso della cancellazione, tuttavia, la situazione è particolare, perché non vi si può scorgere una motivazione estranea al processo, una motivazione, per così dire, "imprenditoriale", come quella che normalmente anima la partecipazione a un'operazione di fusione o scissione.

Al contrario, la cancellazione in corso di causa è addirittura *in contrasto* con lo scopo della liquidazione, che è quello di provvedere alla liquidazione dell'attivo, al pagamento dei crediti e alla ripartizione del residuo; ed è difficile non collocare la risoluzione delle controversie tra le attività addirittura prodromiche a quelle menzionate, e comunque tra le attività tipiche della liquidazione. La cancellazione disposta nel corso di una causa appare, dunque, di per sé illecita e, come tale, in grado di

far sorgere una responsabilità risarcitoria a carico del liquidatore che vi dia corso: una responsabilità specifica per l'aggravio di oneri conseguenti alla cancellazione, che appare atteggiarsi a responsabilità diretta nei confronti della controparte (una responsabilità, quindi, riconducibile al modulo dell'art. 2395 c.c., non a quello dell'art. 2394 c.c.).

Ma poniamo che cancellazione vi sia stata. La cancellazione è immediatamente efficace, anche se invalida, dato il carattere "societario" dell'atto di cancellazione e della sua nullità, per quanto detto sopra.

Questo non impedisce, tuttavia, a mio parere che il giudice apprezzi incidentalmente questa illegittimità e neghi l'effetto interruttivo.

Sarebbe, però, poco prudente per la controparte della società insistere in questa difesa, perché se poi un diverso giudice dovesse andare di diverso avviso (alquanto probabile, come si dirà subito), tutti gli atti successivi all'evento-cancellazione sarebbero nulli, con conseguente enorme rischio di non giungere a una valida decisione di merito.

La tesi maggioritaria è, invece, che il processo si interrompa e debba essere riassunto nei confronti dei soci⁽²⁵⁾.

La tesi prevalente, in sostanza, è in favore della riconduzione della cancellazione all'evento "morte" della persona fisica o estinzione della persona giuridica; equiparazione fatta

- senza indagine intorno all'esistenza di presupposti diversi dalla mera esecuzione della formalità della cancellazione,
- e senza neppure la verifica di possibili percorsi alternativi all'affermazione della necessità di proseguire il processo nei confronti dei soci come successori della società.

Si può però, a mio parere, tentare una interpretazione diversa, secondo cui la cancellazione non causa l'interruzione del processo non solo, e non tanto, per motivi sostanziali, ma per motivi processuali.

Si può fare tesoro, qui, della recente giurisprudenza della cassazione in tema di effetto (non) interruttivo della fusione, anche senza negare effetto estintivo alla stessa⁽²⁶⁾.

Il meccanismo della prosecuzione del processo mediante interruzione

(25) La tesi è stata di recente fatta propria da Cass., SS.UU., 12 marzo 2013, n. 6070, cit.

(26) Cfr. Cass., SS.UU., 14 settembre 2010, n. 19509, tra l'altro in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 887 ss., con nota di ZORZI, *Cancellazione ed estinzione della società tra problemi di diritto intertemporale, questioni di giurisdizione fallimentare, cessazione dell'impresa e fusione per incorporazione*; la recente Cass., SS.UU., n. 12 marzo 2013, n. 6070 svaluta il precedente, reputando che quella decisione si innestasse nella teoria della continuità; ma, al contrario, la decisione del 2010 ora citata è esplicita nel *confermare* la teoria estintiva, prevalente anteriormente alla riforma del 2003, e si dimostra perfettamente consapevole della distinzione tra il piano del carattere estintivo della fusione e il piano.

e successiva riassunzione, infatti, si giustifica in una prospettiva di tutela del contraddittorio e di garanzia del diritto di difesa degli eredi, dinanzi a un evento involontario e sovente imprevedibile nel *quando* quale è la morte della persona fisica.

Per quanto riguarda la fusione, la Cassazione si era dapprima basata sull'argomento sostanziale della nuova formulazione dell'art. 2504-*bis* c.c., in realtà esprimendo tra le righe un certo disfavore per qualunque ostacolo alla prosecuzione del processo.

Successivamente, accogliendo quelle motivazioni alternative che fanno perno sul carattere volontario dell'evento-fusione, la corte, pur confermando il carattere propriamente "estintivo" della fusione ante-riforma, dedusse da ciò che questo «venir meno» non necessariamente dovesse comportare l'interruzione del processo, superando l'indirizzo secondo cui la fusione, causando l'estinzione della società incorporata o fusa, era un evento che causava il «venir meno» della parte *ex art.* 110 c.p.c., da cui si desumeva l'applicazione degli artt. 299 ss. c.p.c.

Questo indirizzo è, a mio parere, perfettamente estensibile alla cancellazione della società.

In altri termini, *anche prendendo atto del fatto che la cancellazione provoca "estinzione"*, e quindi «venir meno» della parte, si può escludere che cancellazione della società sia idonea a fondare l'interruzione del processo, così come non lo è qualsiasi modificazione organizzativa che pur comporti una modificazione soggettiva (ivi compresa l'"estinzione" del precedente soggetto, come nel caso della fusione, dalla scissione totale, della trasformazione eterogenea in comunione d'azienda).

Anche la cancellazione è, in quanto momento terminale di un procedimento svolto sotto il controllo e l'impulso dei soci, un atto volontario della società: essa consegue alla decisione dei soci di approvare il bilancio, che è atto presupposto alla cancellazione.

7. Un problema non del tutto risolto:

la cancellazione non dichiarata in causa ma nota alla controparte

Nel caso esaminato dalla giurisprudenza di legittimità più avanzata in termini di tutela delle controparti della società estintasi per fusione, l'evento astrattamente interruttivo, rilevante in quel caso ai fini dell'individuazione del legittimato passivo all'impugnazione, non era stato dichiarato in causa ed era ignoto all'impugnante⁽²⁷⁾.

(27) Ci si riferisce ancora a Cass., SS.UU., 14 settembre 2010, n. 19509, cit.

In quel caso, dunque, si poteva fare riferimento a un principio di affidamento della parte incolpevole e di specialità delle forme pubblicitarie processuali, che comportano la disapplicazione del regime pubblicitario, nel corso del processo, delle iscrizioni nel registro delle imprese.

Un problema ancora diverso si pone, invece, nell'individuazione della parte contro cui deve essere rivolta l'impugnazione quando l'evento interruttivo non è stato dichiarato in causa, ma esso sia noto alla controparte.

Il tema è, ovviamente, analogo a quello dell'interruzione, con l'aggravante, per così dire, che parte della giurisprudenza, forse ormai prevalente, ritiene che l'art. 328 c.p.c. vada letto nel senso che «in caso di morte della parte vittoriosa, l'impugnazione della sentenza deve essere rivolta e notificata agli eredi, indipendentemente dal momento in cui il decesso è avvenuto e dalla eventuale ignoranza incolpevole del decesso da parte del soccombente, senza che sia possibile applicare l'art. 291 c.p.c. (rinnovazione della citazione per nullità della notificazione) in caso di impugnazione rivolta al defunto». Secondo questo indirizzo, l'atto di impugnazione deve, dunque, essere sempre necessariamente rivolto contro il titolare effettivo del rapporto⁽²⁸⁾.

Questa lettura non sembrava affatto necessitata, come parevano dimostrare alcune decisioni, secondo cui invece:

- nel caso di mancata dichiarazione dell'evento interruttivo, legittimato passivo resta la parte originariamente in causa;
- quand'anche si dovesse ritenere applicabile l'art. 328 c.p.c. alle persone fisiche per l'evento "morte", non necessariamente queste valgono per le persone giuridiche, per gli stessi motivi già visti prima.

È evidente, però, che il tema era troppo delicato per essere lasciato all'ondivaga giurisprudenza.

Per questo motivo due ordinanze interlocutorie, una della cassazione, l'altro della corte d'appello di Milano hanno cercato una soluzione autoritativa alla questione.

La cassazione ha rimesso alle sezioni unite la decisione circa la questione di massima di particolare importanza «degli effetti della cancellazione della società nei processi in corso nei quali essa è costituita, soprattutto se i difensori non abbiano notificato o comunicato in udienza, nel giudizio di merito, la perdita della capacità giuridica di tale parte societaria»⁽²⁹⁾. L'ordinanza prospettava una serie di possibili soluzioni, due delle quali

(28) Sul punto, anche per ampi riferimenti, cfr. Tedoldi, *op. cit.*, pp. 1193-1196.

(29) Cass., 18 giugno 2012, n. 9943 (ord.), pubblicata in *Corr. giur.*, 2012, p. 1185 (fasc. 10), insieme ad App. Milano, 18 aprile 2012 (ord.), con nota di TEDOLDI, *Estinzione della società e cancellazione dal registro delle imprese*, densa di riferimenti.

si erano affacciate anche in giurisprudenza (effetto interruttivo della cancellazione o continuazione del processo tra le parti originarie), una invece era stata ipotizzata da una dottrina (esistenza di un patrimonio di scopo analogo a un'eredità giacente)⁽³⁰⁾.

Nella seconda, un giudice di merito solleva questione di legittimità costituzionale degli artt. 2945 c.c. e 328 c.p.c. «nella parte in cui non prevedono, in caso di estinzione della società per effetto di volontaria cancellazione dal registro delle imprese, che il processo prosegua o sia proseguito nei gradi di impugnazione da o nei confronti della società cancellata, sino alla formazione del giudicato». La decisione parte dalla corretta, duplice constatazione che (a) l'art. 2495 c.c. riguarda solo l'instaurazione della causa (della *nuova* causa) per far valere la responsabilità dei soci fino a concorrenza di quanto ricevuto e che (b) non vi è una regolamentazione espressa della sorte dei processi in corso al momento della cancellazione. Di qui, però, deduce che non vi è una norma che preveda l'esistenza di un successore della società cancellata in corso di causa, con la conseguente disparità di trattamento tra la controparte di una società e di una persona fisica e (soprattutto, aggiungo) la violazione dell'art. 24 cost. per essere lesa il diritto di difesa della controparte di una società.

La questione di legittimità costituzionale era già, ed è oggi ancora più, dopo la recente decisione della cassazione, probabilmente inammissibile, perché, diversamente da quanto affermato dalla corte d'appello di Milano, non sembra affatto impossibile una lettura costituzionalmente orientata del sistema, dal quale desumere l'esistenza di un successore nei cui confronti proseguire la causa. E, infatti, nella decisione del 2013 le Sezioni Unite accedono senz'altro alla teoria della successione dei soci, pur con alcune precisazioni e limitazioni che consentono di ascrivere anche questa ultima decisione alle teorie "eclettiche".

La corte ritiene, infatti, che si formi sui beni e diritti non liquidati una comunione tra i soci, con esclusione solo delle «mere pretese, ancorché azionate o azionabili in giudizio», e dei «diritti di credito ancora incerti o illiquidi», la cui mancata inclusione nel bilancio finale di liquidazione fa desumere «che la società vi abbia rinunciato»; mentre dal punto di vista processuale ritiene che, quando si verifica successione, la causa debba interrompersi ed essere riassunta nei confronti dei soci, successori, mentre, se l'evento interruttivo non fosse stato dichiarato in causa (o fosse stato dichiarato dopo la chiusura della discussione), l'impugnazione vada comunque rivolta contro i soci-successori, a pena di inammissibilità.

(30) La tesi fu prospettata da SALAFIA, *Sopravvenienza di attività dopo la cancellazione della società dal Registro imprese*, in *Società*, 2008 (fasc. 8), p. 929 ss., ivi a p. 931.

Neppure questa soluzione, però, è sempre appagante. Ho già esposto sopra che ritengo che, se il procedimento di liquidazione non è completo, allora la cancellazione deve dirsi nulla (in senso “societario”), con la conseguente possibilità di evitare l’evento interruttivo; e anche che, essendo la cancellazione un atto volontario, essa non dovrebbe in nessun caso (anche se si ritiene la cancellazione efficace) produrre effetti interruttivi. La corte, invece, va di diverso avviso, premiando, di fatto, un comportamento talvolta apertamente abusivo delle società parti di un processo di cui temano l’esito, e interponendo un ostacolo alla realizzazione del diritto delle controparti della società che dovrà inevitabilmente spingere gli operatori a cautelarsi con clausole specifiche e garanzie collaterali di amministratori e soci, con conseguente ostacolo alle transazioni commerciali, aumento del costo del credito e, come sovente avviene, creazione di un “doppio binario” per creditori forti e creditori deboli.

Dall’altro, la distinzione tra crediti liquidi e illiquidi, o tra crediti e “mere pretese” non appaga perché qui, invece, si va a premiare la controparte di una società – che si vede liberata per effetto di un comportamento, la cancellazione dal registro delle imprese – che può essere motivata dai più diversi, e leciti, motivi.

In sintesi, la conclusione della Cassazione non appaga non solo per motivi strettamente ermeneutici, ma – dal punto vista sistematico – perché giustifica un diverso trattamento dei rapporti obbligatori, siano essi attivi o passivi, per il solo fatto che di essi è parte una società, con questo frustrando l’intento legislativo di rendere la contrattazione con le società, specie di capitali, la più sicura possibile e indifferente alle qualità soggettive del contraente⁽³¹⁾.

Abstract

The issue of the effects of the dissolution of companies on contractual relationships, credits and debts, pending litigation, and property still held in the name of the dissolved company, is far from being settled under Italian law. Statutory law only regulates the matter of debts, stating that shareholders remain liable for the debts of the company up to

(31) Si pensi, per esempio, a da un lato alle norme in materia di validità degli obblighi della società di cui agli artt. 8 ss. della I direttiva 68/151/CEE; dall’altro al principio stesso dell’immedesimazione organica, che impedisce per esempio di rendere l’amministratore automaticamente responsabile dell’inadempimento della società, evitando così al creditore della società un *vantaggio* derivante dall’aver contrattato con una società, anziché con una persona fisica: in mancanza, oltre a frustrare la regola della responsabilità limitata, si assegnerebbe automaticamente al creditore della società un altro debitore.

the amount they received as a distribution. This short conference paper briefly reviews the state of precedents, and offers a point of view on the issue, especially with regard to the effects on pending litigation, summarising a more complete work by the author. The author suggests that, when a company is stricken off the register during litigation, the counterparty should have the option either to have it restored to the register (thus allowing litigation to continue) or to pursue the shareholders as successors in the company's position.

Le clausole sociali e il Sistema di Preferenze Generalizzate dell'Unione europea

Alessia Morato

Dottoressa magistrale in Economia e finanza

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Passaggio dal GATT all'OMC. - 3. Il Sistema di Preferenze Generalizzate: definizione. - 4. Differenze rilevanti dei regolamenti CEE. - 5. Caso pratico: analisi dei Paesi beneficiari dell'SPG che hanno rispettato i "core labour standards". - 5.1. (Segue) I Paesi che hanno ottenuto il beneficio del regime speciale di incentivazione a tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori o quello per lo sviluppo sostenibile e il buon governo. - 6. Caso pratico: Paesi che sono stati revocati dall'elenco di Paesi beneficiari delle preferenze tariffarie. - 6.1. (Segue) Myanmar (Birmania). - 6.2. (Segue) Bielorussia. - 6.3. (Segue) Sri Lanka. - 6.4. (Segue) Venezuela. - 7. Conclusioni.

1. Introduzione

L'obiettivo di questo articolo⁽¹⁾ consiste nell'analisi dei regolamenti emanati dal Consiglio dell'Unione europea relativi all'applicazione del Sistema di preferenze generalizzate per valutare le potenzialità dell'uso di tale schema per incentivare i Paesi in via di sviluppo nel rispettare i diritti umani nella produzione e scambio di prodotti destinati al commercio internazionale.

Il Sistema di preferenze generalizzate può essere, infatti, citato come esempio di regolazione internormativa del commercio e dei diritti sociali in quanto indirizzato ad una sempre più crescente esigenza di legare il commercio al rispetto dei diritti dei lavoratori a causa di un'assente armonizzazione da parte di tutti i membri del commercio internazionale di livelli minimi di tutela dei diritti sociali.

Unico organismo pertinente nello stabilire regole uniformi in materia di lavoro a livello internazionale è l'Organizzazione Internazionale del Lavoro:

(1) Il presente saggio si basa sulla tesi di laurea magistrale in Economia e finanza discussa il 29 marzo 2011 presso l'università Ca' Foscari Venezia.

l'insieme degli Stati membri, anche qualora non abbiano ratificato le convenzioni in oggetto, sono obbligate, per il solo fatto di appartenere all'organizzazione, a rispettare i diritti fondamentali dei lavoratori che formano oggetto delle relative convenzioni. Grande limite di quest'organizzazione va rilevato nella mancanza di disposizioni sanzionatorie nel caso di violazione di una delle Convenzioni internazionali sul lavoro⁽²⁾. Per tale motivo, si è posto il problema di creare degli strumenti propri del commercio internazionale per garantire una diffusione più rapida ed estesa dei diritti dei lavoratori, attraverso l'inserimento della clausola sociale negli accordi di natura commerciale, come nel Sistema di preferenze generalizzate.

A seguito delle novità concernenti il rispetto dei diritti umani e dell'ambiente, introdotte dal Consiglio dell'Unione europea all'interno dei vari regolamenti emananti nel corso degli anni, in questo studio si è voluto verificare se sussiste correlazione positiva o meno tra la riduzione o esenzione dei dazi doganali sui prodotti esportati dai PVS all'interno del mercato comunitario offerta dal SPG, e l'applicazione da parte dei PVS delle Convenzioni OIL riguardanti i diritti umani e la tutela dell'ambiente.

Questa scelta politica dei Paesi industrializzati di migliorare i *core labour standard* nei Paesi in via di sviluppo deriva dal fatto che nel medio periodo ciò comporta un miglioramento delle condizioni di vita dei lavoratori, determinando un aumento di produttività del lavoro, da cui conseguono maggior competitività e guadagni per il Paese stesso, anche se inevitabilmente nel breve periodo i costi di produzione risultano elevati riducendo, così, la competitività-prezzo delle esportazioni dei PVS (nonostante la competitività sia mantenuta elevata dai bassi salari relativi).

2. Passaggio dal GATT all'OMC

L'accordo Generale sulle Tariffe e il Commercio (GATT), firmato il 30 ottobre 1947 ed entrato in vigore il 1° gennaio 1948⁽³⁾, costituisce l'elemento centrale della cooperazione multilaterale in materia di commercio internazionale⁽⁴⁾ e si basa sul principio della nazione più favorita⁽⁵⁾.

(2) Cfr. PERULLI, *Diritti sociali e mercato globale*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, p. 941 ss.

(3) ADINOLFI, *L'Organizzazione Mondiale del Commercio. Profili Istituzionali e Normativi*, Padova, 2001, p. 10. v. *Protocol of Provisional Application of the GATT*, in *BISD*, vol. IV, p. 77 ss. Per una traduzione in italiano non ufficiale v. PICONE, SACERDOTI, *Diritto Internazionale dell'Economia*, Milano, 1982, p. 409.

(4) GIARDINA, TOSATO, *Diritto del Commercio Internazionale*, Milano, 1996, p. 3

(5) Il principio fondamentale del GATT è quello di non discriminazione nel commercio che si articola nel trattamento generalizzato della nazione più favorita (art. I, par. 1) e nel

Le questioni riguardanti lo sviluppo economico furono, però, inizialmente discusse nell'ambito dei negoziati intrapresi all'Avana fra il mese di novembre del 1947 e il mese di marzo del 1948, e avrebbero dovuto condurre alla costituzione dell'ITO (Organizzazione Internazionale del Commercio), come organizzazione permanente che regolasse il commercio mondiale, da affiancare a quelle nate dalla Conferenza di Bretton Woods ovvero Banca mondiale e Fondo Monetario Internazionale⁽⁶⁾. La Carta fu approvata dalla Conferenza delle Nazioni Unite per il commercio e l'occupazione ivi convocata su iniziativa dell'Ecosoc (Il Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite)⁽⁷⁾ ma ad essa non seguì la ratifica degli stati firmatari, in particolare degli Usa stessi⁽⁸⁾.

I problemi dei Paesi in via di sviluppo in tale periodo non erano ancora apparsi nella loro gravità, dato che la maggior parte dei Paesi economicamente poco sviluppati non aveva ancora raggiunto l'indipendenza.

Il fallimento dell'ITO non comportò l'abbandono definitivo del progetto di cooperazione multilaterale commerciale in campo commerciale. Nel corso dei negoziati per la redazione della Carta dell'Avana, gli Stati partecipanti, al fine di favorire una più accelerata ricostruzione delle economie nazionali, accolsero la proposta statunitense di avviare delle trattative per una riduzione degli ostacoli al commercio internazionale, i cui risultati si sarebbero dovuti applicare fintantoché la Carta non fosse entrata definitivamente in vigore una volta raggiunto il numero prescritto di ratifiche⁽⁹⁾. Questi negoziati paralleli si conclusero il 30 ottobre 1947, con la firma, da parte dei rappresentanti di 23 Stati, dell'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio.

Una volta divenuto chiaro che la Carta dell'Avana non sarebbe entrata in vigore, il GATT rimase l'unico strumento multilaterale per la regolamentazione giuridica degli scambi commerciali aperto a tutti gli Stati⁽¹⁰⁾.

trattamento nazionale (art. III). Per un maggior approfondimento della normativa, v. GIARDINA, TOSATO, *op. cit.*, Milano, 1996, p. 3 ss.

L'Accordo Generale sulle Tariffe Doganali e il Commercio è disponibile al sito internet http://www.general-files.com/download/gs56208d5ch32i0/gatt47_i_enc.pdf.html, consultato il 20 aprile 2013.

(6) GIARDINA, TOSATO, *op. cit.*, p. 4.

(7) V. YUN 1946 - 1947.

(8) PICONE, SACERDOTI, *op. cit.*, p. 409. Sulla genesi e mancata adozione della Carta v. SCHIAVONE, *Il principio di non-discriminazione nei rapporti commerciali internazionali*, Milano, 1966, p. 17 ss; GARDNER, *Politica Economica e Ordine Internazionale*, Milano, 1978, p. 270 ss; GALGANO, MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, Padova, 2011.

(9) V. YUN 1947 - 48, p. 978.

(10) ADINOLFI, *op. cit.*, p. 11 ss. Data la mancata ratifica della Carta d'Avana, essa assegnò

Le disposizioni della Carta d'Avana (il capitolo quinto sulla politica commerciale) furono inserite nel testo del GATT e andarono a costituire l'articolo XVIII dell'Accordo Generale; era l'unica disposizione che teneva in considerazione i problemi dei Paesi "meno sviluppati".

Agli inizi degli anni sessanta, con l'esaurirsi del processo di decolonizzazione, e l'ingresso all'ONU dei nuovi Stati indipendenti africani (che modificano a favore dei Paesi in via di sviluppo la maggioranza in seno all'Assemblea generale), il problema dello sviluppo acquista per la prima volta il ruolo di variabile macroeconomica centrale per l'intero equilibrio della Comunità internazionale. Per tale motivo le Nazioni Unite, sottoposte sempre più alla pressione dei Paesi in via di sviluppo, costituirono un organo sussidiario dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite: la Conferenza delle Nazioni Unite per il commercio e lo sviluppo, detta UNCTAD.

Tale conferenza, convocata dall'Assemblea generale con ris. 1820 (XVII) del 18 dicembre 1962, si tenne a Ginevra e servì a lanciare, con le numerose risoluzioni, le linee-guida di un programma di misure commerciali a favore dello sviluppo, in conformità con le richieste dei PVS, e riprodotte nel noto rapporto di Raul Prebisch, segretario generale della Conferenza, dal titolo *Towards a New Trade Policy for Development*. L'Economista argentino Prebisch nel Rapporto presentato alla prima conferenza sul commercio e lo sviluppo delle Nazioni Unite sottolineava la grave situazione economica in cui versavano i PVS e proponeva come strategia una riforma concernente l'accesso dei prodotti originari dai PVS nei mercati dei paesi industrializzati sulla base di un trattamento tariffario preferenziale non reciproco⁽¹¹⁾, la quale non venne sostenuta dai Paesi Sviluppati.

Pochi mesi dopo la conclusione della Conferenza di Ginevra, nel novembre del 1964, durante i lavori del Kennedy Round, le parti contraenti del GATT decisero di aggiungere all'Accordo originario una parte IV relativa al «commercio ed allo sviluppo». Il fine di tale aggiunta sta nel fatto di rendere operante nell'Accordo, in deroga all'art. XXVIII-bis, il principio di non-reciprocità contenuto nell'art. XXXVI, par. 8⁽¹²⁾.

al GATT, un'organizzazione di carattere provvisorio, le redini del commercio mondiale. Si trattava di un'unione non istituzionalizzata, non dotata di personalità giuridica, priva di un qualsiasi assetto organizzativo. Vedi SARDA, *Le transazioni internazionali sui servizi nell'organizzazione mondiale del commercio*, in *Dir. comm. int.*, 1996, p. 423; GARDNER, *op. cit.*, p. 20.

(11) Il principio di non reciprocità appare per la prima volta nella risoluzione 1707 (XVI) dell'Assemblea generale delle N.U. del 19 dicembre 1961(para.1), con cui si raccomanda ai PS di accordare al commercio dei PVS, speciali agevolazioni non implicanti necessariamente piena reciprocità. TRIGGIANI, *op. cit.*, p. 221.

(12) «Le parti contraenti sviluppate non si aspettano reciprocità per gli impegni da esse presi nei negoziati commerciali per ridurre i dazi doganali ed altri ostacoli al commercio delle parti contraenti poco sviluppate».

Nella fase finale della seconda sessione dell'UNCTAD, svoltasi a Nuova Delhi nel 1968, l'accordo tra PS e PVS per l'accoglimento del Sistema di Preferenze Generalizzate e non discriminatorio in favore delle esportazioni di articoli manufatti e semi-finiti dei PVS viene raggiunto in seguito alla votazione unanime della ris. 21 (II) del 26 marzo 1968⁽¹³⁾. Dopo lunghe consultazioni con i vari Stati, il Comitato Speciale per le Preferenze fu in grado di attuare delle "Conclusioni concordate", e attraverso il loro accoglimento definitivo da parte del Consiglio del Commercio e dello Sviluppo dell'UNCTAD con ris. 75 (S-IV) nell'ottobre 1970⁽¹⁴⁾ venne approvato a favore dei PVS il principio delle preferenze generalizzate, non reciproche e non discriminatorie in favore dell'esportazioni dei PVS⁽¹⁵⁾.

Con la soluzione raggiunta i PS accettavano di concedere unilateralmente preferenze commerciali, però di natura temporanea e sfornite di carattere giuridicamente vincolante, riservandosi la facoltà di modificare o eventualmente sopprimere il trattamento stabilito⁽¹⁶⁾.

L'accoglimento del principio del sistema di preferenze generalizzate creava un problema, ossia entrava in contrasto con il principio fondamentale del GATT : la clausola della nazione più favorita. Dopo molte discussioni, le parti contraenti approvano, il 25 giugno 1971, un progetto di risoluzione⁽¹⁷⁾ che prevedeva una deroga temporanea⁽¹⁸⁾ per dieci anni⁽¹⁹⁾ alle disposizioni dell'Art. I del GATT al fine di permettere alle parti contraenti sviluppate di accordare un trattamento tariffario preferenziale ai prodotti originari dei paesi e dei territori in via di sviluppo

(13) I principi generali del Sistema di Preferenze Generalizzate vengono fissati dall'UNCTAD mentre vengono affidate al Comitato Speciale per le Preferenze (un organo sussidiario del Consiglio del Commercio e dello Sviluppo dell'UNCTAD) le modalità di attuazione di tali principi. PICONE, LIGUSTRO, *op. cit.*, p. 455.

(14) PICONE, LIGUSTRO, *op. cit.*, p. 455.

(15) GIARDINA, TOSATO, *op. cit.*, p. 123.

(16) DONDI, *op. cit.*, p. 273.

(17) Dal titolo *Autorizzazione all'introduzione delle preferenze generalizzate: decisione di deroga*, in BISD - 18th Supplement, p. 24. Generalized System of Preferences; Decision of 25 June 1971 (L/3545) (June 28, 1971), disponibile al sito <http://gatt.stanford.edu/page/home>, consultato il 5 marzo 2013.

(18) Gli Stati industrializzati avevano rifiutato l'introduzione di una deroga generale alla clausola della nazione più favorita nella parte IV dell'Accordo generale. Per tale motivo il sistema di preferenze generalizzate dovette ottenere una deroga espressa di carattere provvisorio in base all'art. XXIV.5 del GATT.

(19) PANICO, *La partecipazione della C.E.E. al sistema di preferenze tariffarie generalizzate in favore dei paesi in via di sviluppo*, in *Rivista di diritto europeo*, 1978, p. 43.

senza accordare lo stesso trattamento ai prodotti simili delle altre parti contraenti sviluppate⁽²⁰⁾.

La deroga solo temporanea accolta dal GATT non aveva soddisfatto i PVS, che non trovavano in essa garanzie adeguate, e iniziarono subito pressioni per ottenere un fondamento giuridico permanente al Sistema di Preferenze Generalizzate. Venne così adottata, al termine del Tokyo Round⁽²¹⁾ nel 1979, una seconda delibera, con cui si introduceva nel GATT la c.d. «*Enabling Clause*» (o Clausola di Abilitazione)⁽²²⁾ con la quale si stabilì che il trattamento preferenziale e più favorevole nei confronti dei Paesi in via di sviluppo rientrava nel quadro di una deroga permanente alla clausola della nazione più favorita sancita dall'art. I GATT.

La deroga alla clausola della nazione più favorita attraverso la clausola di abilitazione è possibile solamente se i Paesi sviluppati, nel predisporre l'SPG, dimostrano di rispettare alcune condizioni formali e sostanziali: il trattamento differenziato e più favorevole per i PVS deve essere configurato e modificato «*to respond positively to the development, financial and trade needs of developing countries*».

