

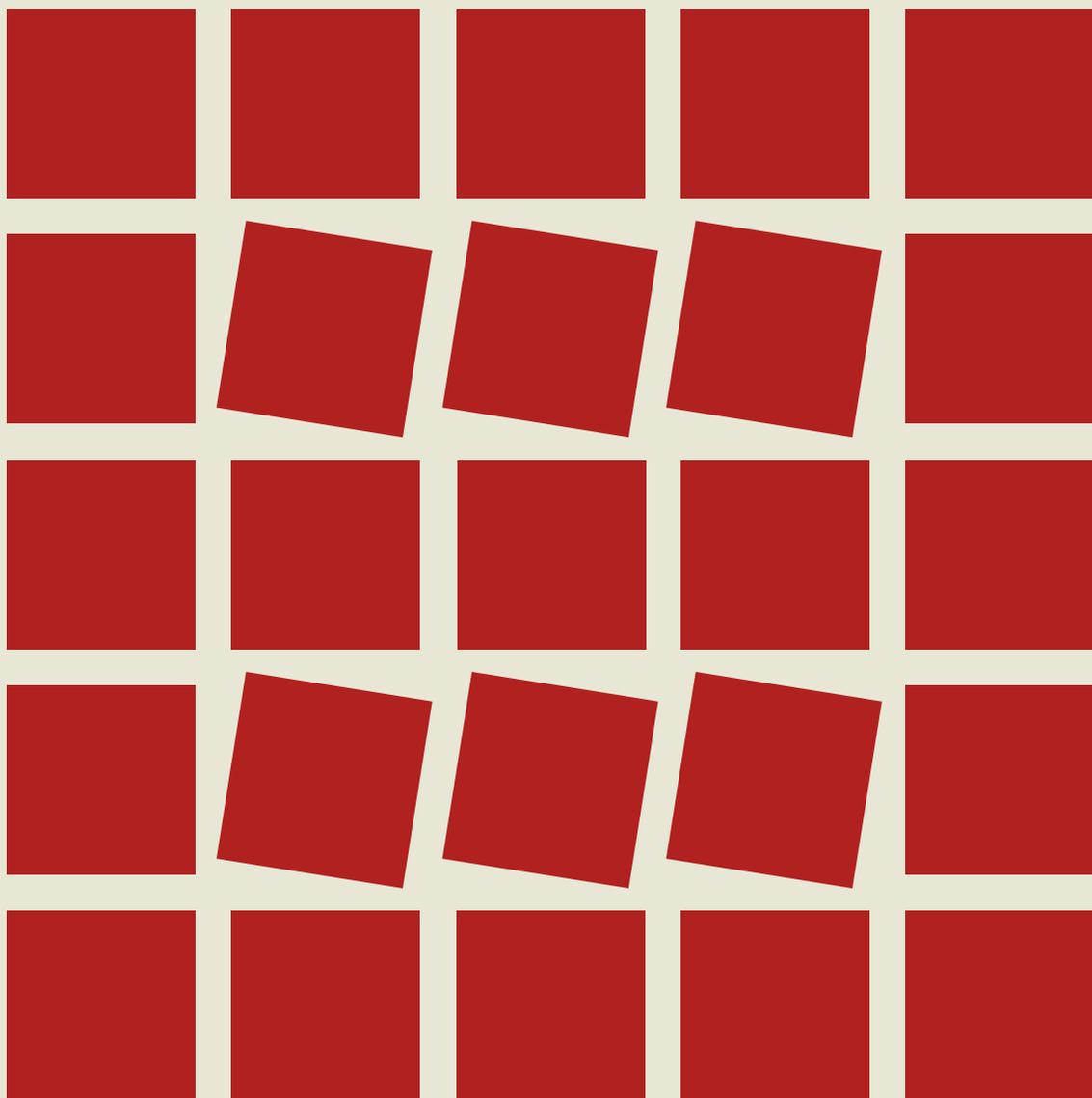
Ricerche giuridiche

ISSN 2281-6100

Vol. 2 – Num. 2
Dicembre 2013



Edizioni
Ca' Foscari





© 2014 Edizioni Ca' Foscari - Digital Publishing

Università Ca' Foscari Venezia
Dorsoduro 3246
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:

Fabio Addis	Michele Lobocono
Massimo Bianca	Ugo Patroni Griffi
Antonio Blandini	Mirella Pellegrini
Daniela Caterino	Andrea Pisaneschi
Ciro G. Corvese	Francesco Seatzu
Riccardo Del Punta	Francesco Vella
Leonardo Di Brina	

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

- 459 *Presentazione*
- 463 *La revisione costituzionale ed i suoi limiti*
Franco Gallo
- 475 *Considerazioni conclusive*
Lorenzo De Angelis
- 479 *Principio di sussidiarietà orizzontale e regole di diritto privato*
Marco Olivi
- 508 *La disciplina di recesso del cliente dai contratti di prestazione d'opera e servizi intellettuali a termine oltre gli angusti confini dell'art. 2337 c.c.*
Mariella Lamicela
- 544 *Some recent developments and potentialities in social rights discourse*
Aurora Adriana Vimercati
- 561 *L'Arbitro Bancario Finanziario: la particolare configurazione della risoluzione stragiudiziale delle controversie bancarie*
Roberto Caratozzolo
-

PARTE II
PAPERS

- 583 *Riflessioni sulle c.d. nullità di protezione e sul potere-dovere di rilevazione officiosa*
Annarita Freda
- 616 *Shareholders' rights: qualche considerazione a margine dei recenti interventi normativi, con uno sguardo all'ordinamento dell'Unione Europea.*
Alessandra Zanardo
- 637 *La pluralità di proposte nel concordato fallimentare*
Mauro Pizzigati
- 644 *La disciplina italiana in tema di gestione delle crisi delle banche e degli intermediari finanziari*
Anna Maria Carriero
- 667 *La certificazione dei contratti di lavoro. Fondamenti normativi dello strumento: finalità, organi autorizzati, elementi oggetto di certificazione, effetti sul contratto*
Antonino Basile
- 709 *Riflessioni sull'adozione dell'arbitrato e della mediazione nella risoluzione dei conflitti per la quantificazione del danno per infrazione degli articoli 101 o 102 del FTUE*
Alessandro Massolo

PARTE III
OSSERVATORIO

- 727 *Denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c. in s.r.l.: tra resistenza all'emancipazione e modifiche del c.d. "Decreto semplificazioni" del 2012*
Nota a Trib. Ascoli Piceno, 15 febbraio 2013 e Trib. Venezia, 7 marzo 2013
Massimo Zappalà
-

Presentazione

Le pagine di apertura di questo numero sono dedicate all'incontro sul tema *Possibilità e limiti della revisione costituzionale* con l'allora Presidente della Corte Costituzionale, Prof. Franco Gallo, tenutosi a Venezia il 14 giugno ultimo scorso.

L'evento è stato aperto da alcuni indirizzi di saluto: quello del Magnifico Rettore dell'Università Ca' Foscari Venezia che ha organizzato ed ospitato l'iniziativa, Prof. Carlo Carraro, del Presidente del Tribunale di Venezia, Cons. Arturo Toppan, del Presidente dell'Ordine degli Avvocati di Venezia, Avv. Daniele Grasso, del Direttore del Centro Studi Giuridici dell'Università Ca' Foscari, Prof. Adalberto Perulli, del Presidente della Fondazione "Feliciano Benvenuti", Avv. Diego Manente, e della Responsabile del Progetto Dottorale di Alta Formazione in Scienze Giuridiche Ca' Foscari, Prof.ssa Carmelita Camardi.

La relazione del Prof. Gallo è stata seguita dalle conclusioni del Prof. Lorenzo De Angelis, dell'Università Ca' Foscari Venezia.

Pubblichiamo di seguito il testo della relazione dell'ex Presidente della Corte Costituzionale e le considerazioni conclusive del Prof. De Angelis.

PARTE I

SAGGI

La revisione costituzionale ed i suoi limiti

Franco Gallo

Presidente della Corte Costituzionale

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il concetto di Costituzione come limite logico generale alla revisione costituzionale. - 3. I limiti espressi e inespressi alla revisione costituzionale. - 4. I limiti formali a garanzia della rigidità della Costituzione: le procedure di revisione. - 5. La tesi, minoritaria, dell'assoluta immutabilità delle norme sulla revisione costituzionale. - 6. Il disegno di legge costituzionale del 5 giugno 2013 sul procedimento di revisione costituzionale. - 7. Conclusioni.