La notevole crescita economica mostrata da alcuni PVS degli anni '70 ha comportato l'introduzione nel GATT della c.d. clausola evolutiva o di ritorno graduale, la quale non identificava alcun parametro oggettivo in base al quale valutare il livello di sviluppo economico raggiunto da ciascun Paese beneficiario e pertanto conferiva⁽²³⁾ ai Paesi sviluppati la possibilità di modificare o revocare unilateralmente il trattamento preferenziale⁽²⁴⁾ proprio nei settori di maggiore interesse per i Paesi in via di sviluppo⁽²⁵⁾. Questa lacuna è stata colmata, successivamente, dalla disciplina posta dall'Accordo OMC e dai suoi allegati, distinguendo, nell'ampia categoria dei PVS, i Paesi meno avanzati.⁽²⁶⁾

(20) DI TURI, *Il Sistema di Preferenze Generalizzate della Comunità europea dopo la controversia con l'India sul regime speciale in tema di droga*, in *Riv. dir. internaz.*, 2005, p. 720 ss.

(21) DONDI, *op. cit.*, p. 275.

(22) Differential and More Favourable Treatment, Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries; Decision of 28 November 1979 (L/4903) (December 3, 1979). V. <http://docsonline.wto.org>, consultato il 2 febbraio 2013.

(23) DONDI, *op. cit.*, p. 276.

(24) ADINOLFI, *op. cit.*, p. 95 ss.

(25) DONDI, *op. cit.*, p. 276.

(26) ADINOLFI, *op. cit.*, p. 100. La WTO considera come paesi meno avanzati quelli così elencati dalle Nazioni Unite. Ci sono attualmente 49 paesi meno avanzati nella lista delle Nazioni Unite, 32 dei quali sono membri dell'OMC. Per elenco v. sito http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org7_e.htm oppure sito www.unohrlls.org, consultato il 15 febbraio 2013. PICONE, LIGUSTRO, *op. cit.*, p. 460 ss.

Agli inizi degli anni ottanta, a seguito della crisi del sistema economico mondiale, è sorta la necessità di una riforma della regolamentazione sostanziale degli scambi internazionali e rafforzamento dei meccanismi istituzionali del GATT, la quale venne discussa all'interno dell'Uruguay Round. La conclusione dei negoziati dell'Uruguay Round venne celebrata in occasione della Conferenza di Marrakech, in Marocco, del 15 aprile 1994 e istituì l'Organizzazione mondiale del commercio (*World Trade Organization*), la quale ha sostituito e assorbito dal 1° gennaio 1995 il GATT⁽²⁷⁾, ma ne conserva i principi e molte regole.

L'Organizzazione Mondiale del Commercio si basa sul principio della "clausola della nazione più favorita", ovvero i Paesi industrializzati e i PVS vengono integrati nello stesso piano; questo comporta una rottura rispetto al passato. La motivazione di questa filosofia dell'OMC sta nel fatto di accogliere senza limiti il liberalismo economico su scala mondiale.

L'OMC si è occupato nei primi anni della sua attività delle questioni emerse in relazione al fenomeno del *social dumping*, che ha generato preoccupazioni nei paesi avanzati, determinando pressioni per l'introduzione di una "clausola sociale" che imponga *labour standard*, ossia requisiti minimi di tutela del lavoro e che consenta ad un paese di imporre restrizioni alle importazioni dai paesi che non soddisfino tali requisiti minimi.

La posizione dei PVS è stata nettamente contraria alla clausola sociale sulla base della considerazione che l'arretratezza economica di un paese può giustificare la bassa tutela del lavoro e che un innalzamento del livello della tutela stessa risponderebbe essenzialmente agli interessi protezionistici dei Paesi più sviluppati⁽²⁸⁾.

(27) Per un'analisi delle ragioni che hanno portato alla modifica del sistema precedente e alla creazione dell'Organizzazione mondiale del commercio v. SACERDOTI, *La trasformazione del GATT nell'organizzazione mondiale del commercio*, in *Dir. comm. int.*, 1995, p. 73 ss.; ZAMPETTI, *L'Uruguay Round: una panoramica dei risultati*, in *Dir. comm. int.*, 1994, p. 825; QUICK, *I risultati dell'Uruguay Round del GATT e l'istituzione dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, in *Commercio internazionale*, 1994, p. 675; MARCEAU, *Transition from GATT to WTO. A most pragmatic operation*, in *Journal World Trade*, 1995, p. 146; PETERSMANN, *The transformation of the world trading system through the 1994 agreement establishing the world trade organization*, in *Eur. journ. intern. law*, 1995, p. 161; KUFUOUR, *From the GATT to the WTO: the developing countries and the reform of the procedures for the settlement of international trade disputes*, in *Journal of World Trade*, 1997, p. 117 ss.

Per quanto riguarda la struttura dell'OMC v. GREPPI, *La disciplina giuridica internazionale della circolazione dei servizi*, Napoli, 1994, p. 96; SECCHI, SACERDOTI, *L'Uruguay Round del Gatt*, Milano, 1987; ADINOLFI, *op. cit.*, p. 46 ss.

(28) Questa teoria dei PVS non è proprio corretta. Infatti la stessa teoria dell'innovazione sottolinea come la scelta politica di migliori *labor standard* nei paesi inizialmente arretrati, se da un lato aumenta i costi di produzione e pertanto riduce nel breve termine la competitività-prezzo delle loro esportazioni (competitività peraltro mantenuta assai elevata dai bassi salari relativi), dall'altro lato induce nel medio periodo incentivi ad una migliore

L'opposizione dei PVS ha impedito l'approvazione della clausola sociale nella Conferenza Ministeriale dell'OMC tenuta a Singapore nel dicembre 1996.

Il WTO, in tale conferenza, accetta l'esistenza di un possibile legame tra questioni relative al commercio e al lavoro, ma riconosce l'ILO come autorità internazionale competente in materia di lavoro, evitando pertanto in linea di massima di inserire esplicitamente nei propri accordi provvedimenti specifici che favoriscano il rispetto di standard di lavoro accettabili e di conseguenza l'applicazione di sanzioni finanziarie per i Paesi trasgressori.

Queste decisioni prese dalla WTO, hanno da una parte incrementato l'interesse dei PVS a mantenere il Sistema di preferenze generalizzate come uno dei pochi strumenti rimasti a garantire il trattamento differenziato a loro beneficio e dall'altra motivato i PS a creare questo strumento proprio del commercio internazionale per favorire la diffusione di politiche sociali volte a premiare i PVS che rispettano le Convenzioni OIL concernenti i *core labour standard*⁽²⁹⁾.

3. Il Sistema di Preferenze Generalizzate: definizione

Il Sistema delle Preferenze Generalizzate (SPG) accorda un accesso preferenziale al mercato dell'Unione europea ai Paesi in via di sviluppo, classificati dalla Banca mondiale come paesi a basso reddito e rappresenta uno strumento volto a ridurre la povertà e a promuovere il buon governo, nonché lo sviluppo sostenibile aiutando tali paesi a generare, grazie al commercio internazionale, entrate aggiuntive che potranno in seguito essere reinvestite ai fini del proprio sviluppo e favorire una diversificazione delle loro economie. Pertanto, per stimolare l'export da tali paesi, il Paese donatore incentiva le importazioni di beni originari di questi mercati abbassando, o addirittura annullando, i dazi doganali che invece gravano sulla stessa tipologia di prodotto quando esso è originario da altri paesi non beneficiari del sistema SPG.

valorizzazione del capitale umano, da cui conseguono aumenti di produttività del lavoro e guadagni di competitività. Diversi studi dimostrano che l'attrattività di un paese di fare degli investimenti su un paese estero è direttamente proporzionali al rispetto degli standard di lavoro. Cfr. ONIDA, *Globalizzazione, standard sociali e del lavoro e ruolo dell'ILO*, 2008, p. 4, disponibile al sito internet http://www.astrid-online.it/Governo-de1/Studi-ric/ONIDA_Standard-sociali-e-del-lavoro.pdf, consultato il 25 febbraio 2013.

(29) Sul tema del commercio e diritti sociali all'interno del Sistema di preferenze generalizzate v. PATANO, SALOMONE, *Trade and Labour within the European Union Generalized System of preferences*, 2008, New York University School of Law, New York.

Il Sistema di preferenze generalizzate è adottato da diversi Paesi sviluppati⁽³⁰⁾, il quale ha differenze consistenti per certi aspetti in relazione al Paese donatore preso in esame, ma anche elementi comuni⁽³¹⁾. Limitandoci al Sistema di Preferenze generalizzate europeo, il consiglio dell'Unione europea ha adottato, il 20 dicembre 1994, un nuovo sistema di preferenze generalizzate per i prodotti industriali⁽³²⁾ avente come base giuridica l'articolo 133 del Trattato della Comunità Europea. Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il recente Regolamento (UE) n. 978/2012⁽³³⁾ ha introdotto come base giuridica l'articolo 207 del Trattato su funzionamento dell'Unione europea (ex art 133 del TCE).

L'Unione europea per fissare quali Paesi in via di sviluppo hanno le caratteristiche di esser considerati tali, utilizza l'elenco elaborato dall'OCSE⁽³⁴⁾ e il regime generale viene concesso a tutti i Paesi beneficiari classificati dalla Banca mondiale fra i paesi a reddito non elevato e con esportazioni insufficientemente diversificate⁽³⁵⁾. All'interno della più ampia categoria dei Paesi in via di sviluppo ne è prevista un'ulteriore concernente i Paesi meno avanzati⁽³⁶⁾. Quest'ultimi vengono ulteriormen-

(30) I paesi industrializzati che hanno adottato schemi SPG sono i seguenti: Comunità europea, Australia, Canada, Giappone, Nuova Zelanda, Norvegia, Svizzera, Turchia e USA. Per informazioni più dettagliate su ciascuno di questi schemi, v. le pubblicazioni dell'UNCTAD comprese nella serie *Generalized System of Preferences*, disponibili anche in internet al seguente indirizzo www.unctad.org/gsp/handbook, consultato il 1° marzo 2013.

(31) Per un'analisi dettagliata v. PICONE, LIGUSTRO, *op. cit.*, p. 464 ss.

(32) Regolamento (CE) n. 3281/94 del 19 dicembre 1994, recante applicazione di uno schema pluriennale di preferenze tariffarie generalizzate per il periodo 1995-1998 a taluni prodotti industriali originari di paesi in via di sviluppo, *GUCE* L 348 del 31 dicembre 1994. Cfr. PANICO, *La partecipazione della C.E.E. al sistema di preferenze tariffarie generalizzate in favore dei paesi in via di sviluppo*, in *Rivista di diritto europeo*, 1978, p. 43 ss.

(33) Regolamento (UE) n. 978/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 relativo all'applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate e che abroga il regolamento (CE) n. 732/2008 del Consiglio. *GUCE* L 303, p. 1 del 31 ottobre 2012, entrato in vigore il 20 novembre 2012.

(34) La classificazione dei PVS è differente a seconda degli indicatori utilizzati dalle diverse istituzioni (ONU, Banca Mondiale, ECOSOC ecc.). L'OCSE utilizza come criteri: basso reddito pro capite; bassi tassi di crescita del reddito nazionale; bassi tassi di crescita del reddito pro capite; ristretta base industriale; ridotta accumulazione di capitale; alta percentuale di povertà assoluta; basso tenore di vita, come da indicatori ISU circa sanità, mortalità, fame ed educazione.

(35) Art. 4 del Reg. (UE) n. 978/2012.

(36) La distinzione tra le due categorie di Paesi in via di sviluppo è recepita nel sistema SPG fin dall'origine e la legittimità del diverso e più favorevole trattamento a beneficio dei Paesi meno avanzati è riconosciuto nella stessa Clausola di Abilitazione. La WTO considera come paesi meno avanzati quelli elencati dalle Nazioni Unite: ci sono attualmente 49 paesi

te favoriti rispetto ai “normali” Paesi in via di sviluppo attraverso misure speciali che nella maggior parte dei casi si concretizzano nella totale abolizione dei dazi doganali per i prodotti da loro esportati⁽³⁷⁾.

I Paesi ammissibili al SPG sono elencati nell'apposito allegato del Regolamento (UE) n. 978/2012⁽³⁸⁾ il quale può, in qualsiasi momento, esser modificato con atto delegato della Commissione al fine di tenere conto dei cambiamenti nello stato internazionale o nella classificazione dei paesi⁽³⁹⁾. Confrontando il regolamento (UE) 978/2012 con il regolamento n. 980/2005 si può osservare che il numero di Paesi ammessi a beneficiare del regime generale è sceso da 176 a 89. La spiegazione di tale riduzione deriva dai progressi che l'applicazione del Sistema di preferenze generalizzate ha apportato ai Paesi beneficiari da un punto di vista di crescita economica e sociale. Nell'ultimo decennio, infatti, grazie all'applicazione del regime, molti Paesi hanno aumentato la propria competitività a livello globale, diminuendo drasticamente le necessità di sovvenzione; tali Paesi, secondo i calcoli della Commissione, assorbivano oltre il 40% complessivo delle esportazioni preferenziali, situazione inaccettabile, in particolare in un periodo di risorse scarse. Pertanto, la Comunità europea ha ritenuto necessario aggiornare l'elenco dei Paesi ammissibili al SPG al fine di renderlo compatibile con la realtà economica, sociale esistente⁽⁴⁰⁾. Questo elenco predisposto nell'allegato II del regolamento citato include Paesi per i quali le preferenze tariffarie possono essere temporaneamente revocate o sospese quando i) sia stato classificato dalla Banca Mondiale come paese ad alto reddito nel corso dei tre anni consecutivi immediatamente precedenti all'aggiornamento dell'elenco dei Paesi beneficiari ad eccezione, fino al 21 novembre 2012, per quei Paesi che al 20 novembre 2012 hanno siglato un accordo bilaterale di accesso preferenziale al mercato con l'Unione, il quale

meno avanzati, 32 dei quali sono membri dell'OMC. Per elenco consulta il sito http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org7_e.htm oppure sito www.unohrrls.org, consultato il 3 marzo 2013. PICONE, LIGUSTRO, *op. cit.*, p. 460 ss. Sulle particolari difficoltà che incontrano i PMA nella promozione del proprio interscambio commerciale v. WTO doc. WT/COMTD/W/11 *Market access for exports of goods and services of the least-developed countries: barriers and constraints. Note by the secretariat* del 26 ottobre 1998.

(37) Per un'analisi dettagliata delle iniziative dei Paesi donatori di preferenze in favore delle esportazioni dei Paesi meno avanzati, v. il documento UNCTAD *Improving Market Access for Least Developing Countries, UNCTAD/DITC/TNCD/4*, 2001.

(38) Allegato I del Reg. (UE) n. 978/2012.

(39) Art. 3 del Reg. (UE) n. 978/2012.

(40) http://www.ipsoa.it/Fisco/dal_1_gennaio_2014_cambia_il_sistema_della_preferenze_generalizzate_id1102116_art.aspx, consultato il 30 aprile 2013.

offre, per la quasi totalità degli scambi, le stesse o più favorevoli preferenze tariffarie del sistema; oppure ii) beneficia di un regime d'accesso preferenziale al mercato cui offre, per la quasi totalità degli scambi, le stesse preferenze tariffarie del sistema o condizioni più favorevoli. Le condizioni appena elencate non si applicano ai Paesi meno avanzati⁽⁴¹⁾.

L'esclusione del Paese ammissibile dal regime generale per i due criteri appena elencati non è definitiva in quanto la Commissione riesamina l'elenco dei Paesi beneficiari dell'SPG inseriti nell'allegato II entro il primo gennaio di ogni anno successivo all'entrata del novello regolamento. Quando la Commissione decide di revocare dall'elenco suddetto un Paese, l'esclusione non avviene in automatico, ma decorso un periodo di tempo sancito dall'articolo 5 del regolamento citato, che varia a seconda della motivazione di esclusione. Decorso tale termine, la Commissione adotta atti delegati conformemente all'articolo 36 del regolamento UE in analisi, per modificare l'allegato II sopra indicato e notifica la decisione al Paese beneficiario.

L'Unione europea ha predisposto, inoltre, un meccanismo di sospensione dal regime generale del sistema di preferenze generalizzate: il meccanismo di graduazione. Esso è volto alla sospensione delle preferenze tariffarie concesse dal regime generale per quei Stati che, per tre anni consecutivi, esportano nell'Unione europea prodotti originari di una sezione SPG per un valore medio eccedente le soglie fissate dall'allegato IV del Regolamento (UE) 978/2012⁽⁴²⁾.

Il nuovo quadro normativo sancito dal regolamento in esame prevede ogni tre anni un riesame da parte della Commissione dell'elenco dei Paesi ammessi a beneficiare del regime generale al fine di sospendere o di ristabilire le preferenze tariffarie. La modifica dell'elenco avviene previo atto di esecuzione il quale si applica a decorrere dal 1° gennaio dell'anno seguente alla sua entrata in vigore⁽⁴³⁾. Per quanto concerne i tempi di esclusione dei Paesi meno avanzati sono più lunghi in quanto l'atto delegato della Commissione ha efficacia decorso tre anni dalla sua entrata in vigore⁽⁴⁴⁾.

Fino ad ora abbiamo esaminato esclusivamente le caratteristiche dei Paesi in via di sviluppo per essere considerati tali, senza approfondire i requisiti che devono avere i prodotti esportati da quest'ultimi per acce-

(41) Art. 4 del Reg. (UE) n. 978/2012. Per un elenco dei Paesi beneficiari delle preferenze tariffarie previste dal regime generale v. allegato II del presente regolamento.

(42) Art. 8, co. 1, del Reg. (UE) n. 978/2012.

(43) Art. 8, co. 3, del Reg. (UE) n. 978/2012.

(44) Art. 17, co. 2, del Reg. (UE) n. 978/2012.

dere al regime preferenziale. Infatti non tutti i prodotti dei PVS godono della riduzione o esenzione del dazio doganale. Questo si verifica quando non vengono rispettate le regole di origine statuite dal codice doganale comunitario contenute nel regolamento (CEE) n. 2454/93⁽⁴⁵⁾ modificato dal regolamento (UE) n. 1063/2010 della Commissione del 18 novembre 2010, in vigore dal 1° gennaio 2011⁽⁴⁶⁾. Tale regolamento ha semplificato e allentato le regole e le procedure, in modo che i prodotti originari dei Paesi beneficiari possano effettivamente trarre vantaggio dalle preferenze concesse, assicurare che le preferenze vadano realmente a beneficio di chi ne ha bisogno e rafforzare i controlli per prevenire le frodi e proteggere le risorse proprie dell'Unione Europea. Si considerano originari di un Paese beneficiario sia i «prodotti interamente ottenuti»⁽⁴⁷⁾ in quel Paese, sia quelli che sono stati ottenuti in quel Paese a seguito di lavorazione o trasformazione sufficienti da materiali e/o componenti importati. In questo ultimo caso, il requisito fondamentale è quello della «trasformazione sostanziale» che si basa, nel caso della Comunità europea, sul criterio del «valore aggiunto»⁽⁴⁸⁾. Tale criterio non è unico in quanto non è adatto per una serie di settori, fra cui i prodotti agricoli e i prodotti agricoli trasformati, i prodotti della pesca, i prodotti chimici, i

(45) Art. 67 del Reg. n. 2454/93 della Commissione, del 2 luglio 1993, che fissa talune disposizioni d'applicazione del regolamento n. 2913/92 del Consiglio che istituisce il codice doganale comunitario, *GUCE* L 253 del 11 ottobre 1993. Regolamento modificato da ultimo dal regolamento (CE) n. 214/2007, *GUCE* L 62 del 1 marzo 2007, p. 6. V. sito http://europa.eu/legislation_summaries/customs/l11010b_it.htm, consultato il 25 gennaio 2013. V. INAMA, *Comparative analysis of the generalized system of preferences and non-preferential rules of origin in the light of the Uruguay round agreement: is it a possible avenue for harmonization or further differentiation?*, in *Journal World Trade*, 1995, nr. 1.

(46) In *GUCE* L 307 del 23 novembre 2010, p. 1. Il regolamento in esame è stato emanato a seguito del dibattito avviato dal *Libro verde* della Commissione *Il futuro delle norme di origine nei regimi preferenziali* del 18 dicembre 2003, COM (2003) 787 del 18 dicembre 2003 e a seguito successivamente di una comunicazione della Commissione in data 16 marzo 2005 intitolata *Le norme di origine nei regimi commerciali preferenziali - orientamenti per il futuro*, COM (2005) 100 del 16 marzo 2005, la quale definisce le revisioni che devono essere eseguite alle regole di origine per renderle più semplificate e maggiormente orientate allo sviluppo.

(47) Per elenco dei prodotti v. art. 68 del Regolamento n. 2454/93 della Commissione, del 2 luglio 1993 suddetto e art. 75 del Regolamento (UE) n. 1063/2010 della Commissione del 18 novembre 2010 recante modifica del regolamento (CEE) n. 2454/93 che fissa talune disposizioni d'applicazione del regolamento (CEE) n. 2913/92 del Consiglio che istituisce il codice doganale comunitario, *GUCE* L 307, p. 1.

(48) Affinché un prodotto possa essere considerato come originario di un Paese beneficiario, gli eventuali materiali usati nella produzione, importati da Paesi terzi devono subire un grado di lavorazione nel Paese esportatore che permetta al valore del prodotti di aumentare di una determinata percentuale.

metalli, i tessili, l'abbigliamento e le calzature. In questi settori vengono utilizzati altri criteri, i quali prevedono un contenuto massimo autorizzato di materiali non originari (fino al 70%), la modifica della voce o sottovoce tariffaria, una specifica operazione di lavorazione o trattamento e l'impiego di materiali interamente ottenuti. Viene inoltre predisposto un elenco di operazioni di lavorazione o trasformazione insufficienti che non possono in ogni caso conferire l'origine. La semplicità introdotta dal regolamento (UE) n. 1063/2010 si evince dal fatto che le norme di origine non sono più definite sulla base di ogni singolo prodotto ma bensì attraverso un approccio settore per settore.

Dal 1° gennaio 2011 i Paesi beneficiari possono usufruire maggiormente delle deroghe alle norme di origine ovvero in caso di catastrofi naturali e per motivi economici e deroghe concesse su iniziativa dell'UE.

La disciplina delle norme di origine nei regimi commerciali preferenziali prevede l'applicabilità del "cumulo di origine". Il cumulo di origine consiste nella possibilità di un Paese membro del gruppo regionale di importare materiali originari da un altro Paese membro del gruppo regionale, dove questi saranno considerati materiali locali. Le nuove regole introdotte dall'ultimo regolamento UE prevedono 4 tipi di cumulo:

"Cumulo Bilaterale" che permette ai paesi beneficiari di utilizzare i materiali di origine europea;

Cumulo con Norvegia, Svizzera e Turchia⁽⁴⁹⁾ per le merci originarie di cui ai capitoli da 25 a 97 del sistema armonizzato;

"Cumulo regionale": oltre la concessione del cumulo dell'origine previsto dal regolamento (*CEE) n. 2454/93 a tre organizzazioni regionali⁽⁵⁰⁾, il regolamento successivo n. 1063/2010 ha creato un nuovo gruppo regionale⁽⁵¹⁾ e introdotta la possibilità di un cumulo tra i Paesi ASEAN⁽⁵²⁾ e i Paesi SAARC⁽⁵³⁾, su richiesta e a determinate condizioni. Tuttavia, al fine di evitare distorsioni degli scambi tra Paesi con diversi livelli di preferenza tariffaria, taluni prodotti sensibili sono esclusi dal cumulo regionale.

(49) Cfr. art. 85 e 86 del Reg. (UE) n. 1063/2010 della Commissione.

(50) Il cumulo regionale si applica a tre distinti gruppi regionali di paesi beneficiari del sistema di preferenze generalizzate: a) l'associazione delle nazioni del sud-est asiatico (ASEAN); b) il mercato comune centro americano (MCCA); c) il gruppo andino. Cfr. art. 73, par.3, Reg. n. 3254/94.

(51) Gruppo IV formato da Argentina, Brasile, Paraguay e Uruguay.

(52) L'Associazione delle Nazioni dell'Asia Sud-Orientale (*Association of South-East Asian Nations*, ASEAN).

(53) L'Associazione Sud-Asiatica per la Cooperazione Regionale (*South Asian Association for Regional Cooperation*, SAARC).

“Cumulo esteso” in base al quale, su richiesta presentata da un Paese beneficiario, per alcuni materiali, originari di un Paese con il quale l’Unione Europea ha un accordo commerciale preferenziale, sono considerati materiali originari del Paese beneficiario in questione quando l’ulteriore lavorazione o incorporamento in un prodotto viene eseguita in detto Paese. Tale cumulo è concesso a patto che i paesi coinvolti assicurino la cooperazione amministrativa sia con l’UE che tra loro stessi e che il cumulo sia notificato alla Commissione stessa dal Paese beneficiario⁽⁵⁴⁾.

Come ultime due novità introdotte dal Regolamento (UE) n. 1063/2010 sono state semplificate le condizioni per l’origine in quanto si è sostituita la regole del trasporto diretto statuita Codice Doganale Comunitario con un principio più flessibile di non manipolazione. Viene, inoltre, non più richiesta la produzione del certificato di origine delle autorità pubbliche come prova documentaria fondamentale per l’ottenimento dei benefici dell’SPG⁽⁵⁵⁾, ma un autocertificazione degli esportatori registrati presso le competenti autorità.

Il sistema di preferenze oltre ad agevolare l’esportazione dei prodotti dei PVS verso l’Unione europea grazie ad un regime tariffario ridotto all’atto della loro importazione nel territorio doganale comunitario, ha l’obiettivo di stimolare una politica interna dei PVS volta a migliorare le condizioni di vita e di lavoro mediante un incremento degli incentivi a favore dei Paesi che garantiscono il rispetto dei diritti fondamentali dell’uomo, dei diritti dei lavoratori e delle convenzioni sullo sviluppo sostenibile. Per realizzare questo obiettivo, la Comunità ha introdotto già a partire con il Regolamento 3281/94 dei regimi speciali di incentivazione.

Questi regimi speciali consistono in preferenze aggiuntive che possono essere messe a disposizione dei Paesi, ammessi a beneficiare di dazi preferenziali in base all’SPG, i quali facciano una domanda scritta dimostrando di aver adottato e applicato effettivamente disposizioni legislative interne contenenti nella sostanza le Convenzioni OIL indicate dal regolamento della Comunità europea che si prende in esame

Il nuovo Regolamento (UE) n. 978/2012 prevede che il Paese beneficiario, per essere ammesso a beneficiare delle ulteriori riduzioni doganali

(54) PICONE, LIGUSTRO, *op. cit.*, p. 465 ss. Per un confronto tra le regole di origine preferenziale e le regole di origine non preferenziale v. INAMA, *A comparative analysis of the generalized system of preferences and non-preferential rules of origin in the light of the Uruguay round agreement: Is it a possible avenue for harmonization or further differentiation?*, in *Journal World Trade*, 1995, number 1, p. 77 ss.

(55) PICONE, LIGUSTRO, *Diritto dell’Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, 2002, p. 469 ss.

poste dal regime speciale di incentivazione per lo sviluppo sostenibile e il buon governo, deve ratificare ed effettivamente applicare tutte le convenzioni internazionali in materia di tutela dei diritti umani, dell'ambiente e della lotta alla corruzione, alla produzione e al traffico di stupefacenti⁽⁵⁶⁾.

Il suddetto regolamento prevede anche casi di revoca dalle preferenze tariffarie concesse dal sistema di preferenze generalizzate nel caso di grave e sistematica violazione delle convenzioni sui diritti umani e dei *core labour standards*, mancanza di controlli doganali in materia di esportazioni o di transito di droga o inosservanza delle convenzioni internazionali in materia di terrorismo e riciclaggio del denaro, pratiche commerciali gravi che hanno ripercussioni sull'industria UE e violazioni gravi e sistematiche degli obiettivi adottati dalle organizzazioni regionali in materia di pesca o concernente accordi internazionali di cui l'UE fa parte, relativamente alla conservazione e alla gestione delle risorse alieutiche.

4. Differenze rilevanti tra i regolamenti CEE

Dal Regolamento (CE) n. 2381/94 ai successivi schemi emanati dalla Commissione europea si osserva che lo schema di preferenze generalizzate è formato da due differenti regimi preferenziali, ovvero il regime generale chiamato anche regime base e il regime speciale di incentivazione. Questi due regimi si distinguono l'uno dall'altro in relazione al vantaggio doganale che offrono ai prodotti originari dai Paesi in via di sviluppo importati all'interno dei Paesi della Comunità europea. Il Paese destinatario per esser ammesso a beneficiare di dazi preferenziali del regime speciale deve essere ammesso, anzitutto, al regime di base del SPG. Infatti il Paese richiedente senza godere dei vantaggi doganali del regime generale non ha la possibilità di presentare domanda alla Commissione europea per esser ammesso al regime speciale di incentivazione e aver quindi diritto ad un'ulteriore riduzione o esenzione oltre a quella già goduta dal regime di base.

Il primo regolamento CEE che si prende in esame è il n. 3281/94⁽⁵⁷⁾ nel quale è stato introdotto un regime speciale di incentivazione volto alla tutela dei diritti dei lavoratori.

(56) Art. 9, co. 1, del Reg. 978/2012.

(57) Regolamento (CE) n. 3281/94 del Consiglio, del 19 dicembre 1994, recante applicazione di uno schema pluriennale di preferenze tariffarie generalizzate per il periodo 1995-1998 a taluni prodotti industriali originari di paesi in via di sviluppo. *GUCE* L 348 del 31 dicembre 1994.

I Paesi richiedenti che presentano una richiesta scritta alla Commissione europea di concessione del regime speciale di incentivazione devono dimostrare di aver adottato e applicato effettivamente disposizioni legislative interne contenenti nella sostanza le norme: delle convenzioni n. 87 e n. 98 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, per quanto riguarda l'applicazione dei principi del diritto di organizzazione e di contrattazione collettiva, della convenzione n. 138 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro concernente l'età minima di ammissione al lavoro⁽⁵⁸⁾ (c.d. condizionalità positiva) e delle norme dell'Organizzazione internazionale dei legni tropicali relative alla gestione sostenibile delle foreste⁽⁵⁹⁾.

Con il successivo regolamento emanato dalla Comunità europea, il n. 2820/98⁽⁶⁰⁾, i Paesi richiedenti non solo devono garantire che le disposizioni di diritto interno riprendano le norme delle Convenzioni dell'OIL nn. 87 e 98 e n. 138 come summenzionato nel precedente regolamento, ma anche: i) le misure adottate per garantire l'esecuzione e il controllo del rispetto di tali convenzioni, e le eventuali limitazioni dell'applicabilità di tali misure; ii) l'impegno del governo del paese beneficiario del regime ad assumersi la totale responsabilità del controllo dell'applicazione del regime speciale e dei metodi di cooperazione amministrativa ad esso relativi⁽⁶¹⁾.

Con l'entrata in vigore del regolamento (CEE) n. 2501/2001 sono stati introdotti ben quattro regimi preferenziali: un regime speciale a favore dei paesi meno sviluppati, un regime speciale di incentivazione per la tutela dei diritti dei lavoratori, un regime speciale a favore della lotta contro la produzione e il traffico di droga e un regime speciale di incentivazione per la tutela dell'ambiente.

In base al regime di cui fanno parte i prodotti esportati dai Paesi beneficiari, vengono applicate regole differenti in materia di dazi⁽⁶²⁾.

(58) Art. 7, co. 1, del Reg. 3281/94.

(59) Art. 8, co. 1, del Reg. 3281/94.

(60) Regolamento (CE) n. 2820/98 del Consiglio, del 21 dicembre 1998, relativo applicazione di uno schema pluriennale di preferenze tariffarie generalizzate per il periodo 1° luglio 1999 - 31 dicembre 2001.

(61) Cfr. art. 11 del Reg. 3281/94.

(62) Del Regolamento (CE) n. 2501/2001 del Consiglio del 10 dicembre 2001 relativo all'applicazione di uno schema di preferenze tariffarie generalizzate per il periodo 1° gennaio 2002 - 31 dicembre 2004, *GUCE* L 346 del 31 dicembre 2001, v. art. 9 per il regime speciale a favore dei paesi meno sviluppati, art. 10 per il regime speciale a favore della lotta contro la produzione e il traffico di droga, art. 8 per il regime speciale di incentivazione per la tutela dei diritti dei lavoratori e regime speciale di incentivazione per la tutela dell'ambiente.

Si osserva che nel regime speciale a favore dei Paesi meno sviluppati, fatti salvi i paragrafi da 2 a 4 dell'articolo 9 del Reg. 2501/2001, i dazi della tariffa doganale comune su tutti i prodotti dei capitoli da 1 a 97, ad eccezione di quelli del capitolo 93 originari di un Paese che beneficia di questo regime citato, sono totalmente sospesi.

Tale regime comprende l'iniziativa nota come EBA (*Everything but arms* [Tutto tranne le armi]) la quale prevede l'importazione nella CE di tutti i prodotti originari dai PMA, tranne le armi, a tariffa zero, con alcune eccezioni⁽⁶³⁾.

Rispetto al regolamento precedente, lo schema in esame prevede che un paese beneficiario⁽⁶⁴⁾ per usufruire del regime speciale di incentivazione per la tutela dei diritti dei lavoratori deve dimostrare di aver adottato una legislazione interna e delle misure di applicazione dirette alla protezione di tutti i diritti fondamentali dei lavoratori (c.d. *core labour standards*): le norme delle convenzioni OIL n. 29 e n. 105 concernenti il lavoro forzato, n. 87 e n. 97 concernenti la libertà di associazione e il diritto alla negoziazione collettiva, n. 100 e n. 111 concernenti l'eliminazione della discriminazione in materia di occupazione e di professioni e n. 138 e n. 182 concernenti il lavoro minorile⁽⁶⁵⁾. Si nota, peraltro, che il regolamento non richiede che uno Stato dimostri di avere aderito formalmente alle convenzioni, ma che la legislazione nazionale riprenda nella sostanza le norme in esse contenute.

Quando le convenzioni OIL sono applicate in alcuni settori, il Paese beneficiario può chiedere il regime speciale di incentivazione solo per i settori nei quali esse sono applicate⁽⁶⁶⁾.

Per quanto riguarda il regime speciale di incentivazione per la tutela dell'ambiente è concesso ad un Paese beneficiario o territorio beneficiario che applica effettivamente una legislazione nazionale che riprenda nella sostanza le norme riconosciute a livello internazionale e gli orientamenti riguardanti la gestione sostenibile delle foreste tropicali⁽⁶⁷⁾.

Venendo, infine, al regime speciale a favore della lotta contro la droga, esso dispone una sospensione totale della tariffa doganale comune applicabile ai prodotti provenienti da Paesi beneficiari, allo scopo di favorire la stabilità

(63) V. Regolamento 416/2001 del 28 febbraio 2001 pubblicato in *GUCE* L 60 del 2001, p. 43. Sul tema BRENTON, *Integrating the least developed countries into the world trading system: the current impact of european union preferences under "Everything but arms"*, in *Journal World Trade*, 37 (3), 2003, p. 623 ss.

(64) Tra quelli elencati nell'allegato I del Reg. (CE) n. 2501/2001.

(65) Cfr. art. 14, co. 2, del Reg. (CE) n. 2501/2001.

(66) Cfr. art. 15, co. 4, del Reg. (CE) n. 2501/2001.

(67) Cfr. art. 21, co. 2, del Reg. (CE) n. 2501/2001.

politica, economica e sociale di questi Stati minacciati dalla produzione e dal traffico illegale degli stupefacenti.

Le disposizioni concernenti quest'ultimo regime - a differenze dei regimi suddetti - non operano su sollecitazione dei potenziali beneficiari⁽⁶⁸⁾.

Il regolamento n. 2501/2001 dell'Unione non definisce quali parametri o condizioni debbano essere soddisfatte affinché un Paese in via di sviluppo possa ottenere la maggiore riduzione prevista, ma si limita a rinviare, per l'individuazione dei Paesi destinatari e prodotti coperti, agli allegati I, colonna I, e IV, colonna D, del regolamento sopra citato. I Paesi che usufruiscono di questo regime speciale sono quindi identificati dalla stessa Unione europea e costituiscono un gruppo predeterminato⁽⁶⁹⁾; non è previsto nessun meccanismo di estromissione né condizioni per l'estensione del migliore trattamento ad altri beneficiari.

Le concessioni di benefici speciali tariffari a favore di un gruppo di Stati, prescelti dalla Comunità, per contrastare i fenomeni di produzione e traffico di stupefacenti, ha comportato una controversia tra l'India e la Comunità europea⁽⁷⁰⁾.

L'India ha sollevato il delicato problema se i Paesi industrializzati possono operare all'interno dei propri schemi SPG distinzione tra i Paesi in via di sviluppo beneficiari riservando un trattamento maggiormente vantaggioso solo ad alcuni di essi oppure se le norme GATT impongono agli Stati dona-

(68) Ovvero non occorre la richiesta esplicita da parte del paese beneficiario.

(69) Undici sono sud americani Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panama, Perù, El Salvador, Venezuela, l'unico Paese asiatico è il Pakistan (il regime speciale droga è stato esteso a quest'ultimo nel gennaio 2002).

(70) Sulla controversia tra l'India e la Comunità europea relativa alla legittimità del sistema speciale contro la droga, si vedano SANNA, *op. cit.*, p. 251 ss; DI TURI, *Il sistema di preferenze generalizzate della comunità europea dopo la controversia con l'India sul regime speciale in tema di droga*, in *Riv. dir. internaz.*, 2005, p. 728 ss; LIGUSTO, *L'Organizzazione mondiale del commercio condanna lo schema di preferenze generalizzate della Comunità europea per il carattere discriminatorio del "regime droga"*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, I, p. 433 ss; MARTINES, *op. cit.*, p. 298 ss; GRYNBERG, QALO, *Labour standards in US and EU preferential trading arrangements*, in *Journal of World Trade*, 2006, n. 4, p. 648 ss.; MASERI, *La Comunità europea, il sistema di preferenze generalizzate e la controversia con l'India in seno all'OMC*, 2005, in <http://www.maseri.it/India%20vs%20Ce.pdf>, consultato il 25 novembre 2012; IRISH, *GSP tariffs and conditionality: a comment on EC-Preferences*, in *Journal of World Trade*, 2007, n. 4, p. 683 ss.; HARRISON, *Incentives for development: the EC's generalized system of preferences, India's WTO challenge and reform*, in *Comm. mark. law rev.*, 2005, n. 4, p. 1663 ss.; HEALY, *European communities - conditions for the granting of tariff preferences to developing countries: the use of positive conditionality in the European generalized system of preferences*, in *International Trade Law and Regulation*, 2009, n. 3, p. 79 ss.; MATHIS, *Benign discrimination and the general system of preferences: WTO - Report of the Appellate Body*, 7 April 2004, *European Communities - Conditions for the granting of tariff preferences to developing countries*, WT/DS246/AB/R, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2004, n. 31, 4, p. 289 ss.

tori di operare un trattamento formalmente identico per tutti i beneficiari. Tale questione è stata oggetto di un duplice giudizio, prima dal *Panel* e successivamente dall'Organo di appello. Tali organi hanno concluso con le medesime osservazioni, anche se attraverso un ragionamento completamente diverso⁽⁷¹⁾: il regime speciale contro la droga non è compatibile con le disposizioni della clausola di abilitazione, e di conseguenza non giustificabile ai sensi degli accordi commerciali multilaterali (art. I GATT) perché i) i vantaggi contemplati dal regime contro il traffico di droga sono stati concessi esclusivamente ad un numero prelezionati di Stati; ii) non sono stati istituiti dei meccanismi atti a consentire ad altri Stati che si trovano con analoghi problemi connessi alla produzione e al traffico di droga di ottenere le preferenze previste. Il regime considerato, ha introdotto una discriminazione ingiustificata ai sensi del paragrafo 2.a) della clausola di abilitazione.

La Commissione delle Comunità europee, il 7 luglio 2004, ha inviato una Comunicazione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale europeo concernente il nuovo ruolo del Sistema delle preferenze generalizzate (SPG) della Comunità per il decennio 2006/2015⁽⁷²⁾. A seguito di questa comunicazione, e degli obiettivi pre-

(71) Il Panel è partito verificando la legittimità del sistema in esame con l'esame del par. 3.c) della clausola di abilitazione, la quale afferma che «qualsiasi trattamento differenziato preferenziale concesso da un paese avanzato a favore dei paesi in via di sviluppo deve essere concepito e, se necessario, modificato in maniera tale da soddisfare le esigenze di sviluppo e i bisogni finanziari e commerciali dei beneficiari». A seguito dell'accertamento effettuato, il Panel ha concluso che mancano dei criteri obiettivi utili a selezionare gli Stati beneficiari dell'SPG che presentino gli stessi bisogni. Avanzando, poi, con l'analisi della nota 3 al par. 2.a) della clausola di abilitazione, secondo la quale il Sistema di preferenze generalizzate deve essere applicato in maniera «generalizzata, non reciproca e non discriminatoria», secondo il ragionamento del Panel, pertanto, il regime speciale per la lotta alla droga introdotto dalla Comunità europea è da ritenersi illegittimo, in quanto prevede la concessione di tariffe preferenziali esclusivamente a favore di un gruppo prelezionato di Stati e pertanto la discriminazione non risulta esser ammessa dalla clausola di abilitazione. SANNA, *op. cit.*, p. 254 ss.

L'organo d'appello ha proceduto in primo luogo ad esaminare la portata del par. 2.a) concludendo che tale condizione esclude qualsiasi comportamento che implichi una disparità di trattamento tra destinatari che presentino le medesime caratteristiche. Però a differenza del Panel, l'Organo d'appello si discosta dall'interpretazione del primo statuendo che comunque lo Stato donatore può concedere vantaggi tariffari aggiuntivi identici a tutti i beneficiari che si trovano nella stessa situazione analoga. Successivamente, l'Organo di appello ha analizzato il par. 3c) della clausola di abilitazione ritenendo che la disposizione in questione non indica espressamente se il trattamento preferenziale accordato debba necessariamente rispondere positivamente alle esigenze di sviluppo e ai bisogni finanziari e commerciali dei paesi beneficiari di tutti o un numero ristretto di Stati. Pertanto, in assenza di un preciso obbligo, l'organo d'appello ha ritenuto che entrambe le ipotesi siano ammissibili.

(72) Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale europeo del 7 luglio 2004, intitolata *Paesi in via di sviluppo, commercio internazionale e sviluppo sostenibile: il ruolo del sistema delle preferenze generalizzate (SPG) della Comunità per il decennio 2006/2015*, COM (2004) 461 definitivo, in *GUUE C 242*

stabiliti, uno dei quali la semplificazione del sistema, il regolamento (CE) n. 980/2005⁽⁷³⁾ ha semplificato il regime speciale di incentivazione, sostituendo i tre regimi speciali precedenti con due attuali: regime speciale a favore dei Paesi meno sviluppati nonché regime di incentivazione dello sviluppo sostenibile e del buon governo.

Partendo con l'analisi del regime speciale di incentivazione dello sviluppo sostenibile e del buon governo, si osserva che esso può essere concesso solamente ai Paesi che abbiano ratificato ed effettivamente applicato tra le convenzioni internazionali in materia di tutela dei diritti umani⁽⁷⁴⁾, almeno sette delle convenzioni dell'ambiente e della lotta alla corruzione, alla produzione e al traffico di stupefacenti (c.d. buon governo)⁽⁷⁵⁾, ma delle quali devo ratificare ed effettivamente applicare entro il 31 dicembre 2008. Successivamente, gli Stati oltre a essere obbligati a mantenere la ratifica, le leggi e le misure di attuazione delle convenzioni devono collaborare effettivamente con gli organi internazionali preposti al controllo del rispetto di queste convenzioni internazionali, accettando che la loro applicazione sia periodicamente soggetta a verifica e riesame⁽⁷⁶⁾.

La mancata conclusione degli accordi a tutela dei diritti umani o la mancata adozione delle norme interne di attuazione degli accordi in questione, comporta l'impossibilità di ottenere gli ulteriori benefici tariffari previsti dal regime speciale. Invece la mancata conclusione di alcune fra le convenzioni internazionali a tutela dell'ambiente e del buon governo, oppure la mancata adozione di misure interne attuative delle stesse convenzioni, fino ad un massimo di quattro convenzioni, non impedisce allo Stato interessato di inoltrare la richiesta per ottenere ulteriori vantaggi⁽⁷⁷⁾.

del 29 settembre 2004. Il testo è disponibile al sito internet <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0461:FIN:IT:PDF>, consultato il 4 aprile 2013.

(73) *GUUE* L 169 p. 1 del 30 giugno 2005. Il sistema comunitario di preferenze generalizzate si applica dalla data di entrata in vigore del presente regolamento fino al 31 dicembre 2008 ai sensi del presente regolamento.

(74) Allegato III, PARTE A, del Reg. (CE) n. 980/2005. Fanno parte dei diritti umani anche i *core labour standards*.

(75) Allegato III, PARTE B, del Reg. (CE) n. 980/2005. Sul tema relativo al legame tra l'ambiente e il SPG v. SWITZER, *Environmental protection and the generalized system of preferences: a legal and appropriate linkage?*, in *Int. comp. law. quart.*, 2008, n. 57, p. 113 ss.; MCKENZIE, *Climate change and the generalized system of preferences*, in *Journal of International Economic Law*, 2008, n. 11, 3, p. 679 ss.

(76) Cfr. art. 9, co. 1, lett. d), del Reg. (CE) n. 980/2005.

(77) Cfr. art. 9, co. 1, lett. c), e d), del Reg. (CE) n. 980/2005.

La maggior attenzione che sembra esser stata riservata alla tutela dei diritti umani è, in realtà, indebolita dalla deroga prevista al co. 2 dell'articolo 9, ai sensi del quale il regime speciale può essere comunque concesso a uno Stato che non abbia ratificato ed effettivamente applicato un massimo di due delle sedici convenzioni in materia di diritti umani, quando la mancata ratifica dipenda da vincoli costituzionali cui gli Stati in questioni devono far fronte⁽⁷⁸⁾.

Ed infine, ulteriore ed ultima condizione per beneficiare delle preferenze aggiuntive del nuovo regime speciale è che gli Stati richiedenti siano considerati Paesi vulnerabili.

Obiettivo del nuovo regime speciale è quello di sollecitare gli Stati richiedenti all'adozione di politiche nazionali di tutela di tutti i diritti umani, e non solo, come previsto da uno dei precedenti regimi speciali, dei diritti sociali fondamentali.

Relativamente all'ambiente poi, il regolamento n. 2501/2001 si riferiva esclusivamente alla difesa delle foreste tropicali. Tale approccio è stato pertanto sostituito dall'incentivo ai governi dei Paesi in via di sviluppo a promuovere una politica di tutela ambientale globale: che faccia riferimento, cioè, alle principali convenzioni internazionali in materia di tutela ambientale.

A questo punto si può dire che la semplificazione dei sistemi speciali d'incentivazione è dovuta anche al recente rapporto dell'Organo d'appello dell'OMC relativo alla controversia tra l'India e la Comunità europea su uno dei regimi speciali d'incentivazione previsti dal regolamento (CE) n. 2501/2001, ed esattamente il regime speciale a favore della lotta alla produzione e al traffico di stupefacenti⁽⁷⁹⁾. L'Organo d'appello ha, quindi, ritenuto "discriminatorio" il trattamento tariffario preferenziale accordato dalla Comunità europea ad alcuni Stati in virtù del regime speciale "droga" ed ha raccomandato alla Comunità di modificare lo schema di preferenze tariffarie in modo tale da renderlo conforme al diritto OMC.

Per quanto riguarda il regime speciale a favore dei Paesi meno sviluppati i dazi della tariffa doganale comune sono totalmente sospesi per i Paesi classificati dalle Nazioni Unite come meno sviluppati.

Anche da parte dei PMA c'è stato uno scarso utilizzo del sistema generale di preferenze generalizzate e di conseguenza del regime speciale a favore dei paesi meno avanzati. Il motivo sta proprio a seguito

(78) Lo Stato in causa doveva comunque impegnarsi formalmente, entro il 31-19-2005, o a concludere ed applicare le rimanenti convenzioni, una volta accertato che non esisteva alcuna incompatibilità con la sua Costituzione oppure, in caso di accertata incompatibilità, a concludere ogni rimanente convenzione entro il 31 dicembre 2006.

(79) WTO, Appellate Body, *European Communities - Conditions for the Granting of tariff preferences to developing countries*, WT/DS246/AB/R, 7-4-2004. MAGI, *op. cit.*, p. 562 ss.

dell'iniziativa «*Everything but arm*», ovvero esenzione dei dazi doganali sui prodotti originari dai Paesi meno sviluppati, ad eccezioni di armi e munizioni, esportati nel mercato comunitario.

Inoltre molti Paesi appartenenti al gruppo degli Stati dell'Africa, del Pacifico e dei Caraibi (ACP), cioè stati che già beneficiano dell'esenzione totale dei dazi doganali per effetto dell'Accordo di Cotonou di cooperazione allo sviluppo fra la Comunità europea e gli Stati ACP preferiscono continuare a beneficiare delle preferenze tariffarie accordate dall'Accordo di Cotonou piuttosto che di quelle accordate dal regime speciale di incentivazione per lo sviluppo sostenibile e il buon governo anche quando quest'ultimo prevede un accesso tariffario più favorevole.

Questo dipenderebbe dalla difficoltà di soddisfare le più severe regole d'origine previste dal regime speciale, rispetto a quelle più liberali dell'Accordo di Cotonou⁽⁸⁰⁾.

Con il regolamento (CE) n. 732/2008 del Consiglio, modificato dal regolamento (UE) n. 512/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio⁽⁸¹⁾, non sono state apportate rilevanti modifiche al SPG ad eccezione delle seguenti che andremo ad illustrare. Per quanto riguarda le condizioni per il Paese beneficiario del regime generale di essere ammesso al regime speciale di incentivazione dello sviluppo sostenibile e del buon governo⁽⁸²⁾ si osserva che esso può essere concesso solamente ai Paesi che abbiano ratificato ed effettivamente applicato tutte le convenzioni elencate all'Allegato III del regolamento suddetto e che siano considerati paesi vulnerabili⁽⁸³⁾⁽⁸⁴⁾.

Per quanto riguarda il regime speciale a favore dei Paesi meno sviluppati, sono compresi nella colonna D dell'allegato I, gli stessi Stati ammessi a beneficiare del regime speciale di incentivazione nei regolamenti n. 2501/2001 e n. 980/2005.

(80) BRENTON, *op. cit.*, 2003, p. 623 ss.

(81) Regolamento (UE) n. 512/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2011 che modifica il regolamento (CE) n. 732/2008 del Consiglio relativo all'applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate per il periodo dal 1° gennaio 2009 al 31 dicembre 2011. *GUUE* L 145 del 31 maggio 2011, p. 28.

(82) Sul tema MOLA, *I diritti umani nelle relazioni economiche esterne dell'Unione europea: il Sistema di preferenze generalizzate, in tutela dei diritti umani in Europa: tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Padova, 2010, p. 229 ss.; RANDAZZO, *La condizionalità nel sistema di preferenze generalizzate della Comunità europea: le recenti innovazioni e i possibili problemi di compatibilità con la normativa dell'OMC*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, n. 3, p. 609 ss.

(83) Esempio di Paesi Vulnerabili: Bolivia, Colombia, Congo, Repubblica Dominicana, Ecuador ecc.; per una lista completa dei Paesi Vulnerabili v. il sito internet http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2008/july/tradoc_139963.pdf, consultato il 18 aprile 2013.

(84) Cfr. art. 8, co. 2, e art. 9, co. 1.

La novità introdotta in questo regime è che i dazi della tariffa doganale comune sui prodotti di alcune voci si sono ridotti ulteriormente⁽⁸⁵⁾.

Dal presente studio è stato rilevato che le Maldive sono state escluse dalle Nazioni Unite dall'elenco dei Paesi meno sviluppati a partire dal 1° gennaio 2011. Esse continueranno a beneficiare, ma solo fino al 31 dicembre 2013, delle preferenze concesse nell'ambito del regime speciale a favore dei Paesi meno sviluppati⁽⁸⁶⁾. A partire da tale data la Repubblica delle Maldive dovrà essere depennata dall'elenco dei paesi beneficiari del regime speciale a favore dei paesi meno sviluppati previsto dal regolamento SPG: lo stabilisce il Reg. (UE) N. 1127/2010 della Commissione del 3 dicembre 2010⁽⁸⁷⁾.

Infine il regolamento (UE) n. 978/2012 per quanto concerne il regime speciale di incentivazione per lo sviluppo sostenibile e il buon governo introduce delle importanti novità. Anch'esso ribadisce che un Paese in via di sviluppo per poter beneficiare delle preferenze tariffarie previste dal suddetto regime speciale deve essere considerato un paese vulnerabile e aver ratificato le stesse convenzioni Oil elencate dal regolamento antecedente. Essenziale però è il giudizio espresso dagli organi di controllo competenti i quali devono asserire se rilevano o meno gravi carenze nell'attuazione effettiva di tali convenzioni. Riguardo alle convenzioni pertinenti, il regolamento ribadisce che se il Paese beneficiario formula una riserva vietata da una delle convenzioni elencate dall'allegato VIII o che sia incompatibile⁽⁸⁸⁾ con l'oggetto o lo scopo di tali convenzioni, il

(85) I prodotti della voce tariffaria 1006 sono ridotti dell'80% fino al 31 agosto 2009 e sospesi totalmente a decorrere dal 1° settembre 2009; i prodotti della voce tariffaria 1701 sono ridotti dell'80% fino al 30 settembre 2009 e sospesi totalmente a decorrere dal 1° ottobre 2009.

(86) L'art. 11, par. 8, dello stesso Regolamento stabilisce l'esclusione di un paese dal regime speciale a favore dei paesi meno sviluppati se tale paese è escluso dalle Nazioni Unite dall'elenco dei paesi meno sviluppati. Lo stesso art. prevede anche la fissazione di un periodo transitorio di almeno tre anni per attenuare le eventuali ripercussioni negative dell'abolizione delle preferenze tariffarie concesse nell'ambito del regime speciale a favore dei paesi meno sviluppati.

(87) Regolamento (UE) n. 1127/2010 della Commissione del 3 dicembre 2010, che fissa un periodo transitorio per depennare la Repubblica delle Maldive dall'elenco dei paesi beneficiari del regime speciale a favore dei paesi meno sviluppati, come previsto dal regolamento (CE) n. 732/2008 del Consiglio relativo, all'applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate per il periodo dal 1° gennaio 2009 al 31 dicembre 2011, *GUUE* L 318 del 4 dicembre 2010, p. 15. V. Calaciura, *Maldive fuori dall'elenco dei paesi beneficiari del regime speciale a favore dei paesi meno sviluppati previsto dal regolamento SPG*, disponibile al sito internet <http://www.calaciura.com/notizia/maldive-fuori-dall%E2%80%99elenco-dei-paesi-beneficiari-del-regime-speciale-a-favore-dei-paesi-meno->, consultato il 4 aprile 2013.

(88) Per elenco dei casi incompatibili con le Convenzioni Oil sancite dall'allegato VIII

Paese beneficiario viene escluso da regime speciale in questione. L'onere della prova è a carico del Paese beneficiario del SPG+.

Procedendo con l'esame del regolamento UE n. 978/2012 per quanto riguarda la presentazione della domanda da parte del PVS per essere ammesso al regime speciale suddetto cambia sostanzialmente l'iter dell'esame della domanda. La Commissione, dopo aver ricevuto la domanda, ne informa il Parlamento europeo e il Consiglio e solamente al termine dell'esame della domanda le è conferito il potere di adottare atti delegati conformemente all'articolo 36 per creare o modificare l'elenco dei Paesi beneficiari dell'SPG+, potere che le è concesso anche in un momento successivo all'inserimento del Paese nel regime speciale. Alla Commissione è conferito, inoltre, il potere di adottare atti delegati per stabilire norme relative alla procedura di concessione del regime speciale, in particolare per quanto concerne i termini, la presentazione delle domande e il loro trattamento⁽⁸⁹⁾.

Il Paese in via di sviluppo, dopo esser stato ammesso al regime speciale di incentivazione per lo sviluppo sostenibile e il buon governo, deve impegnarsi a garantire l'attuazione delle convenzioni e accettare senza riserve gli obblighi di rendicontazione imposti da ciascuna convenzione e impegnarsi a in modo vincolante ad accettare che l'attuazione sia periodicamente oggetto di monitoraggio e riesame⁽⁹⁰⁾.

Chiariti i requisiti che i Paesi in via di sviluppo devono rispettare per godere dei benefici doganali del SPG, vediamo i casi nei quali i Paesi in via di sviluppo beneficiari del SPG possono subire la revoca temporanea delle preferenze tariffarie.

Con il Regolamento CE n. 3281/94⁽⁹¹⁾ il ritiro delle preferenze tariffarie concesse dal regime generale è previsto nel caso vengano *praticati* comportamenti lesivi dei diritti umani, come qualsiasi forma di schiavitù⁽⁹²⁾,

del Reg. (UE) n. 978/2012 v. art. 9, co. 1, par. 2.

(89) Art. 10 del Reg. (UE) n. 978/2012. Per un maggior approfondimento della prassi della domanda di ammissione da parte del PVS tra l'elenco dei Paesi beneficiari al regime speciale e gli adempimenti compiuti dalla Commissione si rimanda agli art. 13 ss.

(90) Art. 9 del Reg. (UE) n. 978/2012.

(91) Reg. (CE) n. 3281/94.

(92) Quale definita nelle Convenzioni di Ginevra del 25 settembre 1926 e del 7 settembre 1956 e nelle convenzioni dell'OIL n. 29 e n. 105. La convenzione Oil n.29 statuisce al par. 1 che il termine «lavoro forzato o obbligatorio» indica ogni lavoro o servizio estorto a una persona sotto minaccia di una punizione o per il quale detta persona non si sia offerta spontaneamente, mentre il par. 2 elenca una serie di casi eccezioni il cui lavoro forzato o obbligatorio è consentito: i) quello richiesto dalla legge sul servizio militare obbligatorio; ii) quello che deriva da normali obblighi civili dei cittadini di un paese che si governi in piena indipendenza; iii) quello

esportazione di prodotti fabbricati nelle carceri, insufficienti controlli in materia di esportazioni, di transito di droga (prodotti illeciti e precursori) nonché di riciclaggio di denaro, frodi, pratiche commerciali sleali (c.d. condizionalità negative)⁽⁹³⁾. Il Regolamento successivo, ovvero il Regolamento CE n. 2820/98, ha introdotto solamente un ulteriore caso di revoca, ovvero «palese contrasto con gli obiettivi delle convenzioni internazionali, quali l'Organizzazione della pesca dell'Atlantico nord-occidentale (NAFO), la Convenzione per la pesca nell'Atlantico nord-orientale (NEAFC), la Commissione internazionale per la conservazione di tonni dell'Atlantico (ICCAT) e l'Organizzazione per la conservazione del salmone nell'Atlantico (NASCO), relative alla difesa e alla gestione delle risorse alieutiche»⁽⁹⁴⁾. Ulteriore ragione di revoca è stata introdotta con il Regolamento 2501/2001, la quale statuisce che l'eventuale ritiro dei regimi preferenziali può essere deciso nel caso in cui venga accertata la «pratica» di qualsiasi forma di schiavitù o di lavoro forzato, mentre con riguardo la libertà di associazione, del diritto di negoziazione collettiva e del principio di non discriminazione in materia di occupazione e di professioni, o sfruttamento del lavoro minorile, secondo le definizioni previste dalle pertinenti convenzioni dell'OIL⁽⁹⁵⁾ è necessario che la loro violazione si qualifichi come «grave e sistematica».