1. Introduzione

È noto anche ai non addetti ai lavori che la Costituzione italiana ha scelto la via di attribuire il potere di revisione costituzionale all'organo titolare della potestà legislativa ordinaria, anziché ad assemblee appositamente istituite o riunite a tale fine; come invece è previsto nelle Costituzioni francese, statunitense e svizzera. L'art. 138 prevede, infatti, che le leggi costituzionali siano approvate dal Parlamento con due successive deliberazioni di ciascuna Camera, con un intervallo non minore di tre mesi e con facoltà di proporre referendum solo nel caso in cui non sia stata raggiunta la maggioranza dei due terzi nella seconda votazione.

È altresì noto che un limite espresso al potere di revisione è stabilito dal successivo art. 139, il quale dispone che «la forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale».

Il disegno di legge costituzionale istitutivo del Comitato parlamentare per le riforme costituzionali, presentato in questi giorni dal Governo, conferma la disciplina dell'art. 138 apportandovi solo due deroghe puntuali e temporanee, di rilievo non sostanziale, riguardanti, la prima, la riduzione dell'intervallo fra le due approvazioni da tre mesi a un mese; la seconda, il ricorso eventuale al referendum anche nell'ipotesi in cui la legge costituzionale sia stata approvata nella seconda votazione a maggioranza dei due terzi.

In questa sede non entro - né del resto potrei entrare - nel dibattito sulla legittimità di tali, pur parziali, deroghe al procedimento dell'art. 138 Cost. Intendo solo osservare che tale disegno riguarda riforme costituzionali che investono materie rilevanti, come la forma di Stato e di governo ed il bicameralismo, e prendere da ciò lo spunto per ricordare i maggiori interrogativi che la dottrina costituzionalistica si pone ormai da tempo circa l'esistenza di limiti sostanziali alla revisione costituzionale. Questi interrogativi possono così sintetizzarsi:

- procedure di revisione fondate sul principio di maggioranza, anche qualificata, come quelle previste dal suddetto art. 138, sono sufficienti per modificare non qualche singola norma, ma l'intera Costituzione o parti rilevanti di essa, o non incontrano esse limiti ulteriori rispetto a quello, espressamente previsto nell'art. 139, della forma repubblicana?
- esiste, in altri termini, un nucleo duro di principi costituzionali non soggetti a revisione e quindi, per loro natura, sottratti alla regola della maggioranza?

Questa mia *lectio* verterà, appunto, sulle possibili risposte che possono darsi a tali interrogativi.

2. Il concetto di Costituzione come limite logico generale alla revisione costituzionale

Inizio col sottolineare che gli interrogativi sopra posti ci riconducono inevitabilmente alle accese discussioni sull'idea di Costituzione come atto che perdura nel tempo e sul ruolo da attribuire al principio maggioritario in sede di revisione; che è come dire sul fondamento stesso della democrazia, visto che il senso comune tende spesso a "banalizzare" il principio di democrazia, identificandolo con il potere assoluto della maggioranza.

Contro questo "pregiudizio maggioritario", l'analisi delle Costituzioni consente di definire le due dimensioni - per certi versi antitetiche - proprie di ogni moderna democrazia: la dimensione politica, che risolve, appunto, la democrazia nel governo della maggioranza; la dimensione dello Stato costituzionale di diritto, che, a garanzia dei diritti fondamentali, sottopone a limiti stringenti anche il potere della maggioranza.

I costituzionalisti ci insegnano che entrambe queste dimensioni - quella politica e quella dello Stato di diritto - sono garantite da corrispondenti regole costituzionali: da una parte, le regole formali che definiscono i soggetti politici e assicurano, attraverso l'uguale godimento dei diritti, la rappresentatività delle istituzioni parlamentari e il governo della maggioranza; dall'altra, le regole sostanziali che indivi-

duano i limiti negativi e gli obblighi positivi delle decisioni collettive, e cioè i diritti di libertà che lo Stato non deve violare e i diritti sociali che esso deve soddisfare. Queste due classi di regole figurano in tutte le Costituzioni moderne. In quella italiana, ad esempio, le norme sostanziali sono collocate prevalentemente nella parte prima; le norme formali nella parte seconda.

La Costituzione consiste precisamente in questo sistema di regole, sostanziali e formali, che ha come propri destinatari i titolari del potere. Le Carte costituzionali, in ultima analisi, sono patti sociali, le cui clausole principali sono i diritti fondamentali, e che, in quanto tali, hanno una funzione di limite e di vincolo alla maggioranza a garanzia, appunto, delle libertà e dei diritti delle minoranze.

Gli stessi costituzionalisti sottolineano che l'idea della Costituzione come contratto sociale non è solo una categoria filosofica, ma si identifica, sul piano giuridico, con la rifondazione su basi pattizie della convivenza civile in seguito a eventi traumatici che segnano una radicale rottura nella storia di un popolo. È questo il caso anche della Costituzione italiana. Il 2 giugno 1946, data di celebrazione del referendum favorevole alla Repubblica e di elezione dell'Assemblea Costituente, rappresenta, infatti, il punto di avvio della rifondazione storica della nostra democrazia, che da allora ha acquistato un diverso spessore. L'esperienza negativa del nazifascismo ci ha insegnato che il consenso maggioritario non è più la sola fonte di legittimazione del potere.

Se la Costituzione è il frutto di un patto di convivenza civile e se nello Stato costituzionale di diritto il principio maggioritario non può essere assunto come unica base di legittimazione della democrazia, si comprende come, nell'attuale dibattito sulle riforme costituzionali, gli interrogativi che ho formulato sui limiti del procedimento di revisione costituzionale assumano un'importanza fondamentale. Dalla risposta ad essi dipende, infatti, la possibilità di incidere parzialmente o totalmente sull'originario patto sociale.

Naturalmente, devo ribadire che il mio ruolo di Presidente di un organo deputato a far rispettare la Costituzione mi impedisce di dare una precisa risposta a tali interrogativi e, a maggior ragione, di prendere posizione sulle concrete proposte di riforma avanzate in sede politica e dottrinale. Affronterò, perciò, solo in termini problematici e orientativi sia il delicato tema del rapporto fra potere costituente e potere di revisione, sia quello dei limiti, espressi ed inespressi, imposti a quest'ultimo potere dall'esigenza di tutelare i valori fondanti della comunità politica contro potenziali abusi di maggioranze (ancorché qualificate).

Il termine "Costituzione" già nel suo etimo - significa stabilire, fondare insieme - evidenzia l'intento di dar vita a qualcosa che deve rima-

nere stabile e che si vuole destinato a durare; qualcosa tale da istituire una tensione dialettica fra “stabilità e tempo”, fra “persistenza e divenire” dell’ordinamento.

Di questa dialettica tra permanenza e mutamento erano consapevoli i costituenti rivoluzionari francesi che, nell’art. 28 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1793, sulle orme dell’abate Sieyès, avevano sancito che «Un popolo ha sempre il diritto di rivedere, riformare, modificare la propria Costituzione», e da tale affermazione avevano fatto derivare l’altro assunto secondo cui «Una generazione non può assoggettare alle proprie leggi le generazioni future».

È questo il dilemma di ogni Costituzione: da un canto, non potersi conservare senza mutare e, d’altro canto, non poter mutare così profondamente e rapidamente senza negare la sua permanenza e stabilità, cioè la sua stessa identità. Negli Stati costituzionali di diritto questo dilemma è stato sempre, con molta saggezza, risolto respingendo sia la tendenza a chiudere la Costituzione nel guscio della non revisionabilità, sia la tendenza opposta ad ammettere una sua revisionabilità assoluta e illimitata.

Sono ben comprensibili le ragioni del simmetrico rifiuto di queste due opzioni estreme.

La non revisionabilità assoluta - e cioè la negazione di ogni intervento sul testo costituzionale - lungi dal rafforzare la scelta costituente, renderebbe la Carta costituzionale insensibile al mutare dei rapporti politici e della coscienza sociale e la condannerebbe ad essere travolta dalla storia o ad essere ricacciata nella sfera della giuridica irrilevanza; come accadde, in epoca fascista, allo Statuto albertino, che si proclamava, antistoricamente, «irrevocabile e perpetuo» in tutte le sue clausole.