Fatti salvi i motivi di revoca suddetti, i regimi speciali di incentivazione per la tutela dei diritti dei lavoratori o per la tutela dell'ambiente possono essere temporaneamente revocati, nei confronti di tutti o di alcuni prodotti contemplati dai regimi stessi e originari di un Paese beneficiario quando: i) la legislazione nazionale non riprende più le disposizioni OIL o quelle riconosciute a livello internazionale e gli orientamenti riguardanti la gestione sostenibile delle foreste tropicali; ii) mancato rispetto da parte del paese richiedente di esercitare il controllo sull'applicazione del regime speciale di incentivazione⁽⁹⁶⁾.

Il regolamento CE n. 980/2005 ha apportato delle novità in tal senso, confermate nel regolamento CE n. 780/2008 e ultimo regolamento UE n. 978/2012 estendendo la revoca temporanea dai regimi di cui all'artico-

richiesto da situazioni di emergenza: guerra, calamità ecc; iii) quello di interesse collettivo. V. <http://www.ilo.org/public/italian/region/eurpro/rome/standards/c029.htm>, consultato il 20 aprile 2013. A parte queste eccezioni, se il paese pratica lavoro forzato allora deve procedere immediatamente con la loro abolizione, in alla convenzione dell'OIL n. 105. <http://www.ilo.org/public/italian/region/eurpro/rome/standards/c105.htm>, consultato il 23 aprile 2013.

(93) Art. 9, co. 1, del Reg. 3281/94.

(94) Cfr. art. 22 del Reg. (CE) n. 2820/98.

(95) Art. 26, co. 1, lett. b), del Reg. 2501/2001.

(96) Art. 15, par. 1, o art. 22, par. 1. del Reg. 2501/2001.

lo 1, paragrafo 2 del regolamento attualmente in vigore, a tutti o alcuni prodotti in caso di violazioni gravi e sistematiche dei principi contenuti nelle convenzioni sui diritti umani e sui *core labour standards*⁽⁹⁷⁾ sulla base delle conclusioni dei pertinenti organismi di controllo. A differenza del regolamento CE n. 980/2005, non è espressamente prevista la revoca in caso di violazione delle convenzioni internazionali a tutela dell'ambiente.

Le ipotesi di revoca temporanea per tutti o alcuni prodotti relativa al solo regime speciale d'incentivazione dello sviluppo sostenibile e del buon governo sono quelle previste dall'articolo 9 del regolamento UE n. 978/2012. Un Paese in via di sviluppo ammesso al regime speciale di sviluppo sostenibile e buon governo può essere revocato temporaneamente dai benefici tariffari concessi quando non soddisfi più le condizioni di Paese vulnerabile, o non si impegna in modo vincolante a mantenere la ratifica delle convenzioni pertinenti (allegato VIII del presente regolamento) o quando sciolga la riserva di collaborare e di sottoporsi a controlli e riesami ottemperati dalla Commissione europea nella verifica di ratificare delle convenzioni pertinenti⁽⁹⁸⁾.

5. Caso pratico: analisi dei Paesi beneficiari dell'SPG europeo che hanno rispettato i "core labour standards"

5.1. Paesi che hanno ottenuto il beneficio del regime speciale di incentivazione a tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori o quello per lo sviluppo sostenibile e il buon governo

La Repubblica di Moldova (o Moldavia), in data 11 febbraio 1999, ha presentato una domanda per poter beneficiare di tale regime, nella quale sono indicate le informazioni relative: all'adozione e all'applicazione effettiva delle disposizioni legislative interne contenenti nella sostanza le norme della convenzione OIL misure adottate per garantire l'esecuzione e il controllo della normativa in questione, e l'impegno del governo di assumersi la responsabilità del controllo dell'applicazione del regime speciale. La Commissione mediante comunicazione nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee⁽⁹⁹⁾, ha annunciato la presentazione da parte della Repubblica di Moldova della suddetta domanda. La Commissione ha pro-

(97) Allegato III, parte A del Reg. (CE) n. 732/2008 e Allegato VIII, parte A, del Reg. (UE) n. 978/2012.

(98) Art. 10, co. 5, del Reg. UE n. 978/2012.

(99) In conformità all'art. 11, co. 2, del Reg. (CE) 2820/98 del Consiglio la comunicazione è pubblicata nella *GUCE* C 176 del 22 giugno 1999, p. 13.

ceduto, successivamente, con l'esame della domanda concludendo come risultato che le autorità moldave hanno preso tutte le misure necessarie all'applicazione e al controllo delle disposizioni OIL e hanno rilasciato l'attestato che certifichi che i prodotti sono stati fabbricati in condizioni conformi alle disposizioni di diritto interno, le quali riprendono nella sostanza le convenzioni OIL. Alla luce di tali risultati dell'esame e conforme al parere del Comitato delle preferenze generalizzate alla Repubblica di Moldova è accordato il regime speciale d'incentivazione della tutela dei diritti dei lavoratori previsto dal regolamento (CE) n. 2820/98⁽¹⁰⁰⁾. Anche nel successivo regolamento (CE) n. 2501/2001 è rimasta in vigore.

Come si può notare osservando il Regolamento n. 980/2005, la Moldova non è compresa tra l'elenco dei Paesi inclusi nel regime speciale di incentivazione per lo sviluppo sostenibile e il buon governo. La risposta si ricava consultando il regolamento (CE) n.55/2008 del Consiglio⁽¹⁰¹⁾: con la conclusione dell'accordo di partenariato e di cooperazione, tra la Comunità europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Moldavia, dall'altra⁽¹⁰²⁾, è stato istituito un programma d'azione contenente delle misure per i prodotti originari dalla Moldova. Queste misure consistono sull'impegno dell'UE di concedere alla Moldova ulteriori preferenze commerciali autonome (PCA), a condizione che questa migliori sostanzialmente il proprio sistema di controllo e certificazione dell'origine delle merci. Nel 2006 la Moldova ha riformato la propria legislazione doganale e nel 2007 ha raggiunto un livello soddisfacente di attuazione della nuova legislazione: per tali motivi alla Moldova sono state concesse le misure suddette. Questo ha reso superfluo l'inclusione del Paese al sistema delle preferenze tariffarie generalizzate della Comunità. Di conseguenza, è stata tolta la Moldova dall'elenco dei beneficiari del regolamento (CE) n. 980/2005 e dall'elenco dei Paesi beneficiari ammissibili al GSP+ della decisione 2005/924/CE⁽¹⁰³⁾.

(100) Regolamento (CE) n. 1649/2000 della Commissione, del 25 luglio 2000, che concede alla Repubblica di Moldavia il regime speciale di incentivazione della tutela dei diritti dei lavoratori, in *GUCE* L 189 del 27 luglio 2000. I prodotti che beneficiano del suddetto regime speciale sono contemplati nell'allegato I del Reg. (CE) n. 2820/98. Questi prodotti però devono essere di origine del paese beneficiario o lo stesso paese deve essere ammesso al cumulo regionale, v. art. 14 del Reg. (CE) n. 2820/98. I dazi della tariffa doganale comune che vengono applicati saranno ridotti conformemente alle disposizioni dell'art. 10 del suddetto regolamento. La concessione di questo regime è estesa alla Repubblica di Moldavia anche nel successivo Reg. (CE) n. 980/2005.

(101) Reg. (CE) n.55/2008 del Consiglio del 21 gennaio 2008 recante preferenze commerciali autonome per la Repubblica moldova nonché modifica del regolamento (CE) n. 980/2005 e della decisione 2005/924/CE della Commissione, *GUCE* L 20, p. 1 del 24 gennaio 2008.

(102) *GUCE* L 181 del 24 giugno 1998, p. 3.

(103) DECISIONE DELLA COMMISSIONE del 21 dicembre 2005 sull'elenco dei paesi

Anche la Repubblica democratica socialista dello Sri Lanka, con lettera del 17 gennaio 2002, ha richiesto alla Commissione di essere ammessa al beneficio del suddetto regime. A differenza del precedente Paese, la valutazione nello Sri Lanka ha dato origine a diverse questioni che la Commissione ha sollevato con il governo dello Sri Lanka. Con lettera del 20 marzo 2003, il governo dello Sri Lanka ha risposto alle relative questioni, fornendo informazioni riguardo le misure già adottate o sul punto di esserlo. La Commissione, al termine della valutazione, è convinta del fatto che la legislazione nazionale dello Sri Lanka incorpori nella sostanza tutte le convenzioni OIL, come statuito dal regolamento 2501/2001⁽¹⁰⁴⁾, e per tale motivo è stata inserita tra i Paesi beneficiari del regime speciale di incentivazione per lo sviluppo sostenibile e il buon governo⁽¹⁰⁵⁾. I passi usati nel procedimento di analisi della domanda è lo stesso applicato in quello della Repubblica di Moldavia⁽¹⁰⁶⁾.

Analizzando il regolamento (CE) n. 980/2005, allegato I, colonna E, sono stati elencati i Paesi beneficiari del regime speciale di incentivazione per lo sviluppo e il buon governo: Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Georgia⁽¹⁰⁷⁾, Guatemala, Honduras, Sri Lanka, Repubblica moldava, Mongolia⁽¹⁰⁸⁾, Nicaragua, Panama, Perù, El Salvador e Venezuela. La caratteristica principale perché un Paese sia inserito in tale elenco, è la vulnerabilità⁽¹⁰⁹⁾. Sta successivamente al Paese interessato, per benefi-

beneficiari ammissibili al regime speciale di incentivazione per lo sviluppo sostenibile e il buon governo come disposto dall'art. 26, lett. e) del regolamento (CE) n. 980/2005 del Consiglio, del 27 giugno 2005, relativo all'applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate, *GUCE* L 337, p. 50 del 22 dicembre 2005.

(104) Art. 14, par. 2, del Reg. (CE) n. 2501/2001.

(105) Regolamento (CE) n. 2342/2003 della Commissione, del 29 dicembre 2003, che concede alla Repubblica democratica socialista dello Sri Lanka il beneficio del regime speciale di incentivazione della tutela dei diritti dei lavoratori, in *GUCE* L 346 del 31 dicembre 2003. Come si può notare nell'allegato I del Reg. (CE) n. 980/2005, colonna E, lo Sri Lanka è considerato come Paese incluso nel regime speciale di incentivazione per lo sviluppo sostenibile e il buon governo.

(106) Regolamento (CE) n. 1649/2000.

(107) Comunicazione relativa alla richiesta di poter beneficiare del regime speciale di incentivazione per la tutela dei diritti dei lavoratori presentata dalla Georgia (2001/C 127/14), in *GUCE* C 127 del 27 aprile 2001, p. 13.

(108) Comunicazione relativa alla richiesta di poter beneficiare del regime speciale d'incentivazione per la tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori presentata dalla Mongolia, in *GUUE* C 243, 30 settembre 2004, p. 2.

(109) Si tratta dei paesi che la Banca mondiale non ha classificato per tre anni consecutivi come paesi ad alto reddito. I cinque settori principali di tutte le loro importazioni comunitarie di prodotti originari di un paese beneficiario coperti dall'SPG devono, inoltre,

ciare di tale regime, fare richiesta in tal senso alla Commissione entro il 31 ottobre 2005, la quale, dopo aver esaminato le domande, pubblica l'elenco definitivo dei Paesi beneficiari di tale regime sulla Gazzetta ufficiale⁽¹¹⁰⁾.

Consultando il regolamento (CE) n. 732/2008, nell'allegato I, colonna E, si nota che non è stato incluso nel regime speciale di incentivazione per lo sviluppo sostenibile e il buon governo nessun Paese. Con il regolamento (UE) N. 1236/2009 della Commissione del 10 dicembre 2009 che modifica l'allegato I del regolamento (CE) n. 732/2008 del Consiglio relativo all'applicazione di uno schema di preferenze tariffarie generalizzate per il periodo dal 1° gennaio 2009 al 31 dicembre 2011⁽¹¹¹⁾, sono stati inseriti all'interno dell'elenco del regime speciale di incentivazione per lo sviluppo sostenibile e il buon governo ulteriori Paesi: Armenia, Azerbaigian, Bolivia, Paraguay, mentre Colombia, Costa Rica, Ecuador, Georgia, Guatemala, Honduras, Sri Lanka, Mongolia, Nicaragua, Perù, El Salvador. Tali Paesi erano già stati inclusi nel regolamento (CE) n. 980/2005 e nuovamente riammessi nel regime (CE) n. 732/2008.

Per quanto concerne la richiesta della Repubblica di Panama, la quale beneficiava del regime nel regolamento (CE) n. 980/2005, è stata accolta successivamente⁽¹¹²⁾ in quanto il regolamento (CE) n. 732/2008, ammette i Paesi in via di sviluppo che soddisfano i criteri specificati agli articoli 8 e 9. Innanzitutto è richiesto alla Repubblica di Panama di ratificare le Convenzioni sui diritti umani, le Convenzioni OIL sul diritto del lavoro e le Convenzioni relative ai principi ambientali e di buon governo⁽¹¹³⁾. La Repubblica di Panama per beneficiare di tale regime ha dovuto presentare

rappresentare più del 75% in valore di tutte le loro importazioni coperte dall'SPG, senza che le importazioni comunitarie coperte dall'SPG rappresentino meno dell'1% in valore di tutte le importazioni coperte dall'SPG nella Comunità. Cfr. art. 8, par. 3 del Reg. (CE) n. 980/2005.

(110) Decisione della COMMISSIONE 2005/924/CE del 21 dicembre 2005 sull'elenco dei paesi beneficiari ammissibili al regime speciale di incentivazione per lo sviluppo sostenibile e il buon governo come disposto dall'art. 26, lett. e) del regolamento (CE) n. 980/2005 del Consiglio, del 27 giugno 2005, relativo all'applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate, *GUCE* L 337, 22 dicembre 2005, p. 50.

(111) *GUUE* L 332, 17 dicembre 2009, p. 38.

(112) Decisione della COMMISSIONE 2010/318/UE, del 9 giugno 2010 sui paesi beneficiari del regime speciale di incentivazione per lo sviluppo sostenibile e il buon governo per il periodo dal 1° luglio 2010 al 31 dicembre 2011, a norma del regolamento (CE) n. 732/2008 del Consiglio, *GUCE* L 142, 10 giugno 2010, p. 10. V. CALACIURA, *Panama beneficerà del sistema SPG*, 23 giugno 2010, sul sito <http://www.calaciura.com/notizia/panama-beneficer%C3%A0-del-sistema-spg>, consultato il 1° maggio 2013.

(113) Art. 8 del Reg. (CE) n. 732/2008. Qui si può notare che il Paese beneficiario oltre rispettare i «*Core Labour standards*» deve rispettare le Convenzioni ONU sui diritti umani e quelle relative ai principi ambientali e di buon governo.

la richiesta entro il 30 aprile 2010⁽¹¹⁴⁾, allegando un'ampia documentazione delle convenzioni pertinenti da essa ratificate, della legislazione e delle misure adottate per un'adeguata attuazione delle convenzioni stesse, così come il suo impegno ad accettare e a rispettare appieno il meccanismo di verifica e riesame previsto tanto nelle convenzioni in oggetto, quanto negli strumenti ad essa associati. Infine, affinché la richiesta sia accolta, Panama ha dovuto dimostrare di essere considerato un paese vulnerabile a norma dell'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 732/2008⁽¹¹⁵⁾.

La Commissione dopo aver esaminato la domanda, giunge al risultato che Panama soddisfa i criteri necessari⁽¹¹⁶⁾ e di conseguenza ad essa è concesso il diritto di beneficiare del regime speciale di incentivazione a partire dal 1° luglio 2010 fino al 31 dicembre 2011.

La misura prevista dalla presente decisione è conforme al parere del Comitato delle preferenze generalizzate e quindi, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3 della Decisione del Consiglio 1999/468/CE⁽¹¹⁷⁾, la Commissione adotta la misura, senza sottoporre al Consiglio una proposta in merito alla misura da prendere.

Il regolamento (UE) n. 512/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio⁽¹¹⁸⁾ ha esteso l'applicazione del regolamento (CE) n. 732/2008 al 31 dicembre 2013. Pertanto i Paesi in via di sviluppo desiderosi di avvalersi del regime speciale di incentivazione a decorrere dal 1 gennaio 2012 hanno dovuto presentare una richiesta entro il 31 ottobre 2011. La Commissione ha ricevuto dalla Repubblica del Capo Verde una richiesta in tal senso⁽¹¹⁹⁾ e dopo un'attenta analisi ha concesso a Capo Verde, a partire dal 1 gennaio 2012 e fino al 31 dicembre, il regime speciale di incentivazione⁽¹²⁰⁾. Altre e nuove richieste da parte di altri paesi son giunte alla Commissione per

(114) Art. 9 del Reg. (CE) n. 732/2008 al par. a) ii) statuisce che entro il 30 aprile 2010 deve essere presentata la domanda per poter beneficiare del regime speciale di incentivazione a decorrere dal 1 luglio 2010.

(115) La Commissione ha esaminato la domanda ai sensi dell'art. 10, par. 1 del Reg. (CE) n. 732/2008.

(116) V. art. 8 e 9 del Reg. (CE) n. 732/2008.

(117) Decisione del CONSIGLIO 1999/468/CE, del 28 giugno 1999, recante modalità per l'esercizio delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione, *GUCE* L 184, 17 luglio 1999, p. 23.

(118) *GUCE* L 211 del 6 agosto 2008, p. 1.

(119) *GUUE* C 363, 13 dicembre 2011, p. 34.

(120) decisione di esecuzione della COMMISSIONE del 9 dicembre 2011 sui paesi beneficiari del regime speciale di incentivazione per lo sviluppo sostenibile e il buon governo per il periodo dal 1° gennaio 2012, a norma del regolamento (CE) n. 732/2008 del Consiglio, *GUCE* L 329 del 13 dicembre 2011, p. 19.

poter beneficiare dei regimi speciali di incentivazione della tutela dei diritti dei lavoratori ma esse sono ancora al vaglio della Commissione⁽¹²¹⁾ le quali devono essere valutate alla luce della nuova disciplina emanata dal regolamento UE n. 978/2012.

6. Caso pratico: Paesi che sono stati revocati dall'elenco di Paesi beneficiari delle preferenze tariffarie

6.1. Myanmar (Birmania)

Il 7 giugno 1995, la Confederazione internazionale dei sindacati liberi (CISL) e la Confederazione europea dei sindacati (CES) hanno presentato congiuntamente alla Commissione una denuncia in cui si chiede il ritiro temporaneo di Myanmar dal sistema di preferenze tariffarie generalizzate della Comunità *a causa del lavoro forzato*⁽¹²²⁾ praticato nel paese, a norma del regolamento (CE) n. 3281/94⁽¹²³⁾. Successivamente queste due Confederazioni hanno presentato domanda perché la denuncia sia estesa anche al regolamento (CE) n. 1256/96⁽¹²⁴⁾.

La Commissione ha esaminato la denuncia con il Comitato delle preferenze generalizzate, e ha ritenuto sufficienti le prove presentate per giustificare l'apertura di un'inchiesta⁽¹²⁵⁾.

Le autorità di Myanmar sono state informate ufficialmente dell'apertura dell'inchiesta, ma esse hanno negato il carattere forzato delle pra-

(121) Si vedano Comunicazione relativa alla richiesta di poter beneficiare del regime speciale di incentivazione della tutela dei diritti dei lavoratori presentata dalla Federazione russa (1999/C 218/02), in *GUCE* C 218 del 30 luglio 1999; Comunicazione relativa alla richiesta di poter beneficiare del regime speciale di incentivazione per la tutela dei diritti dei lavoratori presentata dall'Ucraina (2001/C 266/02), in *GUCE* C 266 del 21 settembre 2001; Comunicazione relativa alla richiesta di poter beneficiare del regime speciale di incentivazione per la tutela dei diritti dei lavoratori presentata dalla Repubblica di Uzbekistan (2002/C 189/03), in *GUCE* C 189 del 9 agosto 2002.

(122) Ai sensi dell'art. 9 del Reg. (CE) 3281/9. Il lavoro forzato, consiste nella pratica da parte di un paese beneficiario di qualsiasi forma di schiavitù, definita nelle convenzioni di Ginevra del 25 settembre 1926 e del 7 settembre 1956 e nelle convenzioni dell'OIL n. 29 e n. 105.

(123) Reg. (CE) 3281/94 del Consiglio recante applicazione di uno schema pluriennale di preferenze tariffarie generalizzate per il periodo 1995-1998 a taluni prodotti industriali originari di paesi in via di sviluppo.

(124) Regolamento Agricolo N°1256/1996 del 20 giugno 1996 pubblicato sulla G.U.C.E., L 160 del 29 giugno 1996.

(125) La Commissione ha deciso con avviso in data 16 gennaio 1996 che l'inchiesta avesse luogo, *GUCE* n. C 15 del 20 gennaio 1996, p. 3.

tiche denunciate facendo riferimento alle eccezioni previste dall'articolo 2, paragrafo 2 della convenzione n. 29 dell'OIL⁽¹²⁶⁾.

Dall'inchiesta risulta che le autorità di Myanmar ricorrono sistematicamente e sotto pena di sanzioni spesso violente al lavoro forzato non solo per operazioni di tipo militare, ma anche per la costruzione di infrastrutture civili o militari. La Commissione voleva inviare sul posto una commissione investigativa, ma le autorità di Myanmar non hanno voluto collaborare e pertanto le conclusioni sono state tratte in base ai dati disponibili⁽¹²⁷⁾, ovvero una revoca temporanea del beneficio delle preferenze tariffarie accordate all'Unione di Myanmar in base al regolamento (CE) n. 3281/94 e regolamento (CE) n. 1256/96⁽¹²⁸⁾.

Nonostante la pronuncia di revoca, il Consiglio, in un momento successivo deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, può far cessare l'applicazione del regolamento (CE) n. 552/97 alla luce di una relazione di quest'ultima che dimostra che non si fa più ricorso alle pratiche suddette che hanno provocato la revoca dell'accesso al sistema delle preferenze generalizzate per Myanmar⁽¹²⁹⁾.

La revoca temporanea pronunciata, visto la situazione attuale della politica del Myanmar, rimane attualmente in vigore, come considerato dal Consiglio nel regolamento (CE) in vigore⁽¹³⁰⁾, all'allegato II.

6.2. Bielorussia

Per quanto riguarda il caso di revoca della Bielorussia⁽¹³¹⁾, la quale era compresa nell'elenco dei Paesi beneficiari del regime tariffario preferenziale già con il regolamento 3281/94, il 29 gennaio 2003 la Confe-

(126) Tale art. fa riferimento a casi in cui il lavoro forzato è consentito.

(127) Art. 11, par. 5, del Reg. (CE) n. 3281/94.

(128) Regolamento (CE) n. 552/97 del Consiglio del 24 marzo 1997 che revoca temporaneamente i benefici derivanti dalle preferenze tariffarie generalizzate all'Unione di Myanmar, GU L 85 del 27 marzo 1997, p. 8.

(129) Cfr. art. 2 del Reg. (CE) n. 552/97. Il Reg. (CE) n. 552/97 entra in vigore il settimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee.

(130) Reg. (CE) n. 978/2012.

(131) Decisioni della COMMISSIONE del 29 dicembre 2003 relativa all'apertura di un'inchiesta, a norma dell'art. 27, par. 2, del regolamento (CE) n. 2501/2001 del Consiglio, sulla violazione del diritto di associazione in Bielorussia, *GUCE* L 5 p. 90. V. anche l'art. 23 del Reg. 732/2008 ove si dichiara che «vista la situazione politica del Myanmar e della Bielorussia, la revoca temporanea di tutte le preferenze tariffarie nei confronti delle importazioni di prodotti originari di questi paesi dovrebbe rimanere in vigore».

derazione internazionale dei sindacati liberi (CISL), la Confederazione europea dei sindacati (CES) e la Confederazione mondiale del lavoro (CML) hanno rivolto una domanda congiunta alla Commissione della Comunità Europea affinché si proceda ad un'inchiesta⁽¹³²⁾ in merito alle presunte gravi e sistematiche⁽¹³³⁾ violazioni della libertà di associazione⁽¹³⁴⁾ e diritto di contrattazione collettiva in Bielorussia.

La Commissione dopo aver ricevuto le informazioni dalle varie Conferenze richiedenti, le ha esaminate in concomitanza con il comitato delle preferenze generalizzate, e ha deciso⁽¹³⁵⁾ di avviare un'inchiesta. Le autorità della Bielorussia sono state informate ufficialmente dell'apertura dell'inchiesta, le quali hanno negato ogni violazione delle convenzioni suddette.

Dall'esame delle informazioni ricevute è stata confermata la violazione delle convenzioni OIL n. 87 e n. 97.

Parallelamente all'inchiesta della Commissione, l'OIL ha istituito una "commissione d'inchiesta" che, nella sua relazione del luglio 2004, ha formulato dodici raccomandazioni⁽¹³⁶⁾ alle quali il governo bielorusso doveva conformarsi entro il giugno 2005 per porre rimedio alla scorretta applicazione della convenzione n. 87 e n. 98 dell'OIL. La Bielorussia non mettendo in atto tali raccomandazioni, la Commissione ha ritenuto giustificata la revoca temporanea del regime.

(132) A norma dell'art. 27 del Reg. (CE) n. 2501/2001, del 10 dicembre 2001, relativo all'applicazione di uno schema di preferenze generalizzate per il periodo 1° gennaio 2002-31 dicembre 2004.

(133) Come statuisce il Reg. 2501/2001 e il Reg. 980/2005 perché le preferenze commerciali siano revocate occorre una grave e sistematica violazione delle norme delle convenzioni OIL; in questo caso quelle concernenti la libertà di associazione e il diritto alla negoziazione collettiva n. 87 e n.98.

(134) Le presunte violazioni della libertà di associazione in Bielorussia consistono in restrizioni al diritto dei lavoratori e dei datori di lavoro di creare organizzazione a loro descrizione, senza alcuna intromissione dei pubblici poteri, o l'ingerenza di quest'ultimi nelle elezioni sindacali, limitazione delle attività sindacali e misure repressive contro i leader e i membri sindacali ai sensi della convenzione n. 87 e n. 98. Cfr. preambolo 3 della Decisione della Commissione 2004/23/CE del 29 dicembre 2003 relativa all'apertura di un'inchiesta, a norma dell'art. 27, par. 2, del regolamento (CE) n. 2501/2001 del Consiglio, sulla violazione del diritto di associazione in Bielorussia, *GUCE* L 5 p.90.

(135) Decisione 2004/23/CE della COMMISSIONE.

(136) Raccomandazione sulla costrizione indiretta al lavoro, 1930, Raccomandazione sulla protezione del salario, 1949, Raccomandazione sui lavoratori migranti (riveduta), 1949, Raccomandazione sull'uguaglianza di retribuzione, 1951, Raccomandazione sui servizi sociali, 1956, Raccomandazione sulla discriminazione (impiego e professione), 1958, Raccomandazione sull'igiene (aziende commerciali e uffici), 1964, Raccomandazione sull'età minima, 1973, Raccomandazione sulle statistiche del lavoro, 1985, Raccomandazione sulle agenzie per l'impiego private, 1997, Raccomandazione sulle forme peggiori di lavoro minorile, 1999, Raccomandazione sulla protezione della maternità, 2000, Raccomandazione sulla promozione delle cooperative, 2002.

In conformità con la procedura stabilita dall'articolo 29 del regolamento 2501/2001 il 17 agosto 2005 la Commissione ha deciso di aprire, per un periodo di sei mesi, una procedura di controllo e valutazione⁽¹³⁷⁾ della situazione dei diritti del lavoro in Bielorussia e ha accordato così un nuovo termine al paese per impegnarsi ad adottare le misure necessarie per conformarsi ai principi e ai diritti fondamentali sul lavoro, conformemente alle dodici raccomandazioni contenute nella relazione della commissione d'inchiesta del luglio 2004. La Bielorussia non ha mantenuto l'impegno richiesto entro il periodo di controllo e valutazione, né nel periodo entro sei mesi, né nei mesi successivi. Sia il 30 marzo 2006, sia il 16 maggio 2006 la Commissione ha ricevuto una comunicazione dalle autorità bielorusse sullo stato dei diritti di libertà di associazione in Bielorussia. In entrambi i casi, però, la Commissione ha esaminato le relazioni, ma è giunta alla conclusione che esse non contenevano elementi di prova sufficienti di un impegno. Lo stesso parere è stato espresso dalla Commissione dell'OIL nella relazione del giugno 2006, nella quale viene ribadita la persistenza del governo bielorusso nel non attuare le dodici raccomandazioni.

Per i motivi sopra elencati, il regime preferenziale⁽¹³⁸⁾ per i prodotti originari della Bielorussia deve essere revocato temporaneamente, fino a quando non sia deciso che le ragioni che giustificano tale revoca temporanea non sussistono più.

La revoca temporanea pronunciata, visto la situazione politica della Bielorussia, rimane attualmente in vigore, come considerato dal Consiglio nel regolamento (CE) in vigore⁽¹³⁹⁾, all'allegato II.

6.3. Sri Lanka

La Repubblica democratica socialista dello Sri Lanka oltre a beneficiare del regime generale, già dal regolamento 3281/94, beneficia del regime speciale di incentivazione per lo sviluppo sostenibile e il buon governo (SPG+)⁽¹⁴⁰⁾, concesso nel quadro del sistema delle preferenze generalizzate della Comunità.

(137) Decisione 2005/616 della COMMISSIONE, del 17 agosto 2005, relativa al controllo e alla valutazione della situazione dei diritti del lavoro in Bielorussia in vista della revoca temporanea delle preferenze commerciali, *GUCE* L 213 del 18 agosto 2005, p. 16.

(138) Reg. (CE) n. 980/2005.

(139) V. Reg. (CE) n. 978/2012.

(140) V. Reg. (CE) n. 2342/2003.

La concessione e la salvaguardia dei benefici dell'SPG+ sono subordinate al rispetto da parte dei Paesi beneficiari delle condizioni previste per l'ammissibilità al regime suddetto⁽¹⁴¹⁾.

In base alle relazioni, dichiarazioni e informazione delle Nazioni Unite, nonché altre relazioni e informazioni rese accessibili al pubblico da altre fonti pertinenti, tra cui organizzazioni non governative, a disposizione della Commissione hanno dimostrato che la legislazione nazionale dello Sri Lanka che recepisce la Convenzione internazionale sui diritti civili e politici⁽¹⁴²⁾, la Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti⁽¹⁴³⁾ e la Convenzione sui diritti dell'infanzia⁽¹⁴⁴⁾ non era effettivamente applicata.