Invece, la revisionabilità assoluta, consentendo la continua modifica del nucleo essenziale della Costituzione con l’alternarsi delle maggioranze di governo, avrebbe il difetto opposto. Farebbe cioè perdere ad essa quei caratteri di durevolezza e stabilità sui quali si fonda l’autorità etica, ancor prima che giuridica, della Carta fondamentale e, quindi, dello Stato costituzionale di diritto. In ultima analisi, si può dire che l’ipotesi di una revisionabilità assoluta si scontra con un limite logico generale, operante con riguardo sia alle Costituzioni flessibili (modificabili, cioè, attraverso ordinarie leggi parlamentari), sia alle Costituzioni rigide, come quella italiana (modificabili, cioè, attraverso procedure aggravate rispetto a quelle ordinarie).

Tale limite consiste nel fatto che il potere di revisione costituzionale, in quanto derivato dal potere costituente, è anch’esso un potere costituito e, quindi, è un potere vincolato a restare all’interno dell’ordine “legale” proprio della Costituzione originaria. Il che non significa che la Co-

stituzione non può essere mutata nel tempo, ma solo che non può essere stravolta nella sua struttura. Revisionare significa modificare, anche in profondità, l'atto originario che subisce la modifica; non intaccarne l'essenza, la struttura portante. Il limite logico alla revisione è, dunque, rinvenibile nella nozione di Costituzione, la quale, come atto fondativo di una nuova giuridicità, rappresenta essa stessa un insuperabile ostacolo al rovesciamento in forma legale del regime politico istituito.

Da queste considerazioni discende che, anche là dove si prevede la possibilità di revisione totale della Costituzione, non viene meno, comunque, la distinzione fra potere costituente e potere di revisione costituzionale. Se infatti si rimane - come si deve rimanere - all'interno di una concezione "legale" della revisione costituzionale come potere costituito e derivato dalla Costituzione, allora possono ammettersi anche estese revisioni del testo costituzionale; a condizione, però, che si preservi il nucleo fondamentale della Costituzione originaria. Se si andasse oltre questo limite, si sarebbe infatti di fronte all'esercizio, inammissibile, di un vero e proprio potere costituente e non più di un potere costituito, come è il potere di revisione costituzionale.

Il che, con riguardo alla Costituzione italiana ed al suo art. 138 Cost., impone di configurare la procedura aggravata di revisione prevista da tale articolo, come la forma di esercizio di un potere di emendamento puntuale su singoli parti del testo costituzionale e di escludere, perciò, ogni possibilità di effettuare, tramite detto procedimento, una riscrittura dell'intera Costituzione o di complessi eterogenei di sue disposizioni. Diversamente si incorrerebbe nella lesione dello stesso principio di sovranità popolare di cui all'art. 1 Cost.

3. I limiti espressi e inespressi alla revisione costituzionale

Oltre al predetto limite logico generale, dall'interpretazione della Costituzione italiana possono ricavarsi altri specifici limiti, espressi o inespressi, alla sua revisione.

Un limite del primo tipo è previsto - come si è detto - dall'art. 139 Cost., il quale, non casualmente, conclude il testo costituzionale disponendo che «La forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale». Ciò significa che la scelta fondamentale in favore della Repubblica non è in alcun modo rivedibile dal potere normativo costituito, compreso quello di più elevato grado formale. Nella sua accezione più ristretta, l'espressione "forma repubblicana" sembra alludere solo al carattere elettivo e non ereditario della carica di capo dello Stato.

La maggioranza della dottrina, in verità, si è preoccupata di esten-

dere la nozione di «forma repubblicana» fino al punto di ricondurre al limite espresso dell'art. 139 una serie di altri limiti inespressi, che, pur non avendo una diretta attinenza con l'obbligo di designazione elettiva del capo dello Stato, tuttavia sono imposti dall'esigenza di tutela di specifici principi e valori di struttura. Questa preoccupazione è stata raccolta dalla Corte costituzionale, con la storica sentenza n. 1146 del 1988, la quale ha affermato che la Costituzione italiana «contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale. Tali sono» - ha precisato la Corte - «tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana».

Diversamente da altre Corti costituzionali, la Corte italiana si è riconosciuta, quindi, competente a giudicare sulla conformità ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale sia delle leggi di revisione costituzionale, sia delle leggi costituzionali non aventi effetti di revisione testuale. Se così non fosse - ha rilevato al riguardo la Corte - «si perverrebbe all'assurdo di considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore» (sentenza n. 1146 del 1988).

È evidente la rilevanza di questa interpretazione ai fini dell'identificazione dei limiti della revisione. Nella giurisprudenza della Corte sono infatti i principi supremi a identificare, anche se inespressi, il nucleo forte del patto costituzionale, e cioè i contenuti indefettibili della comunità politica inerenti alla struttura dell'ordinamento, senza i quali la Costituzione non sarebbe più quella che è, ma verrebbe modificata irrimediabilmente nella sua più profonda identità.

Il riconoscimento di tali principi, che convivono nella Costituzione con altri liberamente revisionabili, ha introdotto, a ben vedere, una gerarchizzazione interna alle stesse norme di rango costituzionale. Questa gerarchia materiale, peraltro, non ha ancora raggiunto un livello di stabilizzazione giurisprudenziale tale da tradursi in un preciso ed esaustivo catalogo di principi supercostituzionali. Può solo dirsi, al riguardo, che nelle non frequenti occasioni in cui il tema è stato affrontato nella giurisprudenza costituzionale sono stati qualificati come principi costituzionali supremi, fra gli altri: la sovranità popolare, l'unità e indivisibilità della Repubblica, la laicità dello Stato, l'unità della giurisdizione costituzionale, il diritto alla tutela giurisdizionale in ogni

stato e grado di giudizio, l'autonomia e l'indipendenza della magistratura, i diritti inviolabili dell'uomo e, in particolare, le libertà personale, domiciliare, di corrispondenza, espressamente richiamate dalla previsione generale dell'art. 2, nonché dalle specifiche previsioni degli artt. 13, 14 e 15 della Costituzione.

Varie sono le posizioni della dottrina sulla definizione dei criteri per identificare l'elenco, più o meno esteso, di questi diritti inviolabili e la misura della loro inviolabilità: si pensi, solo per fare un esempio, al diritto alla salute, definito dall'art. 32 come «fondamentale diritto dell'individuo», e alla necessità del suo bilanciamento con l'iniziativa economica privata e con il diritto al lavoro; necessità di recente emersa con il caso ILVA, deciso dalla Corte con la sentenza n. 85 del 2013.

Deve però ribadirsi che, in assenza di elementi testuali certi per identificare tali diritti e, più in generale, i principi supremi, la loro concreta determinazione è rimessa, in definitiva, all'apprezzamento della Corte costituzionale, che concorre, sotto questo profilo, con i soggetti politici nella determinazione dei contenuti storicamente mutevoli della materia costituzionale.

Ciò non deve sorprendere, né alimentare timori di una eccessiva giurisdizionalizzazione dei rapporti fra i poteri dello Stato. Le Corti costituzionali, infatti, sono state concepite e istituite con la funzione di introdurre un limite al potere politico, opponendo alla scelta politica l'applicazione dei principi costituzionali. Ciò inevitabilmente implica anche la loro continua riconformazione e rilettura. Direi, anzi, che nel nostro sistema è proprio questa la vera essenza della funzione di garanzia esercitata dalla Corte costituzionale. Le sue decisioni si pongono, infatti, come limite alla discrezionalità legislativa, nel senso che deve ritenersi riservata alla Corte e preclusa al legislatore la determinazione, sia in positivo che in negativo, del nucleo essenziale dei diritti fondamentali.

Si tratta, con tutta evidenza, di un'operazione delicata e complessa, che non si può svolgere attraverso un approccio atomistico ai singoli diritti, ma che deve invece consistere in un bilanciamento che tenga conto del potenziale conflitto fra più diritti: si pensi, per tornare all'esempio dell'ILVA di Taranto, all'oggettiva difficoltà di conciliare il diritto alla salute con l'iniziativa economica privata e con il diritto al lavoro.

Non è, comunque, questa la sede per proporre una casistica - peraltro mai compiutamente elaborata neanche dalla dottrina - dei limiti alla revisione costituzionale imposti dall'esigenza di tutela dei diritti fondamentali e di rispetto dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale.

4. I limiti formali a garanzia della rigidità della Costituzione: le procedure di revisione

Oltre ai limiti sostanziali già esaminati, la Costituzione italiana prevede anche - come si è detto - un limite espresso formale, consistente nell'aggravamento della procedura di revisione. Abbiamo visto, infatti, che l'art. 138, nell'attribuire il potere di revisione allo stesso Parlamento, fissa alcune condizioni che possono considerarsi abbastanza blande, se messe a confronto con quelle previste dalle Costituzioni di altri Paesi occidentali. Come ho già detto, tali condizioni consistono nella doppia deliberazione a maggioranza assoluta da parte di ciascuna Camera, nell'intervallo non minore di tre mesi tra le deliberazioni, e nell'eventuale referendum.

La tenuità degli ostacoli alla revisione costituzionale risulta con evidenza dalle seguenti considerazioni. Innanzitutto, la maggioranza assoluta prevista dall'art. 138 Cost. è più bassa di quella stabilita, ad esempio, in Germania e Portogallo (due terzi in unica votazione: art. 79 GG tedesca e art. 276 Cost. Portogallo), in Brasile (tre quinti in tre distinte votazioni, art. 60 Cost.), in Liechtenstein (tre quarti con doppia votazione in mancanza dell'unanimità, art. 111 Cost.). Inoltre, mentre in Italia, come in Spagna (art. 167), il ricorso al referendum è meramente eventuale, in numerosi Stati, fra cui la Svizzera (art. 195), l'Irlanda (art. 36), la Danimarca (art. 88), il Giappone (art. 96), esso è obbligatorio e rappresenta perciò un momento indefettibile del procedimento di revisione. Le Costituzioni belga, olandese, danese, svedese, greca e bulgara (rispettivamente agli artt. 195, 15, 88, 137, 110, 156 ss.), sul modello della Costituzione francese del 1791, prevedono addirittura che sul testo di revisione costituzionale si esprimano due distinte legislature e per questo dispongono lo scioglimento automatico delle Camere che hanno approvato la legge di revisione costituzionale in prima lettura. E ciò senza considerare che, al fine di preservare in modo ancor più intenso la rigidità della Costituzione nell'ipotesi di una revisione totale o di una modifica delle sue parti politicamente più significative, sono previsti, nelle Costituzioni austriaca (art. 44, co. 2), svizzera (art. 193) e spagnola (art. 168), procedimenti ulteriormente aggravati rispetto a quello regolante la revisione "parziale". È evidente come, con simili procedure, non siano possibili "colpi di mano di maggioranza" sulle carte costituzionali.

Questa breve rassegna conferma, dunque, inequivocabilmente che il meccanismo attraverso il quale viene assicurata la rigidità della nostra Costituzione è fra i più deboli, in una prospettiva comparata.

Le riforme, poi, della legge elettorale nazionale, con le quali si è

adottata, nel 1993, una formula tendenzialmente maggioritaria e si è introdotto, nel 2006, un meccanismo proporzionale con premio di maggioranza al 55%, hanno vieppiù rafforzato le perplessità della dottrina circa l'effettiva capacità della maggioranza prevista dall'art. 138 Cost. di garantire il coinvolgimento delle forze politiche di opposizione nel procedimento di revisione costituzionale. Si sono, perciò, affacciate proposte dirette ad elevare, fino alla soglia dei due terzi o dei tre quinti, la maggioranza richiesta per l'approvazione delle leggi di revisione.

A onor del vero, deve dirsi che, anche in presenza del sistema elettorale di tipo proporzionale puro come era quello precedente al 1993, le maggioranze di governo – che pure avrebbero potuto in astratto da sole approvare le modifiche costituzionali – hanno sempre preferito percorrere la via diversa di un compromesso con le opposizioni parlamentari. All'epoca, infatti, era comunemente accettata tra le forze politiche la regola non scritta secondo la quale la Costituzione non può essere modificata unilateralmente, né può essere immaginata come il puro prolungamento dell'indirizzo di maggioranza. Questa logica consensuale è stata, però, contraddetta dalle due revisioni costituzionali del 2001 e del 2006, aventi ad oggetto, l'una, la riforma del Titolo V, della Parte seconda della Costituzione, la seconda, ampie modificazioni dell'assetto costituzionale; queste ultime sono state, peraltro, respinte in via referendaria. In effetti, non può negarsi che entrambe tali riforme sono state approvate “a stretta maggioranza” sul finire della legislatura e in un clima di aperta contrapposizione fra il Governo proponente e le forze politiche di opposizione.

5. La tesi, minoritaria, dell'assoluta immodificabilità delle norme sulla revisione costituzionale

Ho già detto che, con il disegno di legge costituzionale approvato dal Consiglio dei ministri il 5 giugno 2013, recante «Istituzione del Comitato parlamentare per le riforme costituzionali ed elettorali e disciplina del procedimento di revisione costituzionale», il Governo ha inteso introdurre una deroga, temporanea e limitata nell'oggetto, alla procedura di revisione costituzionale delineata dall'art. 138 Cost.

Se dovessimo seguire la tesi, originariamente sostenuta da Alf Ross e seguita nel passato da alcuni commentatori anche italiani, tale disegno dovrebbe considerarsi illegittimo, perché diretto a modificare una procedura di revisione costituzionale – quella dell'art. 138 Cost. – che invece, in quanto logicamente sovraordinata alla stessa Costituzione, dovrebbe restare esclusa da ogni revisione. È però chiaro che, nella

sua assolutezza, questa tesi non può essere accolta. Essa è stata, del resto, rigettata dai più autorevoli nostri costituzionalisti (Mortati, Crisafulli, Paladin ed altri), perché, da un lato, le norme sul procedimento di revisione sono gerarchicamente e materialmente pariordinate (e non sovraordinate) alle altre norme costituzionali e, dall'altro, perché detta tesi porterebbe all'effetto paradossale di impedire anche modifiche dirette a rafforzare la rigidità costituzionale, a rendere cioè più difficili le modifiche della Carta.

Il che non significa che l'art. 138 Cost. sia sempre in assoluto modificabile. La sua modifica trova infatti, pur sempre, un limite invalicabile, ancorché inespresso, nel rispetto di principi - diversi da quelli sostanziali di cui si è già detto sopra - senza i quali la garanzia della rigidità costituzionale sarebbe ridotta a vuota forma: la pubblicità, la trasparenza, la discussione, la parlamentarizzazione; principi tutti espressivi della effettività della partecipazione democratica.

6. Il disegno di legge costituzionale del 5 giugno 2013 sul procedimento di revisione costituzionale

Il richiamato disegno di legge del 5 giugno scorso è perfettamente in linea con la pressoché unanime tesi della immutabilità relativa e non assoluta della Costituzione. Del resto, non sarebbe la prima volta che viene approvata una legge costituzionale derogatoria dell'art. 138 Cost. Ciò è già avvenuto con le leggi costituzionali n. 1 del 1993 e n. 1 del 1997, istitutive delle Commissioni bicamerali per le riforme istituzionali presiedute, rispettivamente, dagli onn. Jotti e De Mita e dall'on. D'Alema. Dette leggi affidavano ad una commissione bicamerale la funzione di redigere un testo da sottoporre al Parlamento per l'approvazione in via definitiva e senza possibilità di apportare emendamenti a singole sue parti. Inoltre, il referendum costituzionale, configurato dall'art. 138 come eventuale, subiva una significativa modifica nel senso di essere reso obbligatorio, indipendentemente dalla maggioranza di approvazione della legge costituzionale.

Il nuovo disegno di legge costituzionale non arriva al punto di proporre così rilevanti modifiche alla procedura di revisione. In aderenza all'art. 138 Cost., esso prevede, infatti, che i «progetti di revisione costituzionale» nelle «materie della forma di Stato, della forma di Governo e del bicameralismo, nonché i coerenti progetti di legge ordinaria di riforma dei sistemi elettorali» siano esaminati, «in sede referente» - e perciò non più redigente, da un «Comitato parlamentare per le riforme costituzionali ed elettorali» composto da 20 senatori e da 20 deputati.