Il 14 ottobre del 2008 la Commissione ha avviato un'inchiesta⁽¹⁴⁵⁾ per valutare l'esistenza di gravi e persistenti violazioni delle convenzioni relative ai diritti umani nella Repubblica dello Sri Lanka.

Nel corso dell'inchiesta la Commissione ha offerto allo Sri Lanka la possibilità di collaborare all'inchiesta, ma quest'ultimo ha rifiutato la proposta. Nonostante ciò, la Commissione ha mantenuto contatti regolari con il paese al di fuori del quadro dell'inchiesta in modo da permettere allo Sri Lanka di segnalare alla Commissione eventuali informazioni utili ai fini dell'inchiesta, utilizzate nell'elaborazione della sua valutazione.

In data 19 ottobre 2009, la Commissione ha approvato una relazione contenente la conclusione che la legislazione nazionale dello Sri Lanka che ingloba le tre convenzioni non è effettivamente applicata⁽¹⁴⁶⁾. La

(141) Cfr. art. 8 del Reg. (CE) n. 732/2008.

(142) Cfr. punto 1 dell'allegato III, parte A, del Reg. (CE) n. 732/2008.

(143) Cfr. punto 5 dell'allegato III, parte A, del Reg. (CE) n. 732/2008.

(144) Cfr. punto 6 dell'allegato III, parte A, del Reg. (CE) n. 732/2008.

(145) La Commissione ha adottato la decisione (2008/803/EC) del 14 ottobre 2008 che stabilisca l'apertura di un'inchiesta, a norma dell'art. 18, par. 2, del Reg. (CE) n. 980/2005 del Consiglio del 27 giugno 2005., per quanto riguarda l'effettiva applicazione di talune convenzioni sui diritti dell'uomo in Sri Lanka, *GUCE* L 277, 18 ottobre 2008, p. 34.

(146) Detti organismi avevano lanciato l'allarme sulla drammatica situazione prodottasi all'interno del Paese allo scatenarsi della guerra civile tra il governo centrale e il movimento separatista delle Tigri del Tamil (o LTTE). Sotto accusa era, in part., la legislazione di emergenza del 2005 (pacchetti di provvedimenti volti a combattere prima i fenomeni sovversivi e poi la criminalità), che secondo gli osservatori internazionali non forniva le garanzie minime in materia di diritti fondamentali. Le informazioni pubblicate nei vari rapporti mostrano la conformità di certe pratiche come le c.d. *extrajudicial killings* da parte delle forze di polizia nei confronti di coloro che fossero sospetti di collaborare con le LTTE, oppure le numerosissime morti "sospette", avvenute all'interno delle carceri e giustificate come legittima difesa o come incidenti quando il detenuto reagiva all'arresto. Gli organismi internazionali mostravano, la generalizzazione delle pratiche di tortura e di altri trattamenti

relazione contenente le conclusioni dell'inchiesta è stata trasmessa allo Sri Lanka, e ha concesso a quest'ultimo un certo periodo di tempo per consentirgli di presentare le osservazioni in merito o riguardo alla relazione della Commissione. La Commissione ha valutato le osservazioni dello Sri Lanka ma ha concluso che le argomentazioni formulate da tale paese non erano tali da poter modificare sostanzialmente le conclusioni dell'inchiesta.

Risulta, dalle conclusioni dell'inchiesta della Commissione, necessaria una revoca temporanea⁽¹⁴⁷⁾ e, ai sensi dell'art. 19, par. 1⁽¹⁴⁸⁾, viene presentata, al Comitato delle preferenze generalizzate, la relazione.

Dato che i risultati giustificano la revoca temporanea, la Commissione decide di controllare e valutare la situazione nello Sri Lanka per un periodo di sei mesi, comunicandolo a quest'ultimo.

Decorso questo periodo, se la Commissione ritiene necessaria una revoca temporanea, ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 4 del regolamento n. 732/2008, deve presentare una proposta in tal senso al Consiglio⁽¹⁴⁹⁾, il quale delibera entro due mesi a maggioranza qualificata. Se il Consiglio decide la revoca temporanea, il regolamento deve essere pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea ed entra in vigore sei mesi dopo l'adozione della decisione.

L'esercizio della condizionalità, in altre parole revoca, da parte dell'UE è funzionale all'apertura di un dialogo con il Paese volto alla ricerca di

disumani e degradanti nei confronti dei detenuti, così come casi di "simpatizzanti" per le LTTE privati arbitrariamente della libertà e tradotti in campi di internamento o, addirittura, scomparsi. Tali casi non erano soggetti ad alcuna pena, garantiti dalla stessa legislazione di emergenza nazionale.

Il 18 maggio 2009 è terminato il conflitto armato tra le forze governative e l'LTTE, dove quest'ultimi volevano la creazione di uno stato separato. Il 5 maggio 2010, il Governo dello Sri Lanka ha abolito parzialmente le leggi d'emergenza emanate durante la guerra. Le settanta leggi speciali, limitavano fortemente la libertà individuale.

(147) Uno dei motivi di revoca elencati nel capitolo III del Reg. (CE) n. 980/2005 si ha quando «la legislazione nazionale non ingloba più le convenzioni di cui all'allegato III che sono state ratificate, in ottemperanza delle disposizioni dell'art. 9, par. 1 e 2, o se tale legislazione non è effettivamente applicata», cfr. art. 16, par. 2 del Reg. suddetto.

(148) Cfr. Reg. (CE) 732/2008. -

(149) Inizialmente il Consiglio ha presentato la Proposta di Regolamento che revoca temporaneamente il regime speciale di incentivazione per lo sviluppo sostenibile e il buon governo previsti dal regolamento (CE) n. 732/2008 del Consiglio nei confronti della Repubblica democratica socialista dello Sri Lanka, COM (2009) 671 definitivo, Bruxelles 15 dicembre 2009. Successivamente il Consiglio ha adottato il Regolamento di esecuzione (UE) n. 143/2010, del 15 febbraio 2010, che revoca temporaneamente il regime speciale di incentivazione per lo sviluppo sostenibile e il buon governo previsti dal regolamento (CE) n. 732/2008 nei confronti della Repubblica democratica socialista dello Sri Lanka, *GUUE* L 45, p.1.

un accordo sulle misure necessarie a tutelare i diritti fondamentali in maniera più effettiva. La Commissione, nella riunione svolta il 15 marzo 2010 tra il Commissario europeo e il Ministro per gli affari esteri cingalese, ha ribadito la più completa disponibilità al dialogo con lo Sri Lanka e si è detta pronta a rivalutare la propria posizione e a ristabilire le preferenze «SPG+» qualora il paese beneficiario interessato si sia impegnato a adottare le misure necessarie per conformarsi alle convenzioni OIL⁽¹⁵⁰⁾.

Infatti in una lettera indirizzata al Ministro degli esteri dello Sri Lanka, al Vice-Presidente degli affari esteri e sicurezza politica e al Commissario europea per il commercio, la Commissione ha offerto la proposta al Consiglio dell'Unione europea di mantenere le preferenze GSP+ per altri 6 mesi. Questa offerta però è subordinata dalla disponibilità del governo dello Sri Lanka di sostenere i risultati ottenuti dal febbraio 2010 e impegnarsi nel prossimo periodo di proroga di applicare le 15 Convenzioni ONU/OIL sui diritti umani e sul diritto del lavoro. Il governo dello Sri Lanka era stato invitato a rispondere per iscritto entro il 1° giugno per legittimare tale offerta.

Nel giugno 2010, la Commissione Europea ha fatto il punto della situazione, e prende atto del "silenzio" delle autorità cingalesi, che dimostrano di non aver alcuna intenzione di collaborare. Per tale motivo, il 15 agosto 2010, il regolamento del Consiglio che revoca temporaneamente il SPG+, entra in vigore⁽¹⁵¹⁾.

Una volta che la sospensione temporanea avrà effetto, le importazioni dell'UE provenienti dallo Sri Lanka saranno oggetto di un trattamento preferenziale standard dell'SPG, in base al quale lo Sri Lanka gode ancora dell'accesso preferenziale al mercato dell'Unione europea per i suoi prodotti chiave: abbigliamento e prodotti da pesca.

Tale beneficio lo gode anche in altri importanti mercati dei Paesi sviluppati.

6.4. Venezuela

La Commissione, dopo aver esaminato la domanda del Venezuela⁽¹⁵²⁾ di essere incluso tra i Paesi beneficiari del regime speciale di incentivazione per lo sviluppo sostenibile e il buon governo, ha adottato la decisione

(150) V. DAL VECCHIO, *L'UE ritira le preferenze speciali con lo Sri Lanka per le violazioni di diritti umani*, <http://www.sudineuropa.net/articolo.asp?ID=415>, consultato il 2 aprile 2013.

(151) Queste conclusioni si possono trarre leggendo il comunicato stampa che si trova sul sito della Direzione generale Commercio della Commissione *EU regrets silence of Sri Lanka regarding preferential import regime*, 5 July 2010, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=589&serie=353&langId=en>, consultato il 27 aprile 2013.

(152) Cfr. art. 10, par. 2, del Reg. (CE) n. 732/2008.

2008/938/CE⁽¹⁵³⁾ includendo il Venezuela nell'elenco dei Paesi beneficiari di detto regime.

Nel 2009 è risultato che il Venezuela non ha ratificato la convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione⁽¹⁵⁴⁾: essa non soddisfaceva tutte le condizioni fissate dal regolamento (CE) n. 732/2008 per beneficiare del regime suddetto. Per tale motivo, la decisione 2008/938/CE doveva essere modificata e doveva essere disposto un opportuno periodo transitorio per la sua applicazione⁽¹⁵⁵⁾.

Il rappresentante della Commissione ha sottoposto il progetto di revoca temporanea sopraddetto al Comitato delle preferenze generalizzate. Quest'ultimo, però, non ha espresso nessun parere entro il termine fissato dal presidente della Commissione. Di conseguenza, la Commissione, ai sensi dell'art. 5, par. 4⁽¹⁵⁶⁾ della Decisione 1999/468/CE⁽¹⁵⁷⁾, ha presentato il 2 aprile 2009 una proposta al Consiglio, il quale è tenuto ad agire entro tre mesi.

Il Consiglio ha confermato in data 18 maggio 2009 che non esiste una maggioranza qualificata favorevole o contraria alla proposta e quindi la Commissione ha adottato l'atto di esecuzione proposto ai sensi dell'art. 5, par. 6, ult. co.⁽¹⁵⁸⁾: ovvero procede con la soppressione del Venezue-

(153) Decisione della COMMISSIONE 2008/938/CE, del 9 dicembre 2008, sull'elenco dei paesi beneficiari del regime speciale di incentivazione per lo sviluppo sostenibile e il buon governo previsto dal regolamento (CE) n. 732/2008 del Consiglio, relativo all'applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate per il periodo dal 1° gennaio 2009 al 31 dicembre 2011, *GUUE* L 334, 12 dicembre 2008, p. 90.

(154) Cfr. punto 27 dell'Allegato III, parte B, del Reg. (CE) n. 732/2008.

(155) A norma dell'art. 214 del Reg. (CEE) n. 2913/92 del Consiglio, del 12 ottobre 1992, che istituisce il Codice doganale comunitario (*GUCE* L 302 del 19 ottobre 1992, p.1) restano immutate le obbligazioni doganali sorte per effetto della decisione 2008/938/CE fino alla data di applicazione della presente decisione. Cfr. preambolo 4 della Decisione della COMMISSIONE 2009/454/CE, dell'11 giugno 2009, che modifica la decisione 2008/938/CE della Commissione sull'elenco dei paesi beneficiari del regime speciale di incentivazione per lo sviluppo sostenibile e il buon governo previsto dal regolamento (CE) n. 732/2008 del Consiglio relativo all'applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate per il periodo dal 1° gennaio 2009 al 31 dicembre 2011, *GUCE* L 149, del 12 giugno 2009, p. 78.

(156) «Se le misure previste non sono conformi al parere del comitato, o in assenza di parere, la Commissione sottopone senza indugio al Consiglio una proposta in merito alle misure da prendere e ne informa il Parlamento europeo».

(157) Decisione del CONSIGLIO 1999/468/CE, del 28 giugno 1999 recante le modalità per l'esercizio delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione, *GUCE* L 184, 17 luglio 1999, p. 23.

(158) «Se allo scadere di tale termine il Consiglio non ha adottato l'atto di esecuzione proposto ovvero non ha manifestato la sua opposizione alla proposta relativa alle misure di esecuzione, la Commissione adotta l'atto di esecuzione proposto».

la dall'elenco dei Paesi beneficiari previsto dall'art. 1 della decisione 2008/938/CE.

La presente decisione è entrata in vigore il settantesimo giorno successivo alla sua pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea⁽¹⁵⁹⁾.

6.5. Altri Paesi

Confrontando il regolamento (CE) n. 2501/2001 e il regolamento (CE) n. 980/2005 si osserva che Cipro è stata esclusa dall'elenco dei Paesi beneficiari dell'SPG perché appunto ha stipulato un Accordo di associazione⁽¹⁶⁰⁾ con la Comunità europea, il quale prevede una politica di libero scambio attraverso lo smantellamento graduale delle protezioni.

Dall'allegato I del Regolamento CE n. 732/2008, si osserva che a differenza regolamento (CE) n. 980/2005 due Paesi, ovvero il Cile⁽¹⁶¹⁾ e la Moldavia⁽¹⁶²⁾, sono stati esclusi perché hanno firmato un accordo commerciale preferenziale con la Comunità che copre tutte le preferenze previste in loro favore dal sistema attuale.

7. Conclusioni

Con il presente lavoro, si è osservato che attraverso il Sistema di preferenze generalizzate l'Unione europea si è posta l'obiettivo non solo

(159) V. Decisione della COMMISSIONE 2009/454/CE cit.; da qui si intuisce il motivo per il quale il Venezuela non è compreso nell'elenco dei Paesi beneficiari dello schema di preferenze generalizzate per il periodo 1° gennaio 2009 al 31 dicembre 2011, v. Reg. (UE) n. 1236/2009 della commissione, *GUCE* L 332, p. 38.

(160) L'Accordo di Stabilizzazione e Associazione è il primo passo che devono compiere i Paesi europei non appartenenti all'Unione europea per poter entrare a far parte della stessa. Infatti Cipro è entrata a far parte come paese membro dell'Unione europea il 1° maggio 2004.

(161) Regolamento (CE) n. 566/2007 che esclude la Repubblica del Cile dall'elenco dei Paesi beneficiari di cui all'allegato I del regolamento (CE) n. 980/2005 del Consiglio relativo all'applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate, *GUUE* L 133, 25 maggio 2007, p. 12.

(162) Decisione del CONSIGLIO del 12 luglio 2010 relativa alla firma e all'applicazione provvisoria di un protocollo all'accordo di partenariato e di cooperazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica moldava, dall'altra riguardante un accordo quadro fra l'unione europea e la Repubblica moldava sui principi generali della partecipazione della Repubblica moldava ai programmi dell'Unione, *GUUE* L 14, 19 gennaio 2011, p. 1.

di occuparsi di questioni relative al commercio e allo sviluppo dei Paesi in via di sviluppo, ma anche di tematiche concernenti la promozione e rispetto dei diritti umani. Infatti, analizzando i vari regolamenti, si nota che ai Paesi beneficiari del regime generale dell'SPG che presentano domanda per essere ammessi al regime speciale a tutela dei lavoratori si è richiesto un maggior numero di convenzioni OIL da ratificare: dai *core labour standards* ai diritti umani, dell'ambiente e della lotta alla corruzione, alla produzione e al traffico di stupefacenti. Questo dimostra l'insistenza da parte dell'UE di ampliare il sacrificio che i PVS devono sopportare per beneficiare del trattamento privilegiato allo scopo di migliorare le condizioni sociali nei Paesi arretrati. Sotto questo aspetto, confrontando il regolamento (CE) n. 2501/2001 con i regolamenti (CE) n. 980/2005 e n. 732/2008, si è constatato un numero crescente di Paesi beneficiari che hanno presentato domanda di ammissione al regime speciale di incentivazione dello sviluppo sostenibile e del buon governo la quale per alcuni di essi è stata accolta mentre per altri la richiesta è ancora al vaglio della Commissione. Il motivo principale della rivalutazione da parte dei PVS dell'SPG consiste nel passaggio da una riduzione a una totale sospensione dei dazi della tariffa doganale comune indicati nei regolamenti suddetti.

L'atteggiamento favorevole dei Paesi in via di sviluppo nel presentare domanda per essere ammessi al regime speciale di incentivazione per lo sviluppo sostenibile e il buon governo che lo stesso Sistema di Preferenze Generalizzate offre, induce a prevedere un incremento nel tempo del rispetto da parte di tali Paesi dei diritti umani e dell'ambiente, obiettivi che la stessa Comunità europea si era proiettata di raggiungere nell'inserire all'interno del sistema del commercio internazionale tale strumento.

Con questo lavoro approfondendo lo studio oltre del meccanismo di condizionalità positiva appena commentato anche del meccanismo di condizionalità negativa si è arrivati alla conclusione che la revoca dei Paesi in via di sviluppo dal SPG è da considerarsi come una "sanzione positiva". L'esclusione del Paese beneficiario dal regime speciale, il quale comunque continua a beneficiare delle riduzioni tariffarie del regime generale o la revoca del Paese beneficiario dal regime generale e quindi l'esclusione da tutti i benefici tariffari doganali concessi dal sistema SPG, non è prevista l'applicazione di nessuna misura coercitiva. Questa osservazione permette di distinguere la clausola sociale inserita all'interno dell'SPG da quella inserita negli accordi di libero scambio, ad esempio NAFTA o CAFTA, nei quali, in caso di mancato rispetto dei diritti sociali dei lavoratori, vengono applicate delle vere e proprie sanzioni finanziarie.

Per affrontare e superare le problematiche concernenti lo sviluppo della politica sociale all'interno dei Paesi in via di sviluppo, sarebbe auspicabile l'introduzione di un'apposita clausola sociale all'interno del sistema WTO, in particolare all'interno dell'articolo XX del GATT il quale prevede una serie di eccezioni intese come restrizioni agli scambi commerciali che avvengono per ragioni di ordine pubblico, per la protezione della vita umana, della salute, della tutela dell'ambiente, nonché dei prodotti ottenuti nelle carceri. Alla suddetta disposizione occorrerebbe inserire tra l'elenco delle eccezioni generali i *core labour standards* relativi alla libertà d'associazione e di organizzazione sindacale, al divieto di sfruttamento del lavoro minorile e all'eliminazione di ogni forma di discriminazione del lavoro. Si avrebbe così l'introduzione nel GATT/WTO di una clausola sociale, ovvero di una norma che condiziona la liberalizzazione degli scambi internazionali al rispetto di alcuni diritti sociali fondamentali da parte di tutti i soggetti che partecipano al ciclo produttivo di merci destinate all'esportazione, comportando in caso di violazione l'applicazione di una sanzione pecuniaria al Paese trasgressore. Al contempo l'OIL dovrebbe cooperare con la WTO svolgendo procedure di monitoraggio sul rispetto dei *labour standard* segnalando all'Organizzazione i Paesi virtuosi e quelli che non rispettano tali principi in modo tale da facilitare la WTO nella propria mansione.

Abstract

This paper analyses trade conditionality in the Generalized System of preferences (GSP) of the European Community in the light of the reform by the European Commission of the GSP system. It focus particularly on the special incentive arrangements available to developing countries on the basis of adherence to specified standards in areas such as labour right and human rights protection.

PARTE III

Osservatorio

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, Grande Camera,
12 settembre 2012, ric. n. 10593/08 – NICOLAS BRATZA
Presidente

SANZIONI CONTRO SOSPETTI TERRORISTI – ATTUAZIONE DELLE RISOLUZIONI ONU
A LIVELLO NAZIONALE – RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E FAMILIARE – DIRITTO
AD UN RICORSO GIURISDIZIONALE EFFETTIVO – CRITERI DI AMMISSIBILITÀ DEL
RICORSO – PROPORZIONALITÀ

*(Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle
libertà fondamentali, artt. 5, 8, 9, 13)*

*Uno Stato viola i diritti di un ricorrente al rispetto della vita privata e
famigliare e ad un ricorso giurisdizionale effettivo, quando, in attuazione
di una risoluzione del Consiglio di Sicurezza relativa alla lotta al terrori-
smo internazionale che attribuisce un margine di discrezionalità, ancor-
ché limitato, agli Stati, non adotta le misure necessarie per alleviare le
sanzioni di cui il ricorrente è destinatario, tenuto conto delle particolari
circostanze del caso. Nulla nelle risoluzioni delle Nazioni Unite impedi-
sce allo Stato di introdurre meccanismi per verificare le azioni intraprese
a livello nazionale in attuazione degli atti vincolanti degli organi ONU.*

Si riporta qui di seguito il testo dei *legal summaries* pubblicati, in
inglese, nel sito della Corte Edu. Il testo integrale della sentenza (in
inglese o francese) è reperibile al sito <http://www.echr.coe.int>.

(Omissis) – FACTS – The Swiss Federal Taliban Ordinance was enacted pursuant to several UN Security Council Resolutions. It had the effect of preventing the applicant, an Egyptian national, from entering or transiting through Switzerland due to the fact that his name had been added to the list annexed to the UN Security Council's Sanctions Committee of persons suspected of being associated with the Taliban and al-Qaeda ("the list"). The applicant had been living in Campione d'Italia, an Italian enclave of about 1.6 square kilometres surrounded by the Swiss Canton of Ticino and separated from the rest of Italy by a lake. The applicant claimed that the restriction made it difficult for him to leave the enclave and therefore to see his friends and family, and that it caused him suffering due to his inability to receive appropriate medical treatment for his health problems. The applicant further found it difficult to remove his name from the Ordinance, even after the Swiss investigators had found the accusations against him to be unsubstantiated.

LAW

(a) *Preliminary objections* - The respondent Government argued that the application was inadmissible on several counts, namely that it was incompatible *ratione personae* and *ratione materiae* with the Convention, that the applicant did not have “victim” status, and that the applicant had failed to exhaust domestic remedies. The Court joined consideration of the issue of compatibility *ratione materiae* to the merits. As regards the remaining preliminary objections it held as follows:

(i) *Compatibility ratione personae*: The Court could not endorse the argument that the measures taken by the member states of the United Nations to implement the relevant Security Council resolutions were attributable to that organisation, rather than to the respondent State. Unlike the position in *Behrami and Behrami v. France*, in which the impugned acts and omissions were attributable to UN bodies, the relevant resolutions in the instant case required States to act in their own names and to implement them at national level. The measures imposed by the Security Council resolutions had been implemented at national level by an Ordinance of the Federal Council and the applicant’s requests for exemption from the ban on entry into Swiss territory were rejected by the Swiss authorities. The acts and omissions in question were thus attributable to Switzerland and capable of engaging its responsibility.

Conclusion: preliminary objection dismissed (unanimously).

(ii) *Victim status*: The lifting of the sanctions, more than six years after they were imposed, could not be regarded as an acknowledgement by the Government of a violation of the Convention and had not been followed by any redress within the meaning of the Court’s case-law. Accordingly, the applicant could still claim to have been a victim of the alleged violations.

Conclusion: preliminary objection dismissed (unanimously).

(iii) *Exhaustion of domestic remedies*: The Court noted that the applicant had not challenged the refusals to grant his requests for exemption from the sanctions regime, and that on two occasions he had been granted exemptions he had not used. However, even supposing that those exemptions had alleviated certain effects of the regime by allowing him to temporarily leave the enclave for certain reasons, the Court was of the view that the issue of exemptions was part of a broader situation whose origin lay in the addition by the Swiss authorities of the applicant’s name to the list annexed to the Taliban Ordinance, which was based on the UN list. Noting that the applicant had, without success, submitted many requests to the national authorities for the deletion of

his name from the list and that the Federal Court had dismissed his appeal without examining the merits of his complaint under the Convention, the Court took the view that the applicant had exhausted domestic remedies relating to the sanctions regime as a whole in respect of his complaints under Articles 5 and 8 of the Convention. It joined to the merits the objection that he had failed to exhaust domestic remedies in respect of his complaint under Article 13.

Conclusion: preliminary objection dismissed (unanimously).

(b) *Merits* - Article 8: The impugned measures had left the applicant in a confined area for at least six years and had prevented him, or at least made it more difficult for him, to consult his doctors in Italy or Switzerland or to visit his friends and family. There had thus been interference with the applicant's rights to private life and family life. The measures had a sufficient legal basis and pursued the legitimate aims of preventing crime and contributing to national security and public safety.

The Court then considered whether the interference was justified. It reiterated that a Contracting Party is responsible under Article 1 of the Convention for all acts and omissions of its organs regardless of whether the act or omission in question was a consequence of domestic law or of the necessity to comply with international legal obligations. When considering the relationship between the Convention and Security Council resolutions, the Court had found in *Al-Jedda v. the United Kingdom* that there must be a presumption that the Security Council does not intend to impose any obligation on Member States to breach fundamental principles of human rights and that it was to be expected that clear and explicit language would be used were the Security Council to intend States to take particular measures which would conflict with their obligations under international human-rights law. In the present case, however, that presumption had been rebutted as Resolution 1390 (2002) expressly required the States to prevent individuals on the list from entering or transiting through their territory.

Nevertheless, the UN Charter did not impose on States a particular model for the implementation of resolutions adopted by the Security Council under Chapter VII, but instead left them a free choice among the various possible models for transposition of those resolutions into their domestic legal order. Accordingly, Switzerland had enjoyed a limited but real latitude in implementing the relevant binding resolutions. The Court went on to consider whether the measures taken by the Swiss authorities were proportionate in light of this latitude. It found it surprising that the Swiss authorities had apparently not informed the Sanctions Committee until September 2009 of the Federal Prosecutor's findings

in May 2005 that the accusations against the applicant were clearly unfounded: a more prompt communication of the investigative authorities' conclusions might have led to the applicant's name being deleted from the UN list considerably earlier. As regards the scope of the prohibition, it had prevented the applicant not only from entering Switzerland but also from leaving Campione d'Italia at all, in view of its situation as an enclave, even to travel to any other part of Italy, the country of which he was a national. There was also a medical aspect to the case that was not to be underestimated: the applicant, who was born in 1931 and had health problems, was denied a number of requests he had submitted for exemption from the entry and transit ban for medical reasons or in connection with judicial proceedings. Nor had the Swiss authorities offered him any assistance in seeking a broad exemption from the ban in view of his particular situation. While it was true that Switzerland was not responsible for the applicant's name being on the list and, not being his State of citizenship or residence, was not competent to approach the Sanctions Committee for delisting purposes, the Swiss authorities appeared never to have sought to encourage Italy to undertake such action or offer it assistance for that purpose. The Court considered in this connection that they had not sufficiently taken into account the realities of the case, especially the unique situation of the applicant geographically, and the considerable duration of the measures. The respondent State could not validly confine itself to relying on the binding nature of Security Council resolutions, but should have persuaded the Court that it had taken - or attempted to take - all possible measures to adapt the sanctions regime to the applicant's individual situation. That finding dispensed the Court from determining the question of the hierarchy between the obligations arising under the Convention on the one hand and under the UN Charter on the other. The respondent Government had failed to show that they had attempted, as far as possible, to harmonise the obligations that they regarded as divergent. Their preliminary objection that the application was incompatible *ratione materiae* with the Convention was therefore dismissed. Having regard to all the circumstances, the restrictions imposed on the applicant's freedom of movement for a considerable period of time had not struck a fair balance between his right to the protection of his private and family life and the legitimate aims pursued.

Conclusion: violation (unanimously).

Article 13: The Court observed that the applicant was able to apply to the national authorities to have his name deleted from the list and that this could have provided redress for his complaints under the Con-

vention. However, those authorities did not examine his complaints on the merits. In particular, the Federal Court took the view that whilst it could verify whether Switzerland was bound by the Security Council resolutions, it could not lift the sanctions imposed on the applicant on the ground that they did not respect human rights. The Federal Court, moreover, expressly acknowledged that the delisting procedure at United Nations level could not be regarded as an effective remedy within the meaning of Article 13 of the Convention.

Conclusion: violation (unanimously).

Article 5 par. 1: Although the restrictions on the applicant's freedom of movement were maintained for a considerable length of time, the area in which he was not allowed to travel was the territory of a third country which, under international law, had the right to prevent the entry of an alien. The restrictions in question did not prevent the applicant from freely living and moving within the territory of his permanent residence. Although that territory was small the applicant was not, strictly speaking, in a situation of detention, nor was he actually under house arrest. The sanctions regime permitted the applicant to seek exemptions from the entry or transit ban and such exemptions were indeed granted to him on two occasions (although he did not make use of them). Accordingly, the applicant had not been "deprived of his liberty" within the meaning of Article 5 par. 1.

Conclusion: inadmissible (manifestly ill-founded).

Article 41: No claim made in respect of damage.

Il regime delle sanzioni ONU contro sospetti terroristi
al vaglio della Corte Edu: luci (e qualche ombra)
in relazione allo *standard* europeo di tutela
dei diritti umani fondamentali

Sara De Vido
*Ricercatore di Diritto internazionale
nell'Università Ca' Foscari Venezia*

SOMMARIO: 1. Introduzione: da *Kadi* a *Nada*. Il regime delle sanzioni ONU contro sospetti terroristi davanti ai giudici europei. – 2. I fatti del caso *Nada*. – 3. Obiezioni preliminari: la compatibilità *ratione personae* del ricorso con la Convenzione. – 4. La violazione dell'articolo 8 CEDU: il "margine d'azione" della Svizzera. – 4.1. (segue) e dell'articolo 13 CEDU: parziale allineamento al "test" *Kadi*. – 4.2. Le ulteriori doglianze del ricorrente. – 5. Alcune considerazioni a partire dalla posizione del giudice Malinverni. – 5.1. Interpretazione degli obblighi internazionali e principio della "protezione equivalente" sulle orme della Corte Edu.