Ciascuno di tali progetti deve essere contenutisticamente «omogeneo e autonomo» e sistematicamente «coerente»; ed è trasmesso (anche senza approvazione, ove questa non intervenga entro 4 mesi dalla prima seduta del Comitato) ai Presidenti delle Camere. In relazione ai testi trasmessi, sono comunque consentiti emendamenti, da presentarsi nei tempi e con le procedure dettagliatamente disciplinate dalla legge costituzionale.

Il procedimento di revisione prevede, come si è già detto, due successive deliberazioni di ciascuna delle Camere, con un intervallo, tra la prima e la seconda, non minore di un mese (a differenza dei tre mesi previsti dall'art. 138 Cost.) e deve concludersi entro 18 mesi dalla data di entrata in vigore della legge costituzionale. Diversamente dal procedimento parlamentare di revisione regolato dall'art. 138 Cost., che prevede solo un termine minimo per la revisione, il disegno di legge costituzionale prevede sia un termine minimo sia un termine massimo. Il referendum popolare, a differenza di quanto disposto dall'art. 138 Cost., non è, poi, inibito - come si è pure sopra detto - dall'approvazione della legge, in seconda votazione, con la maggioranza dei due terzi dei componenti.

Almeno a prima vista, sembra ragionevole ritenere che questo disegno di legge rispetti i sopra ricordati principi sottostanti all'art. 138 Cost., intesi a garantire l'effettiva partecipazione democratica alla revisione della Costituzione.

7. Conclusioni

Se il disegno di legge si sottrae a evidenti critiche sotto il profilo degli indicati limiti inerenti al procedimento di revisione, potrebbe prestarsi, invece, a qualche osservazione sotto il profilo del rispetto dei limiti sostanziali alla revisione costituzionale, di cui si detto. Perplessità potrebbero sorgere, ad esempio, in ordine all'interpretazione da dare all'ellittica espressione «forma di Stato», utilizzata nel disegno di legge per indicare uno degli oggetti delle emanande leggi di revisione costituzionale. Tale espressione, ancorché ambigualmente riferita alla «Parte seconda della Costituzione», se non precisata in modo adeguato, potrebbe indicare, quantomeno sotto l'aspetto letterale, materie come la forma repubblicana dello Stato o la forma federalista; materie che, per le ragioni già esposte, non possono essere certamente oggetto di modifiche costituzionali, richiedendo l'esercizio di un vero e proprio potere costituente.

Ciò non significa che il nostro Paese non abbia bisogno di un sistema

istituzionale più dinamico ed efficace, frutto di modifiche della parte seconda della Costituzione. Nel realizzare tali modifiche non vanno però confusi - come talora avviene - il potere costituente con il potere costituito e, quindi, non ci si può affidare al mero consenso della maggioranza politica. Si deve invece tenere ben presente - e qui sta il nocciolo della mia *lectio* - che la Costituzione ha comunque un nucleo immodificabile composto dai principi supremi dell'ordinamento, rispondenti ai valori identitari della comunità, e che il rispetto delle norme componenti tale nucleo è garantito dalla giurisdizione costituzionale.

Considerazioni conclusive

Lorenzo De Angelis

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

Ringrazio di cuore, da parte di Ca' Foscari e mia personale, il Professor Franco Gallo per questa sua splendida lezione della quale abbiamo fruito noi tutti: studenti, dottorandi, docenti e professionisti dei rami più direttamente connessi al mondo del diritto. Lezione che il nostro illustre ospite ha svolto, oltreché con somma padronanza della materia, anche con estrema delicatezza, evitando accuratamente di prendere posizioni che avrebbero potuto mostrarsi non consone alla sua alta carica di Presidente della Corte costituzionale.

Cercando di tirare una conclusione dalla lezione del Prof. Gallo, credo sia opportuno muovere da quel nucleo di princìpi costituzionali supremi che egli ha individuato nei seguenti:

- 1) la sovranità popolare;
 - 2) l'unità territoriale della Repubblica;
 - 3) il diritto alla tutela giurisdizionale;
 - 4) l'autonomia e l'indipendenza della magistratura;
 - 5) i diritti inviolabili della persona (quali il diritto alla salute, al lavoro, alla libertà di iniziativa economica privata e alle altre libertà individuali, politiche ed economiche, costituzionalmente tutelate);
- oltre, ovviamente, all'intangibilità della forma repubblicana dello Stato sancita dall'art. 139 Cost.

L'individuazione di questi princìpi supremi - che in quanto tali sono sovraordinati ad ogni altra espressione legislativa e sono insopprimibili e immodificabili nella loro essenza perché segnano i caratteri fondanti e basilari della Costituzione - è rimessa in via esclusiva alla Corte costituzionale la quale, nell'ambito della propria funzione di giudice delle leggi, deve garantirne un saggio bilanciamento così da assicurare un sostanziale equilibrio del sistema giuridico, che verrebbe frustrato qualora uno di essi, per quanto rilevante, prendesse il sopravvento sugli altri.

Al principio di sovranità popolare è intrinsecamente correlato il principio di maggioranza - o "pregiudizio maggioritario" come lo ha defi-

nito il Prof. Gallo - il quale è a sua volta sottoposto a regole, proprio a salvaguardia dei princìpi fondamentali radicati nella Costituzione.

La supremazia dei suddetti princìpi anche rispetto alla legge costituisce un correlativo limite al potere politico e allo stesso potere legislativo, nel senso che il loro rispetto deve prevalere anche sugli atti approvati dalle maggioranze parlamentari; talché l'opera della Corte costituzionale a cui spetta la potestà di pronunciare l'annullamento delle norme che violino i medesimi princìpi - qualora beninteso non abbia in tal senso provveduto il Parlamento mediante l'emanazione di altre norme abrogatrici di quelle incostituzionali - è anche rivolta alla tutela delle minoranze, che non possono subire l'esercizio di un potere, ancorché espresso dalla maggioranza, che si ponga, e ponga il frutto della sua volontà, al di fuori dell'alveo della legittimità costituzionale. Questo, a ben vedere, è - in un sistema politico liberale sul quale si regge uno Stato di diritto, come quello sostanzialmente configurato dalla nostra Costituzione - il vero limite posto al potere politico. Per quanto il potere della maggioranza sia legittimo, per vero, non è lecito a questa né prevaricare i diritti di libertà né, in termini più generali, agire contro la legge, sia che si tratti di disposizioni normative esplicite sia che si tratti dei princìpi generali dell'ordinamento giuridico. La maggioranza, insomma, può legittimamente prevalere solo se le sue decisioni e i suoi atti vengano assunti in conformità alla legge, specialmente a quei princìpi fondamentali che ne sono la massima espressione e che neppure la legge, neppure la stessa revisione costituzionale, può riformare.

Alla stessa logica soggiace infatti anche il potere di revisione costituzionale il quale - come ha ricordato ancora il Presidente Gallo - è derivato dal potere costituente ed è vincolato al permanere dei princìpi supremi posti a fondamento della nostra Costituzione, sui quali questa è stata eretta dai Padri costituenti e che non possono formare essi stessi oggetto di revisione - come pure la Consulta aveva chiaramente affermato nel 1988 - in modo da non consentire un sovvertimento, neppure in modo "legale", del predetto sistema dei princìpi costituzionali supremi (quali segnatamente quelli etici, politici e di libertà). Potere di revisione costituzionale subordinato poi, sotto il profilo formale, alla procedura c.d. "aggravata", comportante i *quorum* particolarmente qualificati per la formazione delle occorrenti maggioranze e la *lectio duplex* da parte delle due Camere, siccome previsto, all'art. 138, dalla stessa Carta costituzionale per l'eventualità di modificazione della stessa.