*1. Introduzione: da Kadi a Nada. Il regime delle sanzioni ONU
contro sospetti terroristi davanti ai giudici europei*

La Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte Edu) si è pronunciata per la prima volta sul regime ONU di sanzioni individuali contro sospetti terroristi⁽¹⁾ e sulla sua compatibilità con il sistema europeo di tutela dei diritti umani fondamentali nel caso *Nada c. Svizzera*⁽²⁾.

(1) Le sanzioni individuali, o *targeted sanctions* (congelamento dei capitali, sospensione del credito, diniego e limiti all'accesso ai mercati finanziari esteri, embargo commerciale sulle armi e beni di lusso, divieti di volo, diniego di viaggi internazionali) contro sospetti terroristi, decise a livello ONU, si fondano sulla Risoluzione del Consiglio di Sicurezza n. 1267/1999, 15 ottobre 1999, adottata in base al capo VII della Carta delle Nazioni Unite, e successive modifiche. Le persone o le organizzazioni terroristiche designate sono inserite in una *black list* elaborata ed aggiornata periodicamente dal Comitato 1267, la cui composizione riflette quella del Consiglio di Sicurezza. Tra le più recenti modifiche al sistema delle sanzioni, rilevano le Risoluzioni n. 1988 e 1989/2011 (17 giugno 2011), attraverso le quali la lista è stata divisa in due parti: l'una contenente nomi di singoli ed organizzazioni affiliati ad *Al-Qaeda*, l'altra contenente i nomi di Talebani e singoli o organizzazioni ad essi legati.

(2) Corte Edu (Grande Camera), 12 settembre 2012, ricorso n. 10593/08, *Nada c. Svizzera*.

Per capire la portata dell’attesa sentenza della Corte Edu, resa il 12 settembre 2012, è opportuno preliminarmente richiamare le pronunce del Tribunale e della Corte di giustizia dell’Unione europea nel caso *Kadi*⁽³⁾. I giudici di Lussemburgo, nella storica sentenza della Corte del 2008 ripresa dal Tribunale nella sua decisione del 2010, avevano espresso la necessità di effettuare un esame «in linea di principio completo» del regolamento comunitario che attuava il regime delle sanzioni ONU «con riferimento ai diritti fondamentali che fanno parte dei principi generali del diritto comunitario»⁽⁴⁾. Un esame che andava svolto da parte dei giudici UE, nonostante l’attuazione della Risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite n. 1267/1999 e successive modifiche e della relativa lista di sospetti terroristi e organizzazioni terroristiche, elaborata dal Comitato 1267, fosse “vincolata”; in altri termini, la Commissione europea si limitava (e si limita oggi dopo le modifiche apportate dal Trattato di Lisbona) unicamente a trasporre la lista ONU nel sistema UE, senza avere margini per contestare la designazione. Ebbene, nella innovativa sentenza del 2008, la Corte di giustizia aveva ritenuto di dover esaminare la legittimità del regolamento alla luce dei diritti umani fondamentali, e aveva quindi annullato, per la parte relativa al ricorrente, il regolamento stesso, rilevando la violazione dei diritti del ricorrente ad un equo processo, ad un ricorso giurisdizionale effettivo e alla proprietà. Non esaminare il regolamento controverso avrebbe significato, infatti, attribuire una sorta di “immunità” all’atto impugnato, immunità non giustificata in quanto la procedura di riesame delle designazioni esistente a livello ONU «non offre manifestamente le garanzie di una tutela giurisdizionale»⁽⁵⁾.

È evidente che, pronunciandosi su un caso simile – singolo inserito nella lista ONU di sospetti terroristi e soggetto a restrizioni da parte dello Stato di residenza – la Corte Edu avrebbe potuto o allontanarsi dalla posizione della Corte di giustizia dell’Unione europea, o seguire *le fil rouge* del ragionamento dei giudici di Lussemburgo, confermando l’ipotesi di un’autrice che parlava di effetto “spill over” della sentenza *Kadi* nella

(3) Corte Giust., grande sezione, 3 settembre 2008, in cause riunite C-402/05 P, 415/05 P, *Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell’Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 2008, I-6351. Tribunale, settima sezione, 30 settembre 2010, in causa T-85/09, *Kadi c. Commissione europea*, in *Raccolta*, 2010, II-5177. Si consente di rinviare, per un’analisi più dettagliata dei casi e le implicazioni relative alla tutela dei diritti umani fondamentali dei singoli sospettati di terrorismo internazionale, a S. DE VIDO, *Il contrasto del finanziamento al terrorismo internazionale. Profili di Diritto internazionale e dell’Unione europea*, Padova, 2012, e bibliografia ivi citata.

(4) Corte Giust., *Kadi*, 2008, cit., par. 330.

(5) Corte Giust., *Kadi*, 2008, cit., par. 322.

giurisprudenza dei giudici di Strasburgo⁽⁶⁾. Come si argomenterà *oltre*, la posizione della Corte Edu, ancorché non decisa ed esplicita quanto quella della Corte di giustizia UE, ha portato a delle conclusioni simili⁽⁷⁾.

2. I fatti del caso *Nada*

I fatti, anche per la eco che il caso ha avuto nella stampa europea⁽⁸⁾, sono noti. *Youssef Nada*⁽⁹⁾, uomo d'affari di nazionalità italo-egiziana, domiciliato dal 1970 a Campione, *enclave* italiana in territorio svizzero, veniva inserito nella lista di sospetti terroristi delle Nazioni Unite il 9 novembre 2001, assieme alla sua società, *Nada Management Organization*, e ad un membro del consiglio d'amministrazione. Il 30 novembre 2002, il Consiglio federale svizzero riportava il nome di *Nada* nell'allegato all'ordinanza del 2 ottobre 2000, che prevedeva l'applicazione delle sanzioni mirate nei confronti di individui, gruppi ed entità come stabilito dall'ONU (di cui all'epoca la Confederazione elvetica non era ancora membro). Il 10 ottobre 2003, il Canton Ticino, tramite l'ufficio per l'immigrazione, integrazione ed emigrazione (IMES), su segnalazione del *Monitoring Team* che opera in sede ONU, revocava al ricorrente il permesso speciale di superare i confini della Svizzera per raggiungere l'Italia. Con Risoluzione n. 1390/2002, infatti, il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite decideva che tutti gli Stati dovessero, oltre che provvedere al congelamento dei beni dei sospetti terroristi inseriti nella *black list* ONU, anche «prevent the entry into or the transit through their territories of these individuals»⁽¹⁰⁾.

L'IMES rifiutava l'anno successivo una richiesta presentata da *Nada* per lasciare la Svizzera con lo scopo di sottoporsi a trattamento medico. Nel frattempo, l'indagine aperta nei confronti del ricorrente dalle

(6) A. CIAMPI, *The Potentially Competing Jurisdiction of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice*, in *Yearbook of European Law*, 2009, p. 601 ss., p. 606.

(7) In tal senso si legga S. GUGGISBERG, *The Nada Case Before the ECtHR: A New Milestone in the European Debate on Security Council Targeted Sanctions and Human Rights Obligations*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2012, p. 411 ss., in part. p. 434.

(8) V., ad esempio, un'intervista a Youssef Nada realizzata dalla giornalista svizzera Cattori nel 2008 e pubblicata in <http://www.voltairenet.org/article158323.html> (ultimo accesso 23 aprile 2013).

(9) Per la ricostruzione della vicenda, v. A. BORGHI, *Le blocage de biens à titre de sanction internationale: mesure conservatoire ou confiscatoire?*, in S. GIROUD, A. BORGHI (eds), *Etat de droit et confiscation internationale*, Ginevra-Lugano-Bruxelles, 2010, p. 89 ss.; A. CIAMPI, *op. cit.*

(10) Risoluzione del Consiglio di Sicurezza ONU n. 1390/2002, 28 gennaio 2002, par. 2, lett. b).

autorità svizzere dava origine, nel 2005, a un non-luogo a procedere. A quel punto *Nada* chiedeva al Segretariato di Stato per l'Economia la radiazione dalla lista della Confederazione elvetica. L'autorità competente opponeva il suo rifiuto con decisione del 18 gennaio 2006, quindi il ricorrente si rivolgeva al *Conseil Fédéral*, il quale decideva in seguito di spogliarsi della sua competenza a favore del Tribunale federale. Il Tribunale si pronunciava il 14 novembre 2007, dichiarando il ricorso ammissibile ma respingendolo nel merito⁽¹¹⁾. Il ricorrente confermava in quell'occasione tutte le doglianze già illustrate alle autorità competenti, soprattutto l'impossibilità di lasciare Campione per sottoporsi a cure mediche o per ragioni amministrative e giudiziarie. I giudici svizzeri affermavano il principio del primato degli obblighi derivanti dalla Carta ONU in base all'articolo 103, argomentando che le sanzioni svizzere non fossero "autonome", ma il risultato dell'"effetto vincolante" della decisione del Consiglio di Sicurezza. Il Tribunale federale riconosceva altresì di non essere competente ad esaminare la validità degli atti vincolanti adottati dal CdS ad eccezione di quelli che violerebbero norme di *jus cogens*⁽¹²⁾. Nel caso di specie, non veniva accertata alcuna violazione di norme imperative, in quanto - secondo il Tribunale - non esisteva un consenso sufficiente in seno alla comunità internazionale per riconoscere delle garanzie imperative di procedura atte a proteggere l'individuo nel contesto delle sanzioni mirate decise dal Consiglio di Sicurezza. Nondimeno, i giudici svizzeri rilevavano il carattere inadeguato della soluzione cui erano giunti e affermavano che le autorità svizzere avevano il dovere di assistere il ricorrente affinché si avviasse una procedura di rimozione dalla lista in seno al Comitato delle sanzioni ONU⁽¹³⁾.

(11) Tribunale federale, 14 novembre 2007, *Nada c. Seco, Staatssekretariat für Wirtschaft*, RDAF 2008, I, p. 419 ss.

(12) «Les Etats sont responsables de la transposition des décisions d'organisations internationales dont ils sont membres, pour autant qu'une marge de manoeuvre leur soit octroyée. Si tel n'est pas le cas, la Cour contrôle uniquement si l'organisation internationale assure un respect des droits fondamentaux selon des valeurs similaires à la CEDH et si cette protection n'est pas manifestement violée dans le cas d'espèce» (Tribunale federale, *Nada*, cit., par. 5). Il giudice ha tuttavia argomentato che la Corte Edu non aveva mai esaminato la questione del se la sua giurisprudenza potesse applicarsi alle decisioni del Consiglio di Sicurezza; il Tribunale federale si è dunque fondato sulla «gerarchia in diritto internazionale» e ha concluso che le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza dovevano prevalere in virtù dell'art. 103 della Carta ONU.

(13) Ad una simile conclusione era giunto anche il Tribunale di primo grado belga. Tribunale de Première Instance, 11 febbraio 2005, 34/04/05, *Sayadi e Vinck c. Etat belge*. Il Tribunale ha condannato lo Stato di cittadinanza dei soggetti designati a livello ONU, non coinvolti in attività terroristica alla luce dei risultati di indagini condotte dalle autorità belghe, a chiedere con urgenza al Comitato delle sanzioni ONU la rimozione dei nomi dei ricorrenti. Nel dicembre 2005, i ricorrenti erano riusciti ad ottenere da una Corte belga la

A seguito della sentenza del Tribunale federale, *Nada* richiedeva una nuova sospensione di tre mesi del divieto di ingresso e transito all'ODM (Ufficio federale per le migrazioni, sostituto dell'IMES), che la rifiutava, affermando fosse necessario il consenso del Comitato per le sanzioni ONU. Nel frattempo, *Nada* presentava, il 19 febbraio 2008, ricorso davanti alla Corte Edu, lamentando la violazione dei propri diritti fondamentali, in particolare il diritto alla libertà (art. 5 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, CEDU), il diritto al rispetto della vita privata e familiare, all'onore e alla reputazione (art. 8 CEDU), il diritto alla libertà di manifestare la propria religione e il proprio credo (art. 9 CEDU) e il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo (art. 13 CEDU), da parte della Svizzera.

Posteriormente alla comunicazione del ricorso da parte della Corte Edu alle autorità svizzere, il 23 settembre 2009, *Nada* è stato radiato dalla lista delle Nazioni Unite, anche a seguito della richiesta di *delisting* presentata dal governo italiano e della lettera dell'Ufficio del Procuratore Federale svizzero che confermava l'esito dell'indagine condotta dalla polizia, la quale rilevava l'assenza di legami del ricorrente con *Al Qaeda*. La procedura in seno alla Corte di Strasburgo è comunque proseguita ed è sfociata, dopo il trasferimento del caso alla Grande Camera⁽¹⁴⁾, nella sentenza del 12 settembre 2012. All'unanimità, i giudici hanno accertato la violazione da parte della Svizzera del diritto del ricorrente al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU) e del diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo (art. 13 CEDU). Non è stata prevista alcuna forma di risarcimento a favore di *Nada* diversa dalla parziale copertura delle spese legali, in quanto il ricorrente non aveva presentato una specifica richiesta in tal senso.

conclusione dell'indagine penale nei loro confronti. Il Belgio ha successivamente cercato di far rimuovere i nomi dei ricorrenti dalla lista ONU, senza riuscire ad ottenere il *consensus* in seno al Comitato, neppure quando il Belgio era membro dello stesso. I ricorrenti hanno quindi presentato ricorso allo *Human Rights Committee*, che si è espresso nel 2008 (*Nabil Sayadi and Patricia Vinck c. Belgio*, Communication n. 1472/2006, final views del Comitato del 22 ottobre 2008). Il Comitato ha verificato la presunta violazione da parte del Belgio degli artt. 12 (libertà di movimento), 14 (equo processo) e 17 (privacy) del Patto internazionale sui diritti civili e politici. Ha constatato la violazione degli artt. 12 e 17, ma non dell'art. 14. Solo nel luglio del 2009 i nomi dei ricorrenti sono stati rimossi dalla lista.

(14) Il 30 settembre 2010, la Camera cui era stato assegnato il caso ha rinunciato alla propria giurisdizione in favore della Grande Camera. *Grand Chamber Hearing Concerning Measures Taken According to UN Resolutions against a Person Accused of Ties with al-Qaeda and the Taliban*, 23 marzo 2011, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-3480357-3920096>.

3. Obiezioni preliminari: la compatibilità *ratione personae* del ricorso con la Convenzione

Prima di procedere nel merito, i giudici hanno esaminato l'obiezione preliminare sollevata dalla Svizzera, la quale riteneva il ricorso inammissibile *ratione personae* con la CEDU. In altri termini, essendo le misure restrittive nei confronti del ricorrente attuazione delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza relative al congelamento di capitali di sospetti terroristi, la Svizzera non poteva essere ritenuta responsabile sul piano internazionale per aver adempiuto ad un obbligo discendente da un atto vincolante ONU. Tuttavia, respingendo l'argomentazione della Francia, che aveva invocato la decisione della Corte Edu nei casi *Behrami and Behrami c. Francia* e *Saramati c. Francia*, i giudici di Strasburgo hanno argomentato che non solo le misure decise a livello Nazioni Unite sono attuate sul piano nazionale, ma anche che «the applicant's requests for exemption from the ban on entry into Swiss territory were rejected by the Swiss authorities»⁽¹⁵⁾. Ed invero, se nel caso *Behrami and Behrami* le azioni ed omissioni di KFOR, la forza militare internazionale in Kosovo, erano direttamente attribuibili alle Nazioni Unite, nel caso *Nada*, invece, le pertinenti risoluzioni del Consiglio di Sicurezza «required States to act in their own names and to implement [le misure] at national level». Il ritiro del permesso di transito e la negazione delle esenzioni erano dunque imputabili, inevitabilmente, alla Svizzera, che infatti vi aveva provveduto tramite un proprio organo amministrativo⁽¹⁶⁾.

La Svizzera invocava altresì l'incompatibilità del ricorso *ratione materiae*, in quanto, ai sensi dell'articolo 103 della Carta ONU, le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza prevalgono su ogni altro accordo internazionale. I giudici di Strasburgo hanno tuttavia rinviato l'esame dell'obiezione al merito. Al successivo paragrafo è dunque riservata l'analisi di questo punto.

(15) Corte Edu, *Nada*, cit., parr. 120-121. La sentenza citata dalla Francia è Corte Edu (Grande Camera), 2 maggio 2007, ricorso n. 71412/01 e 78166/01, *Behrami and Behrami c. Francia and Saramati c. Francia, Germania e Norvegia*. In quella sede, la Corte Edu ha affermato che gli atti di KFOR, i cui poteri erano stati delegati dal Consiglio di Sicurezza in base al Capo VII della Carta ONU, e di UNMIK erano direttamente attribuibili all'ONU.

(16) Si veda sul punto A. ANNONI, *La sentenza Nada della Corte europea dei diritti dell'uomo: un altro tassello di un puzzle non ancora completo*, in *Riv. dir. internaz.*, 2013, p. 140 ss., p. 142. L'autrice sostiene che già con la sentenza *Al-Jedda* (7 luglio 2011) la Corte abbia ridimensionato la portata della "dottrina *Behrami*".

4. La violazione dell'articolo 8 CEDU: il "margine d'azione" della Svizzera

Il primo profilo analizzato dalla Corte è l'asserita violazione del diritto del ricorrente al rispetto della vita privata e familiare, garantito all'articolo 8 CEDU. La Corte ha proceduto per passi successivi. In primo luogo, i giudici hanno affermato che vi sia stata "ingerenza" da parte dell'attività pubblica nell'esercizio di tale diritto, a causa dell'obbligo imposto a *Nada* di risiedere in Campione per almeno sei anni senza avere la possibilità di entrare in contatto con amici e parenti residenti in altri stati. In secondo luogo, la Corte Edu si è chiesta se l'ingerenza fosse "giustificata". È a questo punto che i giudici si sono soffermati sulla questione della relazione tra la CEDU e le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza ONU. La Corte ha così dapprima richiamato e confermato la propria sentenza nel caso *Al-Jedda*, in cui i giudici si sono chiesti se vi fosse contrasto tra la Risoluzione del Consiglio di Sicurezza n. 1546/2004 e l'art. 5, par. 1, CEDU. Nell'interpretare le risoluzioni ONU, la Corte Edu aveva affermato, in *Al-Jedda*, che esiste una presunzione in base alla quale il Consiglio di Sicurezza non intende imporre obblighi agli Stati membri ONU che risultino in contrasto con i diritti umani fondamentali e che, in caso di ambiguità, va preferita l'interpretazione che sia il più in armonia possibile con le disposizioni della CEDU⁽¹⁷⁾. Con riferimento al caso *Nada*, tuttavia, la Risoluzione del Consiglio di Sicurezza n. 1390/2002 ha richiesto espressamente agli Stati di impedire che soggetti *blacklisted* entrino o transitino nel loro territorio. Conseguentemente, «presumption is rebutted in the present case, having regard to the clear and explicit language, imposing an obligation to take measures capable of breaching human rights, that was used in that resolution»⁽¹⁸⁾. Tale passaggio non convince per un aspetto. Benché la Risoluzione n. 1390/2002 non menzioni espressamente il rispetto dei diritti umani fondamentali, è

(17) Corte Edu (Grande Camera), 7 luglio 2011, ricorso n. 27021/08, *Al-Jedda c. Regno Unito*, par. 101 e 105. La Corte si è chiesta, richiamando l'art. 103 della Carta ONU, se la Risoluzione del Consiglio di Sicurezza n. 1546/2004 «placed the United Kingdom under an obligation to hold the applicant in internment». I giudici di Strasburgo non hanno ritenuto che «the language used in this resolution indicates unambiguously that the Security Council intended to place Member States within the Multi-National Force under an obligation to use measures of indefinite internment without charge and without judicial guarantees, in breach of their undertakings under international human rights instruments including the Convention». Quindi, «in the absence of clear provision to the contrary, the presumption must be that the Security Council intended States within the Multi-National Force to contribute towards the maintenance of security in Iraq while complying with their obligations under international human rights law».

(18) Corte Edu, *Nada*, cit., par. 171-172.

chiaro che gli Stati membri e gli organi delle Nazioni Unite siano tenuti al rispetto della Carta ONU, dunque anche dei diritti umani fondamentali⁽¹⁹⁾. Inoltre, a partire dal 2003, con Risoluzione n. 1456/2003, il Consiglio di Sicurezza ha chiaramente affermato che «States must ensure that any measure taken to combat terrorism comply with all their obligations under international law, and should adopt such measures in accordance with international law, in particular international human rights, refugee and humanitarian law»⁽²⁰⁾.

La Corte Edu non risponde tuttavia – e lo precisa in modo inequivocabile⁽²¹⁾ – al quesito, posto dalla Svizzera e dai governi intervenuti nel procedimento, relativo alla relazione gerarchica tra obblighi discendenti dalla CEDU per gli Stati Parte alla stessa, da un lato, e obblighi derivanti dalla Carta ONU, dall’altro lato; una risposta attesa dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza⁽²²⁾. Ciò che invero rileva agli occhi dei giudici è che la Svizzera abbia avuto «some latitude, which was admittedly limited but nevertheless real», nell’attuare le sanzioni ONU. La Corte ha individuato nella parola “necessary”, del par. 2, lettera b, della Risoluzione, in virtù del quale il divieto di ingresso e transito nel territorio non si applica «were entry or transit [was] necessary for the fulfilment of a judicial process», quel minimo margine di discrezionalità richiesto⁽²³⁾.

Sul fatto che la Svizzera godesse di margine di discrezionalità nell’attuazione delle sanzioni ONU, si possono nutrire alcune perplessità. Lo hanno evidenziato invero sia i giudici Bratza, Nicolau e Yudkivska sia il giudice Malinverni nelle rispettive opinioni concorrenti: gli Stati non posso adempiere agli obblighi discendenti dalla Risoluzione n. 1390/2002 in modo flessibile o discrezionale, in quanto i termini usati dal Consiglio di Sicurezza

(19) V. A. CIAMPI, *Sanzioni del Consiglio di Sicurezza e diritti umani*, Padova, 2007, p. 159.

(20) Risoluzione del Consiglio di Sicurezza n. 1456/2003, 20 gennaio 2003, par. 6.

(21) Corte Edu, *Nada*, cit., par. 197.

(22) Ad esempio, nella sentenza del caso UK Supreme Court, 27 gennaio 2010, *Mohammed Jabar Ahmed and Others v. HM Treasury, Mohammed Al-Ghabra v. HM Treasury; R (on the application of Hani El Sayed Sabaei Youssef) v. HM Treasury*, UKSC 2, in 4 *All England Law Reports*, 2010, p. 745 ss., i giudici Hope, Walker e Lady Hale hanno affermato che gli obblighi derivanti dalla Carta ONU prevalgono su ogni altro obbligo internazionale, compresa la CEDU, e che solo la Corte Edu potrebbe fornire «authoritative guidance that is needed so that all the contracting States can adopt an uniform position about the extent to which, if at all, the convention rights or any of them can be held to prevail over their obligations under the UN Charter» (par. 74). Vedi J.P. JACQUÉ, *A propos de Nada contre Suisse: les résolutions du Conseil de sécurité devant la cour européenne des droits de l’homme*, in W. BENEDEK ET AL. (a cura di), *European Yearbook on Human Rights 2012*, Graz-Vienna, 2013, p. 303 ss., p. 309.

(23) Corte Edu, *Nada*, cit., par. 177.

sono « molto chiari e obbligatori »⁽²⁴⁾. Piuttosto, la Corte sembra aver voluto evitare l'applicazione della dottrina della "protezione equivalente" secondo la giurisprudenza *Bosphorus*⁽²⁵⁾, che, come si argomenterà *oltre*, pare invece particolarmente calzante nell'analisi della compatibilità del regime di sanzioni con il sistema europeo di tutela dei diritti umani fondamentali.

La Corte ha quindi continuato il suo esame alla luce dell'articolo 8, chiedendosi se l'interferenza accertata nel diritto del ricorrente fosse giustificata. Posto che il contrasto del terrorismo internazionale è un obiettivo legittimo, l'indagine si sposta sul piano della "proporzionalità" per comprendere se l'interferenza sia "necessaria" in una società democratica. Secondo i giudici, la Svizzera non aveva tenuto in considerazione le circostanze specifiche del caso, la salute e l'età del ricorrente oltre che la particolare situazione di Campione. La proporzionalità avrebbe richiesto « some alleviation of the sanctions regime applicable to the applicant, having regard to those realities, in order to avoid interference with his private and family life, without however circumventing the binding nature of the resolutions or compliance with the sanctions provided for therein »⁽²⁶⁾. In altri termini, se lo Stato avesse ad esempio comunicato prontamente la chiusura delle indagini nei confronti di *Nada*, il ricorrente sarebbe stato probabilmente rimosso molti anni prima dalla lista. La Svizzera invece aveva fallito « to show that they attempted, as far as possible, to harmonise the obligations that they regarded as divergent » e non aveva dunque preso tutte le misure necessarie per adattare il regime delle sanzioni alla situazione individuale⁽²⁷⁾. La Corte si è dichiarata "sorpresa" del fatto che la Svizzera avesse informato il Comitato delle sanzioni ONU solo nel settembre 2009, considerando che le indagini nei confronti di *Nada* si erano chiuse nel 2005. In ultima analisi, la Svizzera non aveva provveduto ad effettuare un « fair balance between his right to the protection of his private and family life, on the one hand, and the legitimate aims of the prevention of crime and the protection of Switzerland's national security and public safety, on the other »⁽²⁸⁾.

(24) Opinione concorrente del giudice Malinverni, par. 10.

(25) Lo rileva anche A. ANNONI, *op. cit.*, p. 144.

(26) Corte Edu, *Nada*, cit., par. 195. V. anche A. ANNONI, *op. cit.*, p. 144: la Corte non avrebbe, contrariamente a quanto affermato, applicato un test di proporzionalità, ma avrebbe ritenuto lo Stato inadempiente all'obbligo di adoperarsi diligentemente per prevenire la violazione del diritto del ricorrente.

(27) Corte Edu, *Nada*, cit., par. 197. La Corte conferma, come già affermato dalla Corte Giust. nella sentenza del caso *Kadi*, 2008, cit., che gli Stati hanno un obbligo di risultato nell'attuare il regime delle sanzioni.

(28) Corte Edu, *Nada*, cit., par.198.

4.1. (Segue) e dell'articolo 13 CEDU: parziale allineamento al "test" Kadi

Se con riferimento all'articolo 8 CEDU la Corte ha toccato il tema dell'attribuzione della responsabilità allo Stato per l'attuazione di risoluzioni vincolanti del Consiglio di Sicurezza, nell'esame dell'asserita violazione dell'articolo 13 CEDU essa ha richiamato la sentenza della Corte di giustizia nel caso *Kadi* del 2008, là dove i giudici di Lussemburgo non hanno escluso un giudizio di legittimità degli atti comunitari alla luce dei diritti fondamentali per il solo fatto che questi attuino atti vincolanti delle Nazioni Unite. *Mutatis mutandis*, il medesimo ragionamento è stato ritenuto applicabile dalla Corte Edu al caso *Nada*. I giudici hanno invero affermato che nulla nelle risoluzioni ONU impedisce alle autorità svizzere di introdurre meccanismi per verificare le misure adottate a livello nazionale in attuazione delle risoluzioni stesse⁽²⁹⁾. Alla luce dei fatti, il ricorrente non avrebbe avuto accesso a mezzi effettivi per ottenere la rimozione del proprio nome dalla lista ONU, benché la sua situazione fosse stata esaminata da un tribunale interno.

Il ragionamento della Corte manca di un tassello. Invero, con riferimento alla violazione dell'articolo 8, i giudici di Strasburgo hanno sostenuto che la Svizzera non avesse adottato tutti i rimedi per "adattare" il regime delle sanzioni ONU alla situazione individuale, ma hanno evitato di parlare del rapporto tra gli obblighi discendenti dalla Carta ONU e gli obblighi derivanti dalla CEDU. Nell'esame dell'articolo 13, pare che la Corte europea non abbia essa stessa adottato l'approccio *Kadi*, ma abbia demandato tale "test" alle corti nazionali, che quindi, indirettamente, sembrano tenute ad ignorare la prevalenza degli obblighi derivanti dalla Carta ONU⁽³⁰⁾. Alla luce del ragionamento della Corte, non è chiaro se i giudici nazionali, laddove ne ricorrano le condizioni, debbano revocare essi stessi la designazione a livello nazionale, oppure possano limitarsi a fare in modo che l'Esecutivo agisca per "adattare" il sistema delle sanzioni ONU al caso specifico. Un utilizzo più deciso dell'approccio della Corte di giustizia dell'Unione europea avrebbe probabilmente dato l'occasione alla Corte Edu «de marquer son scepticisme – fut-il purement symbolique – face à une politique du Conseil de Sécurité qui, au nom de

(29) Corte Edu, *Nada*, cit., par. 212.

(30) Si legga in tal senso T. THIENEL, *Nada v. Switzerland: the ECtHR Does Not Pull a Kadi (But Mandates It for Domestic Law)*, in *School of Human Rights Research*, disponibile al sito <http://invisiblecollege weblog.leidenuniv.nl/2012/09/12/nada-v-switzerland-the-ecthr-does-not-pu/> (ultimo accesso 24 aprile 2013) e A. ANNONI, *op. cit.*, p. 146; J.-P. JACQUÉ, *op. cit.*, p. 309.

la lutte contre le terrorisme, semble parfois négliger le respect de droits individuels essentiels»⁽³¹⁾.

4.2. *Le ulteriori doglianze del ricorrente*

Il ricorrente lamentava altresì la violazione del suo diritto alla libertà e del diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione, e di aver subito un trattamento disumano e degradante vietato dall'articolo 3 CEDU. Tali doglianze sono state ritenute manifestamente infondate dalla Corte Edu. In particolare, con riguardo all'articolo 5 CEDU, i giudici di Strasburgo hanno affermato che le restrizioni imposte non impedivano a *Nada* di vivere e muoversi all'interno del territorio di residenza, dove egli aveva deciso di risiedere e di condurre le proprie attività⁽³²⁾. La Corte ha inoltre deciso di non trattare separatamente il ricorso del ricorrente relativo all'asserita violazione del suo diritto alla reputazione e all'onore⁽³³⁾.

5. *Alcune considerazioni a partire dalla posizione del giudice Malinverni*

Qualche nota merita l'opinione concorrente del giudice Malinverni. Questi, condividendo la posizione del Tribunale federale svizzero, il quale nel 2007 aveva affermato che la Svizzera non avesse margine di discrezionalità nell'attuazione delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza, si è chiesto, piuttosto provocatoriamente: «should the Court, as guarantor of respect for human rights in Europe, not be more audacious than the European Court of Justice or the Human Rights Committee when it comes to addressing and settling the sensitive issue of conflict of norms that underlies the present case?»⁽³⁴⁾. Il giudice ha evidenziato come la sentenza della Corte di giustizia UE nel caso *Kadi* sia stata il risultato di un bilanciamento tra il rispetto dei diritti umani fondamentali e la necessità della lotta al terrorismo e che implicitamente dal dispositivo si deduce che le Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza non godono

(31) C. DEPREZ, *Observations sous CEDH (Grande Ch.), Nada c. Suisse*, in *Journal des Tribunaux*, n. 6495, 2012, p. 726 ss., p. 731.

(32) Corte Edu, *Nada*, cit., par. 229.

(33) Corte Edu, *Nada*, cit., par. 199. Nella sua opinione concorrente, il giudice Rozakis, sostenuto anche dai giudici Spielmann e Berro-Lefevre, ha affermato che il diritto alla reputazione e all'onore è una parte costitutiva del diritto alla vita privata e familiare e avrebbe dovuto essere analizzato contestualmente all'esame sull'art. 8 CEDU.

(34) Opinione giudice Malinverni, cit., par. 20.

di assoluta priorità nella gerarchia delle norme comunitarie⁽³⁵⁾. Egli ha sostenuto che l'articolo 103 della Carta ONU debba essere interpretato nel senso di distinguere tra diritto primario delle Nazioni Unite (lo statuto) e diritto secondario (le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza). In altre parole, l'espressione «qualsiasi altro accordo internazionale» andrebbe letta in termini relativi, in particolare quando i trattati in questione riguardano il diritto internazionale dei diritti umani⁽³⁶⁾. Ecco che allora, mancando – quantomeno allo stato attuale – un meccanismo di protezione equivalente a livello ONU, se la protezione dei diritti umani fondamentali non è stata compensata da un meccanismo di revisione a livello nazionale, la Corte Edu dovrebbe rilevare la violazione della Convenzione da parte dello Stato membro che ha attuato le sanzioni ONU⁽³⁷⁾. Secondo il giudice, infatti, non si può ritenere che gli obblighi di rispetto dei diritti umani in capo agli Stati “svaniscano” per il fatto che si attribuiscono ad un'organizzazione internazionale dei poteri nell'ottica di cooperazione⁽³⁸⁾. Sono del resto le stesse organizzazioni a dover rispettare le norme del diritto internazionale dei diritti umani⁽³⁹⁾.

Il ragionamento del giudice è condivisibile, ad eccezione del passaggio relativo all'articolo 103 della Carta ONU, che potrebbe portare ad una “tensione” tra il sistema ONU e quello CEDU. Invero, come rileva Koskeniemi nel rapporto del 2006 dello *study group* della Commissione di diritto internazionale sulla “frammentazione del diritto internazionale”, «even if the primacy of Security Council decisions under Article 103 is not expressly spelled out in the Charter, it has been widely accepted in practice as well as in doctrine»⁽⁴⁰⁾. Si potrebbe argomentare che i diritti umani violati dal regime di sanzioni ONU siano norme di *jus cogens*, tuttavia, ad eccezione forse del *core* del diritto ad un equo processo⁽⁴¹⁾, i diritti dei singoli limitati dalle sanzioni individuali anti-terrorismo sono derogabili (diritto di proprietà, diritto al rispetto della vita privata e familiare).

(35) Opinione giudice Malinverni, cit., par. 21.

(36) Opinione giudice Malinverni, cit., par. 22.

(37) Opinione giudice Malinverni, cit., par. 24.

(38) Opinione giudice Malinverni, cit., par. 25.

(39) Opinione giudice Malinverni, cit., par. 26.

(40) *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskeniemi*, A/CN.4/L.682, 13 aprile 2006, par. 331. Si veda altresì D. CARREAU, F. MARRELLA, *Droit international*, Parigi, 2012, p. 109.

(41) Si veda in tal senso Human Rights Committee, *General Comment no. 29, States of Emergency* (art. 14), CCPR/C/21/REV.1/Add. 11, 31 agosto 2001, parr. 11 e 16.

Come risolvere l'(apparente) conflitto tra il rispetto dei diritti umani fondamentali e le necessità di lotta al terrorismo internazionale? Ci pare un conflitto apparente in quanto lo stesso Consiglio di Sicurezza, nella Risoluzione n. 1963/2010, ha affermato che efficaci azioni anti-terrorismo e tutela dei diritti umani sono «complementary and mutually reinforcing»⁽⁴²⁾. Tuttavia, è indubbio che, nonostante l'introduzione della figura dell'*Ombudsperson* che riceve i ricorsi dei singoli e delle organizzazioni designate nelle *black list* e presenta, laddove ne ricorrano i presupposti, dei rapporti al Comitato 1267 con richiesta di *delisting*, il meccanismo di revisione non sia comparabile a quello di un tribunale indipendente ed imparziale⁽⁴³⁾.

Un altro quesito si pone con ancora maggiore forza: come garantire lo *standard* di tutela dei diritti umani fondamentali garantito a livello CEDU e Unione europea senza far venir meno la prevalenza degli obblighi derivanti dalla Carta ONU ai sensi dell'articolo 103? Continuando sul solco della sentenza del caso *Kadi* viene a prodursi una situazione pressoché "paradossale": la Corte di giustizia che annulla il regolamento per la parte che riguarda il ricorrente e la Commissione europea che re-inserisce il nome nella lista in ottemperanza alla lista ONU. Infine, non si può sottacere un aspetto più "pratico": come si devono comportare i giudici nazionali quando si presenta una richiesta da parte di una persona che è stata inserita nella lista ONU, e successivamente nazionale in attuazione delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza, e chiede che i suoi diritti siano tutelati? La risposta ci pare venga offerta, benché non esplicitamente, dalla stessa Corte Edu e dal giudice Malinverni.

5.1. Interpretazione degli obblighi internazionali e principio della "protezione equivalente" sulle orme della Corte Edu

La soluzione auspicabile ai quesiti posti *supra* è che il meccanismo di *delisting* in seno al Comitato 1267 garantisca il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo. Soluzione che, al momento, ci pare utopistica; nonostante i poteri sempre più ampi dell'*Ombudsperson*, uno dei membri del Comitato 1267 può ancora oggi chiedere l'intervento del Consiglio di Sicurezza (e i membri del Comitato coincidono, come è noto, con quelli del Consiglio), qualora voglia opporsi alla rimozione del nome di un ricorrente dalla lista⁽⁴⁴⁾.

(42) Risoluzione del Consiglio di Sicurezza n. 1963/2010, 20 dicembre 2010, par. 10.

(43) Si consenta di rinviare a S. DE VIDO, *op. cit.*, p. 380.

(44) Nel caso in cui l'*Ombudsperson* raccomandi nel rapporto la rimozione del nome del

La chiave per bilanciare esigenze apparentemente contrapposte ci pare allora riposi nelle parole della Corte Edu in *Nada* - «the Convention cannot be interpreted in a vacuum but must be interpreted in harmony with the general principles of international law»⁽⁴⁵⁾ - e nel principio della protezione equivalente. Dato che il sistema ONU non garantisce il riesame indipendente ed imparziale delle designazioni (la “protezione equivalente” rispetto al sistema europeo di tutela dei diritti umani fondamentali), spetta ai giudici nazionali (ed europei) garantire i diritti dei singoli: dove è possibile, come suggerisce la stessa Corte Edu, lo Stato deve adottare tutte le misure necessarie per alleviare il regime delle sanzioni, tenuto conto delle specifiche circostanze del caso. Dove è necessario un riesame della designazione, perché ad esempio un’indagine di polizia ha accertato la non implicazione del singolo in attività terroristica, lo Stato deve provvedere ad inviare tutte le informazioni in suo possesso al Comitato 1267. I giudici nazionali od europei potrebbero però spingersi al punto di annullare l’atto interno che prevede la designazione? In nome del principio di protezione equivalente, ci pare possibile. Tuttavia, per garantire la prevalenza degli obblighi derivanti dalle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza, obbligo che non può essere dimenticato alla luce del chiaro disposto dell’articolo 103 della Carta ONU, il giudice nazionale, come del resto evidenziato dai giudici della Corte di giustizia nel caso *Kadi*, potrebbe lasciare all’Esecutivo la decisione, entro un termine ragionevole, di rimuovere o meno il nome dalla lista⁽⁴⁶⁾. L’Esecutivo potrà allora sollecitare la revisione della designazione in ambito ONU o potrà mantenere il nome nella lista nazionale, sostenendo la propria decisione

singolo o dell’entità dalla lista, dopo che il Comitato ha completato l’esame del rapporto che ha accompagnato la domanda del ricorrente, il presidente del Comitato fa circolare la richiesta di radiazione «with a no-objection period of 10 working days». Al contrario, qualora ci sia un’obiezione da parte di uno o più membri del comitato, comunque il *delisting* avrà effetto trascorsi 60 giorni dalla presentazione del rapporto a meno che: a) il Comitato decida per *consensus* che l’individuo o l’entità debba continuare ad essere soggetto alle sanzioni; b) in assenza di *consensus*, uno o più membri del Comitato richieda, sempre nel termine dei 60 giorni, che il Presidente trasmetta la richiesta al Consiglio di Sicurezza per una decisione. V. *Guidelines of the Committee for the Conduct of Its Work*, come emendate il 30 novembre 2011, pp. 9-10.

(45) Corte Edu, *Nada*, *op. cit.*, par. 169.

(46) Tale soluzione è stata prospettata, benché si trattasse di una designazione “interna”, anche dalla US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, *People’s Mojahedin Organization of Iran*, on petition for a writ of mandamus, no. 12-1118, 1 giugno 2012. La Corte, tenuto conto delle considerazioni di “sicurezza nazionale”, ha deciso di non revocare la designazione di PMOI quale *Foreign Terrorist Organization*, ma ha ordinato al Segretario di Stato di respingere o accogliere il ricorso dell’organizzazione entro quattro mesi dalla data della decisione. Scaduto il termine, nell’eventuale inerzia del governo, la Corte avrebbe provveduto ad accogliere la richiesta di writ of mandamus.

con una opportuna motivazione (ad esempio chiedendo al Comitato 1267 ulteriori informazioni sulle ragioni del *listing*)⁽⁴⁷⁾.

La Corte Edu accerterà quindi la violazione delle norme della CEDU da parte di uno Stato membro qualora questi non garantisca una tutela adeguata dei diritti del singolo, attraverso forme di esenzione proporzionate alle necessità del caso specifico, o non agisca in misura sufficiente a garantire il rispetto del diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo. Queste azioni dovrebbero portare a sensibilizzare il Comitato 1267 e l'*Ombudsperson* a rivedere la designazione⁽⁴⁸⁾. Resta nondimeno un profilo non ancora esplorato: qualora lo Stato faccia tutto quanto in suo potere per garantire il rispetto degli obblighi della CEDU, la Corte Edu potrebbe accertare ugualmente una violazione della Convenzione da parte dello Stato membro? O sarebbe, a questo punto, pressoché indotta a pronunciarsi sul rapporto tra obblighi derivanti dalla Carta ONU e obblighi CEDU?

Con la sentenza *Nada*, la Corte Edu non si è spinta al punto di mettere in discussione il regime delle sanzioni ONU quanto la Corte di giustizia dell'Unione europea. Tuttavia, conciliare gli obblighi ONU con il rispetto dei diritti umani fondamentali ci pare un passaggio certo difficile, ma obbligato. Lo stesso Consiglio di Sicurezza, seppure qualche anno dopo gli attentati dell'11 settembre 2001, lo ha riconosciuto. Sembra dunque ragionevole sostenere che la sentenza *Nada*, letta assieme alle opinioni concorrenti dei giudici, abbia posto le basi per una giurisprudenza volta sempre più, nel solco della giurisprudenza *Kadi* e utilizzando criteri ermeneutici, al rispetto dei diritti umani fondamentali nella lotta al terrorismo⁽⁴⁹⁾.

(47) Si veda in tal senso il regolamento recente del Consiglio del 22 dicembre 2009, n. 1286/2009, recante modifica del Regolamento (CE) n. 881/2002 che impone specifiche misure restrittive nei confronti di determinate persone ed entità associate a Osama Bin Laden, alla rete *Al-Qaeda* e ai Talebani, in *GUCE* L 346, 23 dicembre 2009, p. 42 ss. La Commissione, in caso di nuova designazione, riceve le motivazioni dal Comitato 1267 e le comunica "senza indugio" alla persona *listed*, la quale può presentare delle osservazioni. La Commissione ha quindi l'obbligo di riesaminare la decisione e di comunicare al Comitato ONU l'esito della sua indagine.

(48) Si noti anche che *Kadi* è stato rimosso dalla lista ONU il 25 ottobre 2012. Il caso davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione europea è ancora pendente.

(49) Come rileva S. GUGGISBERG, *op. cit.*, p. 434, anche se la Corte Edu non è obbligata a seguire la giurisprudenza della Corte giust., «a non-opposing body of jurisprudence is quite crucial, not only for future EU accession to the ECHR, but also for the coherence of overlapping legal orders». Si veda altresì J.-P. JACQUÉ, *op. cit.*, p. 312: la giurisprudenza delle corti europee ha contribuito secondo l'autore, da un punto di vista pratico, a «une progressive et profonde amélioration du système en ce qui concerne la motivation des inscriptions et le régime des radiations».

Abstract

The article is aimed at analysing the issue of interpretation of international obligations arising from UN Security Council resolutions related to the fight against terrorism, in light of the recent judgment of the European Court of Human Rights in the Nada case. European judges ascertained the violations by Switzerland of articles 8 and 13 of the European Convention on Human Rights: recognizing “some latitude”, even though limited, in the action of Switzerland, the Court found that the respondent State did not take into account the specific situation of the applicant (health, age, residence) and failed to show that it attempted, as far as possible, to harmonise the obligations deriving from a UN Security Council resolution with the respect of human rights. The issue is quite complex, indeed: how to reconcile the obligations stemming from a UN resolution which prevail according to article 103 of UN Charter with the obligations to respect human rights according to the European Convention on Human Rights? A possible answer lies in the “equivalent protection” approach and in the principle of harmonious interpretation.

TRIBUNALE DI VENEZIA, Sezione Fallimentare, 19
marzo 2010 - SIMONE *Presidente* - RIGONI *Estensore*.

CONCORDATO PREVENTIVO - POSTERGAZIONE VOLONTARIA DEL CREDITO - DIRITTO
DI VOTO - ESCLUSIONE

(Legge fallimentare, art. 177).

In sede di approvazione del concordato preventivo, il creditore che si è volontariamente postergato non ha diritto di voto.

(*Omissis*). - MOTIVI DELLA DECISIONE.

Visto il ricorso per ammissione al concordato preventivo depositato in data 15.3.2010 da Artech s.n.c. in liquidazione di D.C. e M.C. e vista la modifica della proposta di concordato depositata il 23.4.2010; visto il provvedimento 18.3.2010 con il quale è stata dichiarata aperta la procedura di concordato preventivo, vista la relazione sui voti depositata dal Commissario Giudiziale e sentito il proponente su tale ultima relazione; si osserva:

Il piano concordatario, come modificato, prevede il soddisfacimento integrale delle spese di giustizia, dei creditori privilegiati e la soddisfazione in percentuale dei creditori chirografi.

Il predetto piano si fonda sulla liquidazione dei beni sociali, sulla messa a disposizione da parte della signora G.G. di Euro 111.000,00 e sulla postergazione di crediti della stessa G.G., di V. s.a.s. e di N. s.r.l.

Il Commissario Giudiziale, nella sua relazione sull'esito dei voti espressi dai creditori, ha indicato come raggiunta la maggioranza richiesta per l'approvazione del concordato, sia considerato il voto della signora G.G. (madre dei soci della società proponente e che ha espresso il voto sia a titolo personale che in qualità di legale rappresentante di V. s.a.s.: 60,30%) sia non considerando tale voto (55,99% e 54,72% a seconda dell'ammontare del credito: Euro 25.000,00 o Euro 40.000,00). Sempre, però, tenendo conto del voto espresso dai creditori volontariamente postergatisi.

Nell'ipotesi in cui, invece, non si tenesse conto di detti creditori, il Commissario Giudiziale ha indicato la percentuale raggiunta come di-

minuita al 49,04% o 48,20% (a seconda dell'ammontare del credito della signora G.G.).

Orbene, ritiene questo Collegio che non sia stata raggiunta la maggioranza richiesta per l'approvazione del concordato.

A parere di questo Collegio, infatti, ai creditori volontariamente postergatisi non può essere attribuito il diritto di voto.

È pur vero che detti creditori non hanno rinunciato al loro credito, avendo, invece, subordinato il suo soddisfacimento all'esistenza di un residuo attivo dopo il pagamento degli altri creditori, ma si tratta, comunque, di creditori che non entrano a far parte del concorso concordatario.

Conseguentemente essi non possono esprimere il voto con riferimento a una proposta concordataria e ad un percorso dal quale rimangono estranei.

Vero è, infatti, che a detti creditori postergati non può essere consentito, con il loro voto, di determinare le sorti del concordato preventivo, quando la loro soddisfazione è prevista soltanto come eventuale.

Né diversamente può argomentarsi dalla decisione della Suprema Corte (Cass. N. 2706 del 4.2.2009, che, peraltro, attiene alla diversa ipotesi di crediti di rimborso dei soci per finanziamenti effettuati a favore della società: art. 2467 c.c.).

Infatti, anche la Suprema Corte, in tale pronuncia, ha addirittura ritenuto che i creditori postergati per legge non possano essere inseriti nel piano.

Nella parte motiva della sentenza si legge, invero, che «non è consentito ritenere che siano portatori di “interessi economici omogenei” i soci finanziatori ed i terzi creditori e non può considerarsi quindi rispondente alla previsione di legge il loro inserimento nel piano». Il loro inserimento, infatti, può avvenire, secondo il giudice di legittimità, solo qualora il piano medesimo preveda la deroga al principio della postergazione.

Nel quale caso, tutt'al più, la soluzione indicata dalla Suprema Corte, portata agli estremi e volendo attribuire ai creditori postergatisi volontariamente diritto di voto (ciò che qui si nega), condurrebbe nella specie a ritenere sostanzialmente sussistente (e, quindi, non creata d'ufficio, attesa l'evidente disomogeneità di interessi tra creditori chirografari e creditori postergati) una classe di creditori postergati.

Anche in tale ipotesi, dunque, il concordato non sarebbe stato approvato con le maggioranze richieste, atteso che, pur sussistendo la maggioranza dei creditori aventi diritto al voto, non risulta, invece, raggiunta la maggioranza nel maggior numero di classi, essendo le classi due, per una delle quali non sarebbe stata raggiunta la maggioranza. Tutto ciò posto, non avendo la proposta concordataria raggiunto l'approvazione della maggioranza prescritta, la stessa va dichiarata inammissibile.

Concordato preventivo, postergazione volontaria del credito e diritto di voto

Mauro Pizzigati

Docente di Diritto fallimentare nell'Università Ca' Foscari Venezia

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva. - 2. La natura della postergazione (rinuncia al concorso ed alla *par condicio creditorum?*, *pactum de non petendo ad tempus?*, remissione del debito?). - 3. La legittimità della postergazione. - 4. La postergazione come garanzia “atipica” di esecuzione del concordato. - 5. Formalizzazione della postergazione e suo collegamento funzionale con la proposta di concordato. - 6. Crediti postergati e diritto di voto nel concordato.

1. Premessa introduttiva

Prima di scendere nell'esame del provvedimento, appaiono qui opportune ed anzi indispensabili alcune premesse generali in tema di postergazione volontaria del credito nella procedura concordataria.

È noto che, nel concordato (preventivo o fallimentare), accanto alle tradizionali garanzie reali o personali, sono riconosciuti come ammissibili anche altri strumenti, comunque destinati ad assicurare l'adempimento delle obbligazioni assunte dal debitore principale e, tra questi, assume un ruolo rilevante la cd. postergazione volontaria dei crediti.

La proposta di concordato è spesso accompagnata da dichiarazioni con le quali taluni creditori accettano di “postergare” il soddisfacimento dei loro diritti a quello degli altri creditori, subordinando il pagamento dei loro crediti all'esistenza di un eventuale residuo attivo disponibile: è in questo senso che si parla di postergazione nel concordato.

Il ricorso all'istituto si è fatto sempre più frequente nella pratica del concordato⁽¹⁾, in quanto la dichiarazione di postergazione, da parte del creditore, ha l'effetto di ridurre il passivo concorsuale e questo rappre-

(1) Sulla postergazione nel concordato, in generale, cfr. A. TULLIO, *La postergazione*, Padova, 2009, p. 166 ss.; S. LOCORATOLO, *Postergazione dei crediti e fallimento*, Milano, 2010, p. 145 ss.

senta un indubbio vantaggio per gli altri creditori, i quali, a fronte di tale riduzione del passivo, vedono correlativamente aumentare la possibilità di ottenere un migliore soddisfacimento dei loro crediti⁽²⁾.

Si può intuire che la rilevanza della postergazione, nell'economia delle procedure concordatarie, non è affatto trascurabile e si può comprendere il motivo per cui è tuttora vivo il dibattito se la postergazione possa essere considerata (o meno) come una garanzia ammissibile nel contesto di una procedura concordataria.

Si tratta, in altri termini, di determinare se la postergazione, una volta che ne sia stata riconosciuta la funzione di garanzia, magari "atipica", possa essere considerata come idonea ad assicurare il concordato o se, piuttosto, essa debba essere apprezzata come una forma di "copertura supplementare", che deve accompagnare altre garanzie offerte dal debitore, assolvendo così allo scopo di contribuire a renderle operanti ed efficaci.

2. La natura della postergazione (rinuncia al concorso ed alla par condicio creditorum?, pactum de non petendo ad tempus?, remissione del debito?)

Circa la natura giuridica dell'istituto (problema, questo, che suscita tuttora divisioni) vi sono coloro che identificano nella dichiarazione di postergazione una rinuncia al concorso in termini di parità di trattamento con gli altri creditori, anche se tale rinuncia avviene per rendere più sicuro il soddisfacimento di questi ultimi⁽³⁾.

Altri ritengono che si tratti di un *pactum de non petendo ad tempus*⁽⁴⁾ o, ancora, di una remissione del debito, sottoposta alla condizione del

(2) V. L. SILENZI, *Sulla postergazione dei crediti nel concordato preventivo*, in *Temi*, 1967, p. 527 e, in *giurispr.*, Cass., 30 giugno 1959, n. 2062, in *Dir. Fall.*, 1959, II, p. 608.

(3) Cfr. A. BONSIGNORI, *Del concordato preventivo*, in *Comm.rio Scialoja e Branca alla legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1984, p. 51; G.F. CAMPOBASSO, *I prestiti postergati nel diritto italiano*, in *Giur. comm.*, 1983, I, p. 123 ss.; M. FABIANI, *Ammissione al procedimento*, in *Il concordato preventivo*, in *Fall.*, 1992, p. 233 e, *ivi*, p. 239, nt. 62; G.B. PORTALE, *La ricapitalizzazione delle aziende di credito (problemi e ipotesi)*, Milano, 1983, p. 28; G. RAGUSA MAGGIORE, *Diritto fallimentare*, Napoli, 1974, p. 1033; L. SILENZI, *op. cit.*, p. 529 e (scusandomene) mi sia permesso di rinviare anche al mio precedente contributo, *Postergazione di credito come garanzia nel concordato fallimentare*, in *Giur. comm.*, 1977, II, p. 284 ss.

(4) Per un approfondimento dell'istituto, di derivazione germanica v., in part., F. RUSCELLO, in *Pactum de non petendo e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, p. 198; F. GALLO, *Sull'asserita sopravvivenza del pactum de non petendo nel diritto civile italiano*, in *Foro it.*, 1960, IV, p. 129 ss.; M. SARGENTI, *Pactum de non petendo e remissione del debito*, in *Foro pad.*, 1959, I, p. 299 ss.

soddisfacimento degli altri creditori⁽⁵⁾. L'opinione di chi sostiene che la postergazione possa essere inquadrata come una rinuncia al concorso in termini di parità di trattamento con gli altri creditori, è giustificata dalla constatazione che la partecipazione al concorso e le modalità del medesimo costituiscono, per il creditore, un diritto disponibile⁽⁶⁾.

Infatti ogni creditore è libero di decidere se e come partecipare alla procedura concordataria ed ha, quindi, la facoltà di disporre delle sue ragioni di credito, in funzione dei propri interessi e, di conseguenza, nulla gli vieta di proporre la postergazione delle stesse.

Secondo questo orientamento, chi dichiara di postergarsi rinuncia sostanzialmente a partecipare alla ripartizione delle attività concordatarie, ma ciò avviene in una misura che non è determinabile a priori, e che può, invece, essere quantificata solamente quando siano stati soddisfatti gli altri creditori e se, dopo tale soddisfacimento, si sia verificata l'esistenza di un residuo attivo⁽⁷⁾.

La prospettazione della postergazione come *pactum de non petendo ad tempus* è stata proposta, invece, da chi ritiene che la postergazione nel concordato possa essere ricondotta sostanzialmente ad una dilazione del termine⁽⁸⁾.

Giuridicamente la dilazione del termine modifica solo le "modalità cronologiche del rapporto", alterandone il regolamento, ma non l'oggetto o il titolo.

Tuttavia l'inquadramento della postergazione come *pactum de non petendo ad tempus* non sembra che possa liberare il campo da tutti i problemi, da momento che è stata correttamente posta in luce, a mio avviso, l'impossibilità di ritagliare uno spazio autonomo al *pactum de non petendo* in modo da distinguerlo, in modo agevole, dalla remissione del debito⁽⁹⁾.

(5) Così F. FERRARA, A. BORGIOI, *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 207, nt. 2; G. BOZZA, *La proposta di concordato fallimentare*, in *Fall.*, 1989, p. 129 ss.; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 1979, p. 46. In giurisprudenza, sul tema, cfr. Trib. Firenze, 7 giugno 1954, in *Giur. tosc.*, 1954, p. 370 ss.; App. Firenze, 21 dicembre 1956, in *Giust. civ. Mass.*, 1956, p. 495; Cass., 30 giugno 1959, n. 2062, *loc. cit.*

(6) In dottrina v. G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 136; L. PANZANI, in *Concordato preventivo, creditori postergati e diritto di voto*, in *Fall.*, 1985, p. 1065 ss.; G.B. PORTALE, *op. cit.*, p. 28; in giurisprudenza, v. Trib. Pordenone, 18 ottobre 1984, in *Fall.*, 1985, p. 1057; Trib. Padova, 5 maggio 1986, in *Fall.*, 1987, p. 73.

(7) V., in argomento, G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 133; M. PIZZIGATI, *op. cit.*, p. 289.

(8) Così F. RUSCELLO, *op. cit.*, p. 199, ma, sul tema più ampio della dilazione del termine, v. anche P. PERLINGIERI, *La dilazione come vicenda modificativa del regolamento del rapporto*, in *Dir. e giur.*, 1969, p. 699 ss. e, più specificamente, con riferimento al concordato, A. BASSI, *La dilazione di pagamento dei crediti privilegiati nel concordato preventivo e fallimentare*, in *Fall.*, 1983, p. 998.

(9) Cfr. F. GALLO, *op. cit.*, p. 129; M. SARGENTI, *op. cit.*, p. 299 e, in giurispr., sul tema,

Vi è, infine, anche in relazione alle considerazioni appena espresse, chi inquadra la postergazione direttamente nell'ambito della remissione di debito, seppur soggetta a condizione: se, dopo il pagamento degli altri creditori, non vi è un residuo dell'attivo concordatario, con il quale provvedere, entro questi limiti, al soddisfacimento del credito postergato, quest'ultimo viene meno ed il correlativo debito si estingue, con la conseguenza che il creditore non soddisfatto durante la procedura non può più far valere il suo credito nei confronti del debitore tornato *in bonis*, nemmeno nei limiti della percentuale stabilita nel concordato⁽¹⁰⁾.

Ciò che, invece, è ammesso da parte di coloro che, come sopra si è detto, inquadrano la postergazione come una rinuncia al concorso.

Così riassunte, molto sinteticamente, le diverse e principali impostazioni circa la natura della postergazione, mi sembra di poter affermare che la tesi della rinuncia dei creditori che si postergano, all'applicazione nei loro confronti della *par condicio creditorum* ed a partecipare, quindi, al concorso con le modalità sopra precisate, sia la più condivisibile.

Infatti il richiamo al *pactum de non petendo ad tempus*, anche ove si intenda accoglierne la distinzione rispetto alla remissione del debito, pone comunque seri interrogativi circa la sorte del credito e la possibilità, da parte del creditore postergato, di poter, ad un certo momento, pretendere l'adempimento.

D'altro canto, l'accostamento della postergazione alla remissione del debito non pare idonea a giustificare la conservazione di vari diritti, che certamente continuano a spettare al creditore postergato e che non subiscono alcuna alterazione a seguito della dichiarazione di postergazione.

Tema che, nello specifico, sarà più oltre trattato, mentre qui basta osservare che, con la postergazione, non vengono meno né il credito, né i poteri processuali del creditore, ma soltanto il diritto a partecipare al concorso sullo stesso piano degli altri creditori.

Con la dichiarazione di postergazione si rinuncia in sostanza – ed è bene ripeterlo – al soddisfacimento immediato del proprio credito e si accetta di beneficiare di quanto possa eventualmente residuare, in un momento futuro, dopo il pagamento degli altri creditori⁽¹¹⁾.

v. App. Roma, 28 ottobre 1971, in *Dir. fall.*, 1972, II, p. 323; Cass., 12 luglio 1958, n. 2539, in *Foro pad.*, 1959, I, p. 299.