Atteso quanto sopra - e ribadito che il potere della maggioranza politica, per quanto legittimo, incontra determinate limitazioni, come è stato poc'anzi ricordato - viene da chiedersi se vi sia un'unica nozione

di maggioranza. Quando parliamo di maggioranza dobbiamo sempre e necessariamente intendere la maggioranza per teste? In altre parole, dobbiamo sempre e necessariamente assoggettarci alla prevalenza del numero? A garanzia *di tutti* - in una prospettiva di revisione costituzionale sicuramente possibile, poiché riguarderebbe il paradigma organizzativo dello Stato, ma non inciderebbe in alcun modo sui principi costituzionali supremi - non si potrebbe pensare all'introduzione di filtri che, lungi dal ledere la democraticità delle istituzioni, fosse di stimolo ad una maggiore partecipazione dei cittadini alla vita democratica del Paese, oggi inequivocabilmente isterilita, come attesta l'elevatissimo tasso di astensionismo (dunque di disinteresse) raggiunto nelle più recenti consultazioni elettorali? Esempi di "democrazia filtrata", sicuramente né tirannici né liberticidi, non sono mancati nella storia: *ex plurimis* può ricordarsi quello intrinseco alla costituzione della Repubblica di Weimar, soppressa - questa sì - dall'avvento di un regime totalitario.

Viviamo attualmente in un momento nel quale un numero sempre maggiore di voci si leva a sostegno di una radicale revisione dell'organizzazione statale, ferma ovviamente restando la forma repubblicana dello Stato. Si discute se, in alternativa rispetto al vigente sistema parlamentare, non sarebbe più proficuo passare ad un sistema presidenzialistico o semi-presidenzialistico, di cui molteplici potrebbero essere le varianti; e si discute altresì se, in alternativa al vigente sistema bicamerale perfetto, non sarebbe più opportuno introdurre la semplificazione estrema del monocameralismo ovvero quella, senz'altro più matura e maggiormente prudentiale, di un bicameralismo "asimmetrico", diversificando così, in quest'ultima ipotesi, il metodo di composizione dei due rami del Parlamento. In tal modo uno di essi - segnatamente la Camera dei deputati - potrebbe venire formato, come attualmente, a suffragio universale, magari avendo cura di reintrodurre il metodo delle preferenze, così da riconsegnare ai cittadini elettori il diritto di scegliere liberamente i deputati di propria fiducia senza doversi vedere paracadutati dall'alto, ossia designati dalle segreterie dei partiti; mentre l'altro ramo - il Senato - potrebbe venire formato in modo diverso, ad esempio su base territoriale, specie regionale, com'è tipico di taluni Stati federali (si pensi, ad esempio, agli Stati Uniti d'America, ove ciascuno Stato, grande o piccolo che sia, esprime due senatori), oppure su base professionale, assegnando a ciascuna categoria economica - e dunque agli imprenditori, ai dipendenti, agli esercenti dei diversi mestieri, arti e professioni, agli esponenti della cultura, etc. - un certo numero di rappresentanti da eleggere nell'ambito delle medesime categorie, nell'intento di privilegiare tutte le espressioni del lavoro, di

ogni tipo e ad ogni livello, accomunati da una pari dignità. Non v'è dubbio che mediante simili sistemi di bicameralismo "asimmetrico" - ed in particolar modo mediante quello consistente nell'introdurre in uno dei due rami del Parlamento i rappresentanti di tutte le categorie sociali in cui si articola la galassia del lavoro - si accentuerebbe l'assunzione di responsabilità dei cittadini presenti nella vita attiva del Paese alla composizione e al funzionamento delle istituzioni democratiche, con ciò rinverdendo un loro effettivo interesse alla partecipazione alla gestione dello Stato, con la conseguenza, fra le altre possibili, di allontanare pericolose derive qualunquistiche, destinate alla lunga a tradursi in un distacco incolmabile fra le istituzioni e il popolo (al quale, in ogni sistema democratico, appartiene la sovranità, anche se esercitata in via indiretta e mediata), con il concreto rischio di consegnare il governo della cosa pubblica ad una sparuta minoranza di professionisti della politica, ossia ad una "casta" vieppiù lontana dai cittadini, ignara dei reali problemi della gente e sorda alle istanze, talvolta drammatiche, che si levano da sempre più numerosi ceti della nazione.

Principio di sussidiarietà orizzontale e regole di diritto privato

Marco Olivi

*Professore associato di Diritto amministrativo
nell'Università Ca' Foscari Venezia*

SOMMARIO: 1. Introduzione. Principio di sussidiarietà e regole dell'attività privata. - 2. Per *incidens*, brevi cenni ad un concetto sociologico e problemi di importazione nel linguaggio e nel mondo del diritto. - 3. Alla ricerca del "capitale sociale" nel mondo del diritto. - 4. Il cosiddetto "terzo settore". Gli istituti del libro primo al servizio del *non profit*. - 5. Tratti tipologici degli enti *non profit* e disciplina formale della solidarietà. - 6. Dal *non profit* al modello dell'impresa sociale. Gli istituti del libro quinto al servizio del sociale. - 7. Breve commento del d.lgs. n. 155/2006. - 8. Capitale sociale e codici etici. - 9. La dimensione sostanziale della sussidiarietà orizzontale. - 10. L'inserimento del principio di sussidiarietà. - 11. Conclusioni. Ipotesi di un criterio fondato sulla distinzione tra diversi piani di svolgimento del principio di sussidiarietà.

1. Introduzione. Capitale sociale e regole dell'attività privata

Il principio di sussidiarietà orizzontale esprime il *favor* per l'autonoma iniziativa dei cittadini singoli e associati per lo svolgimento delle attività di interesse generale.

Senza ripercorrere le definizioni che ne sono state date e senza approfondire il tema del rapporto tra principi e regole, ma solo al fine di indicare la prospettiva delle osservazioni che seguono, ci si limita a richiamare la tendenza che hanno i principi a relativizzarsi di fronte a istituti giuridici dotati di forti tratti di compiutezza, i quali da un lato subiscono per così dire la *vis expansiva* dei primi ma dall'altro li costringono entro i limiti, potremmo dire fisiologici, della positivizzazione.

Il fenomeno può essere descritto come contrapposizione di forze: da un lato i principi spingono l'interprete al superamento delle regole, dall'altro la specificità delle discipline di settore, comprime la *vis expansiva* dei principi entro i confini delle regole.

Per quanto riguarda in particolare il principio di sussidiarietà la misura di questa contrapposizione di forze emerge dalla constatazione di due aspetti.

Dal lato del principio, la *vis expansiva* è evidente innanzitutto se lo si ricollega all'art. 2 della Costituzione⁽¹⁾.

In questa prospettiva, l'autonoma iniziativa dei cittadini singoli o associati per lo svolgimento di attività di interesse generale ha il peso del diritto fondamentale colto tra i principi supremi dell'ordinamento.

Ma soprattutto la *vis expansiva* dipende dal fatto che, prima di essere un principio giuridico, quello della sussidiarietà è un principio politico filosofico⁽²⁾.

In altre parole, esso esprime la traduzione giuridica, o forse meglio l'inserimento nel mondo giuridico di un modo di intendere il rapporto tra individuo e società⁽³⁾.

Per contro, dal lato delle regole, l'autonoma iniziativa dei cittadini, "favorita" per lo svolgimento di attività di interesse generale, non può che rinviare anche agli istituti del diritto privato nei quali appunto esse si declinano⁽⁴⁾.

Queste ultime non nascono come traduzione diretta di un principio

(1) Per il dibattito e le diverse posizioni degli studiosi sul rapporto tra l'art. 2 Cost. ed il principio di sussidiarietà cfr. A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. Pubbl.*, 2002, p. 69 ss. In una prospettiva più ampia il principio di sussidiarietà l'art. 118 u.c. Cost. può essere messo in relazione anche con l'art. 114 Cost. conducendo ad una lettura che vede *la Repubblica* obbligata a favorire l'iniziativa dei cittadini; con l'art. 3, co. 2, Cost.; con l'art. 32 Cost., con l'art. 98 Cost., e condurre ad un nuovo paradigma nei rapporti tra amministrazione e cittadini, cfr. G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Napoli, 2005, p. 182.

(2) Sia l'origine del vocabolo, sia l'origine del concetto sul piano politico sociale e filosofico sono noti. Per un sintetico ma puntuale excursus nonché per la letteratura sul tema, cfr. T.E. FROSINI, *Sussidiarietà (Principio di) (diritto costituzionale) (voce)*, in *Enc. dir. - annali - II*, Milano, 2008, p.1134.