(10) Cfr., in part., E. TILOCCA, *Remissione del debito* (voce), in *Noviss. Digesto It.*, XV, Torino, 1968, p. 390; ma v. anche, in argomento, F. FERRARA, A. BORGIOLI, *op. cit.*, p. 207, nt. 2 e, in giurisprudenza, Cass., 30 giugno 1959, n. 2062, *loc. cit.*

(11) Cfr. in part., in giurispr., Trib. Parma, 10 luglio 1964, II, p. 290 e Cass., 30 giugno 1959, n. 2062, *loc. cit.*

In altri termini e secondo una diversa prospettiva, si può affermare e riconoscere che la postergazione non ha un effetto abdicativo sul credito, ma, piuttosto, sul diritto ad un trattamento paritario, in sede di soddisfacimento, nel concorso con gli altri creditori.

E, conseguentemente, il vero oggetto dell'abdicazione non è la rinuncia al soddisfacimento del credito, bensì la rinuncia ad un trattamento, nell'ambito del concorso, conforme ai principi connessi all'esigenza del rispetto della *par condicio creditorum*⁽¹²⁾.

3. La legittimità della postergazione

Così delineata la postergazione nel concordato, è inevitabile dover rispondere al quesito se essa sia o meno legittima nel nostro ordinamento.

In generale, le critiche che più spesso vengono mosse per negare la legittimità del ricorso all'istituto, sono state fondate, principalmente, sul rifiuto a considerare la postergazione come garanzia e sulla violazione della *par condicio creditorum* che il ricorso ad essa produrrebbe.

È bene qui affrontare, per primo, quest'ultimo argomento: quello della presunta lesione che la postergazione produrrebbe al principio della *par condicio creditorum*, nel senso che essa darebbe origine ad una disparità di trattamento tra i creditori, costituendo, per alcuni di essi (quelli non postergati) posizioni di vantaggio che non troverebbero alcuna giustificazione nella legge.

La *par condicio creditorum* identifica la situazione in virtù della quale i creditori che si trovano a concorrere nei confronti del proprio comune debitore, aggredendone il patrimonio, hanno diritto ad un'assoluta parità nel soddisfacimento delle loro ragioni creditorie, fatte salve le cause legittime di prelazione (art. 2741 c.c.).

Orbene, la postergazione, secondo un certo orientamento, lederebbe il principio della *par condicio*, non venendo osservato il disposto normativo, il quale fa obbligo di proporre a tutti i creditori il soddisfacimento del loro credito, nei termini, con le modalità e con il contenuto indicati nella legge fallimentare.

Tale approccio, peraltro, non mi sembra accoglibile, poiché per un verso urta palesemente contro il già ricordato principio della disponibilità del proprio diritto da parte del creditore e, per altro verso, la posterga-

(12) V., sul punto, G. LANDOLFI, *Le garanzie atipiche nel concordato preventivo*, in *Dir. Fall.*, 1993, II, p. 1166; G.G. PETTARIN, *La postergazione dei crediti nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 1990, p. 626 ss.; M. PIZZIGATI, *op. cit.*, p. 289 e, in giurisprudenza, Trib. Parma, 10 luglio 1964, *loc. cit.*; Trib. Milano, 26 ottobre 1989, in *Fall.*, 1990, p. 624.

zione è produttiva di vantaggi per il debitore (il quale vede diminuire il passivo concordatario) e, soprattutto, non lede alcun interesse dei creditori non postergati⁽¹³⁾.

La postergazione genera, in definitiva, una particolare categoria di crediti, oltre a quelle ben note (crediti di massa, crediti muniti di prelazione, crediti chirografari), la quale, in sede concorsuale, ha la possibilità di venire soddisfatta solo dopo il soddisfacimento degli altri creditori e nei limiti della percentuale prevista nel concordato⁽¹⁴⁾.

4. La postergazione come garanzia “atipica” di esecuzione del concordato

Sotto il profilo della legittimità dell'utilizzo di dichiarazioni di postergazione, nell'ambito di un concordato, l'altro interrogativo posto con frequenza è quello che riguarda la possibilità di apprezzare la postergazione come garanzia valida ai fini del concordato stesso.

Al proposito va rilevato, da subito, che l'art. 124 l.fall., per ciò che riguarda il concordato fallimentare, non richiede alcuna forma specifica e tipica di garanzia⁽¹⁵⁾ e, pertanto, spetta ai creditori, in sede di votazione sulla proposta e, poi, al tribunale in sede di omologazione, valutare, ognuno per quanto di competenza, la validità del piano proposto.

In generale può essere, peraltro, considerata come garanzia ammissibile qualsiasi mezzo che risulti idoneo a fornire alla proposta i necessari requisiti di serietà.

E identica conclusione può essere adottata anche con riferimento al concordato preventivo.

È in questo contesto che, per ciò che riguarda la postergazione nel concordato, la giurisprudenza ha avuto modo di affermare che «costituisce garanzia di esecuzione del concordato l'impegno del creditore di postergare i propri crediti, assunto con dichiarazione, allorché, a seguito della riduzione del passivo verificatasi con la postergazione, l'attivo sia tale da assicurare l'adempimento degli obblighi concordatari»⁽¹⁶⁾.

Ed è sempre in questo contesto che la configurabilità della poster-

(13) Così R. PROVINCIALI, in *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, IV, p. 2237; L. PANZANI, *op. cit.*, p. 628.

(14) Cfr., in tema, G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 141; G.G. PETTARIN, *op. cit.*, p. 626.

(15) V., sul punto, F. DI SABATO, *L'assuntore del concordato fallimentare*, Napoli 1960, p. 81; R. PROVINCIALI, *op. cit.*, III, p. 1799.

(16) Così Trib. Venezia, 10 maggio 1974, in *Giur. comm.*, 1977, II, p. 284.

gazione come garanzia “atipica” nel concordato fallimentare è oggi accettata da larga parte della dottrina e della giurisprudenza e tale impostazione è stata estesa pure al concordato preventivo⁽¹⁷⁾, anche se si è ritenuto doverosamente opportuno precisare che la postergazione deve servire a ridurre, con sicurezza, il passivo entro i limiti necessari per far divenire efficienti ed operanti le altre modalità offerte di soddisfacimento dei crediti e rappresenta, nello stesso tempo, il *quid pluris* che rende conveniente il concordato per i creditori non postergati⁽¹⁸⁾.

Comunque la si veda, se si concorda sul fatto che la postergazione deve ridurre il passivo concordatario, al punto da rendere conveniente, per gli altri creditori, la proposta del debitore e se si ammette che, con tale diminuzione del passivo, la massa attiva diviene sufficiente a consentire la realizzazione del concordato, non si può non condividere, allora, l’opinione che considera la postergazione come un’idonea garanzia di esecuzione del concordato⁽¹⁹⁾.

Del resto la postergazione, avendo effetto nello stesso momento in cui il creditore (che si posterga) si obbliga con la propria dichiarazione, non costituisce solamente una promessa ma, limitando il concorso paritario sui beni del debitore, offre un beneficio immediato e diretto, che non soffre alcun rischio di realizzo, come invece può accadere per altre garanzie⁽²⁰⁾.

La postergazione risulta essere, pertanto, una garanzia sicura: ragione in più per non negare all’istituto il ruolo che gli si è attribuito.

In conclusione, si ritiene di poter aderire all’orientamento che ha inteso classificare la postergazione tra le garanzie ammissibili sia nel concordato fallimentare che in quello preventivo ed essa va senz’altro considerata come un mezzo di garanzia “atipico”, fatti salvi gli approfondimenti e le precisazioni che, qui di seguito, si reputano ulteriormente necessari.

(17) Cfr. in part., in giurispr., Trib. S. Maria Capua Vetere, 25 maggio 1990, in *Dir. Fall.*, 1992, II, p. 216; Trib. Roma, 14 marzo 1991, in *Dir. Fall.*, 1991, II, p. 1001; in dottrina G.G.PETTARIN, *op. cit.*, p. 286, nt. 5.

(18) In argomento cfr. Cass., 30 giugno 1959, n. 2062, *loc. cit.*, nonché Trib. Ravenna, 25 ottobre 1993, in *Fall.*, 1994, p. 775 e, in dottrina, G. BOZZA, *op. cit.*, p. 144.

(19) V. Trib. Venezia, 10 maggio 1974, *loc. cit.*

(20) Così Cass., 30 giugno 1959, n. 2062, *loc. cit.*

5. Formalizzazione della postergazione e suo collegamento funzionale con la proposta di concordato

Come si è detto, la postergazione si realizza con una dichiarazione con cui si prevede che il soddisfacimento del credito postergato avvenga, in via eventuale, solo dopo il soddisfacimento degli altri creditori.

È peraltro chiaro che la dichiarazione di postergazione deve essere formalizzata, facendo in modo che siano espressi inequivocabilmente gli effetti che si desidera che abbiano origine da essa, onde evitare che vi possano essere dubbie interpretazioni in ordine al suo contenuto ed al suo significato⁽²¹⁾.

In proposito, la dottrina e la giurisprudenza sono prevalentemente concordi nel ritenere che la postergazione debba reputarsi valida esclusivamente a condizione che essa faccia parte della proposta di concordato⁽²²⁾, perché solo in tal modo i creditori possono conoscerne il reale contenuto.

Il principio, infatti, è che i creditori non postergati debbono avere modo di valutare correttamente la proposta⁽²³⁾ e se è vero, come è stato già posto in luce, che la postergazione ha l'effetto di ridurre il passivo, in modo che l'attivo risulti tale da assicurare l'adempimento degli obblighi concordatari, la dichiarazione di postergazione non può che essere parte della proposta di concordato o, quantomeno, essa deve essere presentata con un atto funzionalmente collegato⁽²⁴⁾ e che deve essere considerato, però, in ogni caso, come parte integrante della proposta stessa.

(21) In questo senso, v. G. BOZZA, *op. cit.*, p. 135, nt. 21.

(22) V., in dottrina, U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure commerciali*, Torino, 1961, p. 954; G. RAGUSA MAGGIORE, *Diritto fallimentare*, *cit.*, p. 1033; G.G. PETTARIN, *op. cit.*, p. 624 e, in giurisprudenza, Cass., 30 giugno 1959, n. 2062, *loc. cit.*, Trib. Milano, 26 maggio 1967, *loc. cit.*

(23) Sul punto v. G. SCHIAVON, *Sulla modificazione della proposta di concordato preventivo e sulle garanzie costituite dagli stessi beni del debitore*, in *Fall.*, 1986, I, p. 79 ss.; L. SILENZI, *op. cit.*, p. 529; ma cfr. anche, seppur con un diverso approccio al tema, L. PANZANI, *op. cit.*, p. 1066 e, in giurispr., Trib. Milano, 26 maggio 1967, *loc. cit.*; Trib. Pordenone, 18 ottobre 1984, *loc. cit.*

(24) Così Trib. Venezia, 10 maggio 1974, *loc. cit.*

6. Crediti postergati e diritto di voto nel concordato

Ma è bene esaminare, giunti a questo punto e sulla scorta di quello che si è avuto modo sin qui di approfondire, se sia condivisibile o meno il principio espresso nel provvedimento qui commentato e secondo cui, nel concordato preventivo, «ai creditori volontariamente postergatisi non può essere attribuito il diritto di voto»⁽²⁵⁾.

Per giungere a siffatta conclusione è dato leggere, in precedenza, che «se è vero che detti creditori non hanno rinunciato al loro credito, avendo, invece, subordinato il suo soddisfacimento all'esistenza di un residuo attivo dopo il pagamento degli altri crediti, si tratta, comunque, di creditori che non entrano a far parte del concorso concordatario e, conseguentemente, essi non possono esprimere il voto con riferimento ad una proposta concordataria e ad un concorso al quale rimangono estranei».

«Vero è infatti - prosegue il provvedimento - che a detti creditori postergati non può essere consentito, con il loro voto, di determinare le sorti del concordato preventivo, quando la loro soddisfazione è prevista solo come eventuale».

Orbene: ritiene chi scrive che sicuramente sia da approvare l'inquadramento della postergazione effettuato nel provvedimento, perfettamente in sintonia con quello che si è sopra proposto e secondo cui la postergazione non implica affatto una rinuncia al credito, ma, piuttosto, una rinuncia al concorso.

Non è, però, del pari accoglibile la conclusione finale in esso adottata e, cioè, che ai creditori volontariamente postergatisi non spetterebbe il diritto di voto con riferimento ad una proposta e ad un concorso ai quali essi sarebbero estranei e non potendosi, al contempo, concepire che siano essi, con il loro voto, a determinare, se del caso, le sorti del concordato.

Non può infatti sfuggire, per quanto si è - sin qui - posto in luce, che la rinuncia al concorso da parte del creditore che si è volontariamente postergato, non ha carattere assoluto ed incondizionato (chè, se così fosse, si dovrebbe correttamente escludere la sua legittimazione al voto, poiché egli non potrebbe più considerarsi come un creditore concorrente in sede concordataria), ma si tratta, per contro, di una rinuncia a partecipare al concorso alle medesime condizioni degli altri creditori e, pertanto, di una rinuncia ad essere trattato, in sede di concordato, nel rispetto della *par condicio creditorum*.

(25) Sul tema del diritto di voto nel concordato, con riferimento al creditore postergato, v., in generale, S. LOCORATOLO, *op. cit.*, p. 153 ss.

In altre parole, il creditore volontariamente postergato continua ad essere un creditore concorrente, ma che accetta, quale soddisfacimento delle sue ragioni creditorie, quanto eventualmente dovesse residuare dopo la ripartizione delle attività concordatarie e sempre che siano, con esse, state soddisfatti, del tutto, gli altri creditori.

Il che significa, ancora, che la misura della rinuncia della partecipazione al concorso non è (come si è già osservato) totale, né è determinabile a priori, ma solo dopo l'avvenuto soddisfacimento degli altri creditori.

Ed è proprio per questo che è stato rilevato che il vero oggetto dell'abdicazione, da parte del creditore postergato, non è la rinuncia al soddisfacimento del credito, bensì la rinuncia ad un trattamento, nell'ambito del concorso, conforme ai principi dettati dalla *par condicio creditorum*⁽²⁶⁾.

Se è vero tutto questo, come sembra difficile poter contestare, è palese, allora, che la negazione del diritto di voto sostenuta nel provvedimento non è divisibile, per tutte le ragioni espresse.

Ma vi è di più: non può non destare qualche perplessità anche l'assunto che il diritto di voto non spetterebbe al creditore volontariamente postergatosi, stante la sua (ritenuta) "estraneità" alla proposta di concordato ed al conseguente concorso concordatario e dato che il suo soddisfacimento risulterebbe soltanto eventuale.

Si deve riflettere, infatti, che l'intima ragione che spinge un creditore a postergare il soddisfacimento del proprio credito è (sempre e) proprio quella di favorire la soluzione concordataria.

Tant'è che, come già è stato osservato, i più reputano che la postergazione deve essere parte integrante della proposta o, comunque, deve essere presentata come un atto funzionalmente collegato a quest'ultima⁽²⁷⁾.

Dunque, in questo contesto non è dato comprendere, francamente, ove possa risiedere l'"estraneità" del creditore volontariamente postergato rispetto alla proposta di concordato ed al susseguente concorso e, anzi, si può sostenere con sicurezza che la posizione del creditore volontariamente postergato è connessa intimamente alla sorte positiva del concordato, essendo addirittura stata effettuata la (dichiarazione di) postergazione proprio per agevolare la conclusione, in senso favorevole, della procedura concordataria.

E, se così è, è conseguentemente logico ed evidente che, anche sotto questo profilo, deve essere riconosciuto il diritto di voto.

D'altronde, anche da un punto di vista strettamente normativo, la negazione al creditore postergato della legittimazione al voto, appare

(26) Cfr. *supra*, par. 2.

(27) Cfr. *supra*, nt. 24.

in palese contrasto, ad avviso di chi scrive, con la *ratio* delle disposizioni che riguardano la disciplina del voto nel concordato (fallimentare e preventivo).

Ed invero, il principio a cui si informano gli artt. 127 e 177 l.fall. è, come è noto, quello di limitare il voto a coloro che, non essendo titolari di un credito garantito da un diritto di prelazione, hanno minori possibilità di soddisfacimento.

In questo senso si spiega l'esclusione dalla legittimazione al voto dei creditori muniti di privilegio, pegno e ipoteca (a meno che non rinunzino al diritto di prelazione, sulla base di quanto disposto nelle richiamate norme).

Essi, infatti, non subiscono l'efficacia remissoria del concordato e non vengono, quindi, ammessi alla votazione, mentre, al contrario, i creditori chirografari sono esposti agli effetti della falcidia concordataria e deve essere, quindi, riconosciuto loro il diritto di disporre, sia pure a maggioranza, dell'integrità del proprio credito⁽²⁸⁾.

È anche in questo quadro che il problema della legittimazione al voto dei creditori postergati va risolto positivamente⁽²⁹⁾, in quanto, se la *ratio*, come si è ricordato, è quella di escludere dal voto chi non deve sopportare la falcidia concordataria, sembra opportuno e logico garantire il diritto in questione a coloro che - per propria volontà - la subiscono ed addirittura in misura maggiore rispetto ai creditori chirografari, essendo il loro credito "retrocesso", quanto al soddisfacimento, rispetto a tutti, compresi questi ultimi.

Il creditore postergato mantiene pertanto, nel corso della procedura, il suo "*status*" e non vengono meno né il credito, né i poteri processuali dello stesso, cosicché non c'è ragione alcuna che questi perda il diritto di voto⁽³⁰⁾, al quale ha, peraltro, un persistente interesse, diversamente

(28) Cfr., per questi profili, Trib. Pordenone, 18 ottobre 1984, *loc. cit.*

(29) Favorevoli ad attribuire la legittimazione al voto ai creditori volontariamente postergati, in dottrina, A. BONSIGNORI, *Del concordato preventivo*, cit., p. 51; G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, pag. 141; F. FERRARA, A. BORGIOI, *op. cit.*, p. 207, nt. 2; D. DI GRAVIO, *Il concordato preventivo misto e la cessione di azienda*, in *Dir. Fall.*, II, p. 1001; E. FRASCAROLI SANTI, *Il concordato preventivo*, Padova, 1990, p. 492; A. MAFFEI ALBERTI, *Prestiti postergati e liquidazione coatta amministrativa*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1983, II, p. 22 e, *ivi*, p. 29; G.G. PETTARIN, *op. cit.*, p. 628; G. RAGUSA MAGGIORE, *op. cit.*, p. 1039; R. SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1984, p. 451, nt. 48. Inoltre, in giurispr., tra altre, v. in part. Trib. Milano, 26 maggio 1967, *loc. cit.*, Trib. Pordenone, 18 ottobre 1984, *loc. cit.*; Trib. Padova, 5 maggio 1986, *loc. cit.*

(30) Dal resto, va anche ricordato che l'esclusione dal creditore del voto ha natura del tutto eccezionale e riguarda il creditore munito di prelazione, ove non vi rinunzi, come per legge indicato (art. 177, co. 2, l.fall.), nonché il coniuge del debitore, i suoi parenti ed affini

da quanto affermato nel provvedimento, ove si consideri che la dichiarazione di postergazione, come già si è evidenziato, è collegata sempre, funzionalmente, alla proposta di concordato e diviene sostanzialmente efficace solo se ed in quanto il concordato venga omologato⁽³¹⁾.

Del resto, una conferma all'indirizzo appena espresso può provenire anche dalla considerazione che non si possono ravvisare ragioni convincenti per affermare che al creditore postergato debba essere riservata una tutela diversa da quella garantita ai c.d. creditori "condizionali".

Come è noto, i creditori "condizionali" sono crediti da considerare già perfetti da un punto di vista negoziale, ma la cui efficacia o cessazione di efficacia è collegata al verificarsi o meno di un determinato evento.

Tali crediti partecipano al concorso (art. 55 l.fall.), vengono ammessi al passivo con riserva (art. 95 l.fall.) ed hanno diritto a che le somme loro assegnate vengano accantonate sia in occasione delle ripartizioni parziali (art. 113 l.fall.) sia in sede di ripartizione finale (art. 117 l.fall.).

Ciò detto, quello che qui interessa è che l'art. 127¹ l.fall. prevede il diritto di voto nel concordato fallimentare per i crediti ammessi con riserva e anche per i crediti condizionali.

Ora, se si riflette che la postergazione trasforma un credito certo circa il suo ammontare e circa il momento del suo soddisfacimento in un credito incerto proprio su questi stessi due elementi, appare certamente legittimo il parallelo proposto con la disciplina dei "crediti condizionali", anche dal quale dovrebbe risultare chiaro che la legittimità del voto dei creditori postergati nel concordato fallimentare non può essere negata, se non altro ragionando in termini, sotto il profilo qui esaminato, di analogia.

fino al quarto grado, nonché i cessionari ed aggiudicatari dei loro crediti da meno di un anno prima della proposta di concordato (art. 177, co. 4, l.fall.). Per l'eccezionalità dell'esclusione in questione, v. S. SATTA, *Diritto Fallimentare*, Padova, 1996, p. 501; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, p. 2299; G. DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Padova, 1964, p. 574; U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, cit., p. 1542; F. FILOCAMO, in *La legge fallimentare. Decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169. Disposizioni correttive. Commentario teorico-pratico* a cura di M. FERRO, Padova, 2008, p. 1339. In giurisprudenza, Trib. Milano, 9 dicembre 1987, in *Giur. comm.*, 1988, II, p. 609; Trib. Chieti, 5 settembre 1986, in *Fall.*, 1987, p. 631; Trib. Prato, 16 febbraio 1982, in *Dir. fall.*, 1982, II, p. 1126.

(31) E così è anche nel caso di cui al provvedimento commentato, dal momento che la dichiarazione di postergazione precisa espressamente che non vi è alcuna rinunzia al credito, ma solo la posposizione del soddisfacimento dello stesso a quello, integrale, degli altri creditori e subordina, altresì, la sua efficacia alla «definitività del decreto di omologazione del concordato», sottolineando, ancora, che «ove il concordato non venisse approvato o non venisse omologato, ovvero, comunque, non divenisse definitivo, il credito riacquisterebbe tutte le sue qualità, in ogni sede, compresa quella fallimentare».

Alcune finali considerazioni siano consentite in ordine a quella parte del provvedimento che, per avallare la decisione in esso adottata, ha richiamato la posizione della Suprema Corte di legittimità⁽³²⁾ che, con riferimento all'ipotesi di crediti postergati per legge (*ex artt. 2467 e 2497 quinquies c.c.*) avrebbe addirittura ritenuto che i crediti postergati *ex lege* non possano neppure essere inseriti nel piano concordatario⁽³³⁾.

Ora, al riguardo e per quanto in questa sede possa interessare, ci si limita ad osservare solamente che, qualunque sia la risposta che si intenda fornire circa l'ammissibilità - o meno - nel piano (e, quindi, nel concorso) concordatario di siffatti crediti, una soluzione o l'altra non può rivestire, in concreto, alcuna incidenza sulla conclusione adottata da chi scrive circa la sussistenza, in sede di concordato, della legittimazione al voto in capo al creditore volontariamente postergatosi.

Si dovrebbe invero ritenere più corretta una risposta affermativa, al quesito testè proposto, dal momento che i crediti postergati per legge non rappresentano, in realtà, che la differente "*species*" di un medesimo "*genus*" e, anche a prescindere da questo, non è dato comprendere quali possano essere le plausibili ragioni per escludere dal piano e dal concorso concordatario questi crediti che, comunque, continuano ad essere tali, seppure venendo subordinato il loro soddisfacimento a quello degli altri creditori (così come, avviene, peraltro, nella postergazione volontaria).

Tuttavia, anche opinando diversamente e, cioè, ove si reputasse di dover escludere dal piano e dal concorso i creditori postergati *ex lege*, non può sfuggire che tale operazione non potrebbe in ogni caso essere utilizzata, a nostro parere, per adottare, in via analogica, un'identica conclusione per ciò che concerne i creditori postergatisi volontariamente.

Ed infatti, pur appartenendo entrambe le fattispecie di postergazione ad un medesimo "*genus*", come si è poco sopra detto, appaiono evidenti, però, le differenze tra esse esistenti, sia circa la fonte della postergazione, sia circa le motivazioni ad essa sottostanti, nei due casi.

Da una parte vi è la scelta del creditore che volontariamente posterga il proprio credito ed in un contesto in cui la dichiarazione di postergazione è sempre funzionalmente collegata alla proposta di concordato e diviene sostanzialmente efficace solo se ed in quanto il concordato venga definitivamente omologato.

(32) V. Cass., 4 febbraio 2009, n. 2706, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, n. 2, p. 171.

(33) Sui crediti postergati per legge, *ex artt. 2467 e 2497 quinquies c.c.*, cfr., in part., A. TULLIO, *op. cit.*, p. 34 ss. e p. 70 ss.; S. LOCORATOLO, *op. cit.*, p. 3 ss.; G. DE FERRA, *La postergazione del credito del socio finanziatore*, in *Giur. Comm.*, 2010, I, p. 187 ss.

Dall'altra parte vi è una postergazione normativamente imposta negli artt. 2467 e 2497 *quinquies* c.c. ed in un contesto in cui essa appare essere quasi una sanzione⁽³⁴⁾, in relazione al fatto che chi ha provveduto al finanziamento avrebbe dovuto effettuare, invece, un conferimento, evitando, così, l'ulteriore indebitamento della società e contribuendo, per contro, doverosamente e ragionevolmente, ad accrescere il capitale proprio della società⁽³⁵⁾.

Si ribadisce dunque (anche alla luce delle osservazioni appena svolte) che, indipendentemente dalla posizione che si intenda attribuire ai creditori postergati *ex lege* con riferimento al concordato⁽³⁶⁾, non può essere posto in dubbio il riconoscimento della legittimazione al voto in capo al creditore postergatosi volontariamente.

Né sembra che le ulteriori considerazioni contenute nel provvedimento possano essere ritenute idonee, in qualche modo, a modificare la soluzione qui offerta.

Non convince, in particolare, l'assunto contenuto nel provvedimento che, anche volendo attribuire, in ipotesi, ai creditori volontariamente postergati il diritto di voto, si dovrebbe, allora, ritenere sostanzialmente sussistente una classe di creditori postergati, «attesa l'evidente disomogeneità di interessi tra creditori chirografari e creditori postergati», discendendo da tale premessa che, nel caso di specie, il concordato non sarebbe stato approvato con le maggioranze richieste, non risultando raggiunta la maggioranza nel maggior numero di classi, essendo le classi due: infatti, senza dirlo (e, anzi, negandolo) il provvedimento finisce con il formare, d'ufficio, delle classi di creditori, allorquando, nel caso concreto, il concordato non prevedeva alcuna formazione di classi: circostanza quest'ultima che è esclusivamente connessa alla "*facultas*"

(34) Con questa impostazione v., in dottrina, P. ABBADESSA, *Il problema dei prestiti dei soci nelle società di capitali: una proposta di soluzione*, in *Giur. comm.*, 1988, I, p. 511, il quale pone in luce che la *ratio* della postergazione, nel caso indicato nel testo, è quella di sanzionare il tentativo di spostare il rischio imprenditoriale sui creditori sociali; A. IRACE, *La riforma della società*, a cura di M. SANDULLI e V. SANTORO, III, Torino, 2003, *sub art.* 2497 *quinquies*, p. 344.

(35) In questo senso, G.B. PORTALE, in *I finanziamenti dei soci nelle società di capitali*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2003, I, p. 679.

(36) È bene qui precisare che, anche optando, come si è inteso fare nel testo, per l'ammissibilità dei creditori postergati *ex lege* nell'ambito del piano e del concorso concordatario, essi dovrebbero peraltro essere soddisfatti solo nella misura in cui dovesse residuare qualcosa dopo il soddisfacimento degli altri creditori, compresi, ad avviso di chi scrive, anche quelli postergati volontariamente: in questo senso cfr. anche F. GALGANO, in *Diritto Commerciale. Le società*, Bologna, 2003, p. 133 s.; e v., altresì, G.B. PORTALE, *op. cit.*, p. 679.

del proponente, cosicché, se quest'ultimo non ha suddiviso i creditori in classi, non può farlo il giudice e, tanto più, ove si consideri che siffatta "facultas" è pacificamente posta nell'interesse del debitore e non è uno strumento di tutela dei creditori⁽³⁷⁾.

Abstract

In the composition with creditors before bankruptcy, the creditor voluntarily deferred, has right to vote. He doesn't renounce the credit, but he accept to participate in arrangement, obtaining the payment only after the payment of all others creditors.

(37) In tema, peraltro con diversi e, talora, contrapposti orientamenti, cfr. G. BOZZA, *La facoltatività della formazione delle classi nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2009, p. 424; M. FABIANI, *Brevi riflessioni sull'omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*, in *Fall.*, 2009, p. 437 ss.; L. PANZANI, *Classi di creditori nel concordato preventivo e crediti postergati dei soci di società di capitali*, in *Fall.*, 2009, p. 800 ss.; D. GALLETTI, *Classi obbligatorie? No grazie!*, in *Giur comm.*, 2010, II, p. 343 ss.; P. CATALLOZZI, *La formazione delle classi tra autonomia del proponente e tutela dei creditori*, in *Fall.*, 2009, p. 581 ss.; L. D'ORAZIO, *Il rebus delle classi dei creditori ed il controllo del Tribunale*, in *Giur mer.*, 2009, p. 136 ss.; ID., *Le classi "obbligatorie" e la questione di costituzionalità: brevi note*, in *Giur mer.*, 2009, p. 1897 ss.; R. SACCHI, *Concordato preventivo, conflitti fra creditori e sindacato dell'autorità giudiziaria*, in *Fall.*, 2009, p. 33 ss.

Quaderni semestrali

del Progetto Dottorale di Alta
Formazione in Scienze Giuridiche
e del Centro Studi Giuridici
del Dipartimento di Economia
dell'Università Ca' Foscari Venezia



Università
Ca'Foscari
Venezia