(3) Sull'accesa disputa relativa all'affermazione dell'esistenza di un valore giuridico di tale principio, in contrapposizione alla tesi, propugnata da molti studiosi, che esso costituisca soltanto un principio di tipo etico-politico e di come molti di questi problemi si ritrovano oggi nel dibattito sul principio di sussidiarietà cfr. A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 53.

(4) L'indagine sul rapporto tra principio di sussidiarietà e le norme che ne costituiscono lo svolgimento e l'attuazione è stata affrontata prevalentemente con riferimento ad istituti pubblicistici. Per un'indagine che vede più direttamente affrontati istituti del codice civile cfr. S. LA PORTA, *L'organizzazione delle libertà sociali*, Milano, 2004; D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004; *Autonomia e sussidiarietà. Vicende e paradossi di una riforma infinita*, a cura di L. Ventura, Torino, 2004. Per un'indagine rivolta al rapporto tra sfera economica e sfera sociale L. BRUNI e S. ZAMAGNI, *Economia civile. Efficienza, equità, felicità pubblica*, Bologna, 2007.

politico filosofico, ma sono essenzialmente il frutto di sintesi di diversi principi, di concetti, di ideologie, di stratificazione di soluzioni elaborate nel tempo essenzialmente al fine di risolvere problemi concreti, superare incidenti di percorso, indirizzare comportamenti sociali etc.

Dunque da un lato un concetto non giuridico, dall'altro puntuali regole giuridiche organizzate in istituti che danno luogo ad un sistema compiuto, facendo pensare che il primo abbia ingresso nel mondo del diritto come se fosse posto sui binari di una ferrovia.

Si vuole allora indagare in questa sede non fino a che punto il principio giuridico può condizionare il sistema ma, viceversa, fino a che punto risulta esserne condizionato.

In questa prospettiva dunque si tenterà di evidenziare alcuni possibili riflessi di questa contrapposizione a partire dal basso, cioè dalle regole, guardando al concetto attraverso di esse.

E poiché, come detto, il principio di cui si tratta rinvia ad un concetto di natura non giuridica, appare utile partire dalla nozione sociologica di capitale sociale che, in tema di sussidiarietà orizzontale, potrebbe forse ascrivere tra ciò che si definisce "liminale", o quanto meno può essere considerato un punto importante in quella linea di confine o meglio di passaggio tra sociologia e diritto.

2. Per incidens, brevi cenni ad un concetto sociologico e problemi di importazione nel linguaggio e nel mondo del diritto

Nel suo senso specificamente sociologico, la nozione di capitale sociale allude ad un certo modo di guardare all'organizzazione sociale «a partire dall'analisi del rapporto tra il funzionamento di un sistema sociale e gli attori che lo compongono». L'assunto di partenza è quello per il quale ciascun individuo, in quanto attore sociale *razionale*, si muove all'interno della struttura in cui opera tenendo conto di tutta una serie di relazioni materiali e/o simboliche dalle quali potrà anche trarre benefici personali, nel medio lungo periodo; sì che tali sue azioni si considerano alla stregua di veri e propri «investimenti relazionali» ⁽⁵⁾.

Di qui una serie di definizioni, che colgono uno piuttosto che un altro aspetto del rapporto individuo/sistema sociale dal punto di vista indicato. Sì che il capitale sociale è definito ora «come insieme delle risorse che ineriscono alle relazioni familiari e all'organizzazione so-

(5) F. LO VERDE, *Capitale sociale*, in <http://www.aggiornamentisociali.it/03>.

ziale della comunità e che sono utili per lo sviluppo»; ora come «rete delle relazioni personali e sociali che un attore (...) possiede e può mobilitare per perseguire i propri fini»; ora come «qualità di una relazione sociale che ne fa una risorsa per l'azione razionale, individuale o scorporata, e assume varie forme (...): obbligazioni e aspettative reciproche (fiducia), canali informativi, norme sociali»; ora infine come insieme di «norme e valori che promuovono un comportamento cooperativo fra individui e gruppi sociali. La fiducia, le reti sociali, la società civile, non sono capitale sociale, ma nascono dal capitale sociale che è primariamente un'obbligazione simbolico-religiosa». Mentre, in base ad un primo elementare approccio classificatorio, si distingue tra capitale sociale primario (la famiglia e le reti informali primarie) e capitale sociale secondario (associazioni e reti civiche, comunità politiche, civili, ecc.)⁽⁶⁾.

Non si intende procedere ad approfondimenti in questa direzione, ma ci si limita a riportare queste definizioni perché appaiono utili a presentare il capitale sociale nella sua accezione sociologica come il contesto nel quale dovrà trovare svolgimento il principio di sussidiarietà.

Per riprendere quanto si diceva all'inizio, si potrebbe dire che il principio di sussidiarietà orizzontale impone norme adeguate a produrre capitale sociale e per converso, partendo dal basso, che l'estensione del principio è determinata dalla potenziale idoneità delle norme a produrre capitale sociale.

Ma le stesse definizioni appena riportate sono anche sufficienti per porre una prima questione che deriva dall'inserimento del concetto di capitale sociale nel mondo giuridico.

Appare infatti che nessuna di esse può essere trasposta puramente e semplicemente dal piano sociologico a quello giuridico.

In primo luogo e fondamentalmente per la disomogeneità strutturale delle definizioni giuridico-normative rispetto a quelle sociologiche.

Le prime, come noto, rappresentano pur sempre un enunciato linguistico funzionale alla comunicazione di una regola vincolante (un dovere di comportamento), di una prescrizione formulata in astratto e costituente un imperativo rigidamente formulato nei termini di una fattispecie (secondo lo schema formale «se è A, allora è B»). In quanto norme, le definizioni giuridiche appartengono dunque alla sfera del dover essere e costituiscono modelli generali di comportamento per la collettività di riferimento.

Le seconde viceversa non esprimono una regola vincolante afferente

(6) G. ROSSI, *Il capitale sociale*, in <http://www.assodemos.it>.

alla sfera del dover essere; al contrario, descrivono tipi di comportamento propri della sfera dell'essere, in quanto desunti dalla realtà e mai da essa definitivamente separabili. Da questo primo punto di vista dunque, come i giuristi affermano, i due tipi di definizione manifestano la irriducibilità della distinzione tra essere e dover essere.

In secondo luogo, e di conseguenza, perché, a fronte del contenuto prescrittivo astratto della definizione giuridica, la definizione sociologica descrive accadimenti, comportamenti e relative motivazioni, le quali seppur possono talvolta considerarsi espressivi di regole, di norme sociali (si pensi ai comportamenti reiterati socialmente e condivisi), tuttavia non potranno reputarsi norme in senso giuridico, a meno che non si incorra nel complesso fenomeno della cosiddetta *consuetudine*. Pertanto la normatività eventualmente espressa dai comportamenti sociali non potrà essere equiparata al dover essere in senso giuridico e il giurista certamente non ne potrà parlare in tal senso.

In che senso allora si può parlare di una dimensione giuridica del capitale sociale senza tradire le premesse teorico-metodologiche del discorso del giurista, che è un discorso “sulle” norme giuridiche?

Si può farlo a partire da una prospettiva che non chiami in causa la struttura logica delle proposizioni giuridiche e le relative definizioni, e che piuttosto consideri le norme giuridiche – in tutt'altra dimensione analitica – dal punto di vista degli effetti complessivi sul sistema nel quale operano; ovvero, con altre parole, come alternative di comportamento destinate ad incentivare o disincentivare talune condotte piuttosto che altre.

Si tratta di una prospettiva non del tutto estranea storicamente agli interessi della scienza giuridica, allorché la stessa venga a ciò sollecitata dai frequenti problemi di adattamento dei sistemi normativi alla mutevole problematica sociale, ovvero dal mutamento stesso dei caratteri della legislazione e delle modalità con le quali la tecnica legislativa assume come propri, per regolarli, quelli che si chiamano “i problemi del mondo”.

I sistemi giuridici moderni, infatti, costituiscono potenti e sofisticati fattori di ingegneria e composizione sociale dei rapporti e/o conflitti interpersonali e in tal senso – ed anche in quanto competono nella funzione regolatoria con altri sistemi normativi *anche* non giuridici – sviluppano tecniche evolutive interne rivolte a potenziare e perfezionare la funzione regolatoria in ragione degli input ricevuti dal sistema sociale. Quanto più i problemi del mondo diventano complessi, tanto più i sistemi giuridici ne rielaborano la “visione” e le soluzioni, attraverso tecniche propriamente legislative o prettamente interpretative. Ed in tale complesso fenomeno di evoluzione delle tecniche giuridiche è dato cogliere con sempre più netta evidenza quelle scelte, quelle preferenze politiche nelle quali ve-

rificare poi l'incentivazione o disincentivazione di taluni piuttosto che altri comportamenti⁽⁷⁾.

In una prospettiva di questo tipo si muove - ad esempio - la scuola dell'analisi economica del diritto, la quale assume i postulati dell'economia del benessere e dell'efficienza delle relazioni di mercato per valutare e interpretare in questa chiave le norme giuridiche, individuando, come si usa dire «non la regola giusta, ma la migliore regola giusta».

Ad assumere pertanto una definizione stipulativa di capitale sociale, costruita in senso fortemente relazionale con riferimento all'insieme delle risorse immateriali (fiducia, reciprocità, partecipazione, condivisione, ecc.) che sono in grado di sollecitare un comportamento cooperativo virtuoso fra individuo e gruppi sociali, la rilevanza del capitale sociale sul piano giuridico assume una dimensione tipicamente trasversale. Nel senso che è possibile rilevare in una pluralità di discipline e/o istituti operanti in diversi settori del diritto privato e pubblico norme e tecniche di organizzazione dell'attività giuridica che tendono ad incentivare scelte, decisioni e comportamenti rilevanti sul piano di quelle relazioni e/o di quei valori immateriali che costituiscono il capitale sociale.

La produzione di capitale sociale sarebbe effetto di norme adeguate alle seguenti funzioni:

- fornire gli strumenti attraverso i quali consolidare questi progetti di azione nell'ambito di strutture giuridiche adeguate a garantirne lo svolgimento nel tempo;
- fornire gli strumenti amministrativi attraverso i quali assicurare che le finalità del progetto siano effettivamente perseguite;
- predisporre altri strumenti attraverso i quali garantire adeguate forme di controllo sull'effettivo perseguimento dei fini;
- fornire strumenti per far sì che tali progetti siano riconosciuti e valorizzati nel contesto esterno di riferimento attraverso esplicite forme di adesione e/o di valorizzazione;
- da ultimo, fornire strumenti dinamici e flessibili di crescita adeguati al contesto socio-economico di riferimento ⁽⁸⁾.

(7) Sul tema dell'incentivazione delle scelte migliori al fine di introdurre pratiche di buona cittadinanza a partire dalla consapevolezza dell'irrazionalità umana si rinvia all'interessante e piacevole lettura di R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge - La spinta gentile*, Milano, 2009.

(8) Osservata da questa specifica prospettiva, la disciplina giuridica delle associazioni private potrebbe rispondere ai requisiti richiesti per la produzione di capitale sociale, ed esserne anzi il principale strumento di realizzazione. Considerate le funzioni indicate nel testo, a ciascuna di esse è possibile in astratto ricollegare taluni elementi di tale disciplina: dall'autonomia statutaria (espressione della libertà costituzionale di associazione), considerata nei suoi aspetti strettamente normativi (i patti tra gli associati relativi agli

3. Alla ricerca del “capitale sociale” nel mondo del diritto

Le relazioni familiari. La famiglia è la prima rete di connessione tra individui che sviluppa rapporti di solidarietà e di cooperazione. È noto che la riforma del diritto di famiglia del 1975 ha cancellato il modello di famiglia patriarcale (fondato sul principio dell'autorità e della gerarchia) e vi ha sostituito quello della famiglia mononucleare, interamente ispirato al principio della parità dei coniugi e del diritto dei figli ad una educazione rispettosa delle loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni. Lealtà, fedeltà, assistenza reciproca, condivisione dell'indirizzo da imprimere alla famiglia, sono tutte “risorse” che il diritto di famiglia mette in campo per definire quella “comunione spirituale e materiale” che è alla base del vincolo matrimoniale e ne costituisce ragione giustificativa della sua permanenza.

Mentre la recente riforma in materia di affidamento dei figli minori in caso di separazione individua nell'*affidamento condiviso* ad entrambi i genitori la soluzione che il giudice deve prioritariamente valutare, allo scopo di consentire ai figli di mantenere un rapporto «equilibrato e continuativo» con i due genitori, e di «conservare rapporti significativi» con i nonni e i parenti di ciascun genitore.

La disciplina così sommariamente indicata rappresenta un modello giuridico probabilmente unico di un'organizzazione interpersonale, costruita sulla base di legami naturali di sangue, ma anche sullo sviluppo di una serie di relazioni cooperative e di fiducia tra i membri originari e quelli successivamente sopravvenuti.

Ciò che preme osservare, comunque, proprio allo scopo di comprendere la dimensione giuridica del capitale sociale e l'operare del diritto in chiave *promozionale*, è la fondamentale circostanza per cui nel diritto di famiglia l'inosservanza dei doveri reciproci di solidarietà e cooperazione (fra i coniugi e fra i genitori e i figli) non ha mai come conseguenza -né potrebbe mai avere- l'adempimento coatto del comportamento prescritto, ma può tutt'al più avere uno sbocco di tipo transattivo/procedimentale⁽⁹⁾,

scopi e ai mezzi dell'associazione), come organizzativi (previsione di organi e competenze deliberative, di indirizzo, amministrative e di controllo); alla scelta delle modalità di costituzione dell'ente: con o senza personalità giuridica; alla previsione della tipologia di attività (*profit* o *non profit*) e di rapporti con i terzi; fino alla disciplina concernente le vicende e l'estinzione dell'ente (dalla trasformazione alla destinazione degli utili e del saldo finale di liquidazione); e così via.

Nella stessa chiave analitica potrebbero valutarsi gli istituti e la disciplina delle cooperative, tutelati - come la libertà di associazione - già a livello costituzionale.

(9) Ci si riferisce alla previsione di cui all'art. 145 c.c., ai sensi della quale in caso di disaccordo dei coniugi sull'indirizzo da imprimere alla vita familiare, il giudice può

ovvero nei casi più gravi la sospensione ed eventualmente la rottura del vincolo coniugale.

La produzione del capitale sociale familiare – come si diceva – è promossa non imposta dal diritto di famiglia. Ove la famiglia non raggiunga o non riesca a conservare di fatto il modello di cooperazione paritaria auspicato dal legislatore, resta sempre nella disponibilità dei coniugi la decisione di mantenere o di sciogliere il vincolo matrimoniale.

Le relazioni socio-economiche. In questa materia, gli istituti che incentivano e promuovono la formazione di relazioni cooperative, di rete e di fiducia, si riscontrano fra le pieghe del diritto privato e dell'economia, segnatamente nella disciplina di enti e istituzioni i cui principi organizzativi siano tali da assecondare forme di partecipazione alle decisioni collettive e/o di gestione dell'attività istituzionale che non siano strettamente legate ad una posizione economico patrimoniale, o strettamente finalizzate al perseguimento di un obiettivo di mero profitto.

E così, se il diritto delle associazioni private ha fornito gli strumenti giuridici idonei a dar forma ad ogni tipo di libera aggregazione, come a tutti i movimenti politici e sindacali che hanno rappresentato (e rappresentano) i nodi fondamentali delle moderne reti sociali di cooperazione; parallelamente il diritto delle imprese private ha sviluppato attraverso la disciplina delle società mutualistiche una tecnica di organizzazione dell'impresa a carattere non spiccatamente capitalistico, e perciò idonea a promuovere – nel senso più volte chiarito – forme di cooperazione fiduciaria non egoistica, espressive di una logica sì di natura economica, ma pur sempre alternativa a quella propria dell'impresa societaria capitalistica.

Fra tali due estremi, tuttavia, simbolicamente rappresentati dalla collocazione della relativa disciplina, rispettivamente nel libro I (il libro delle persone e della famiglia), e nel libro V del codice civile (il libro del lavoro e dell'impresa), l'esperienza degli ordinamenti moderni ha visto crescere la variegata fenomenologia del "sociale", ovvero le cosiddette "istituzioni della solidarietà"; così definite per indicare un'area di relazioni sociali non mediate dal denaro e dal mercato, e nemmeno dal potere amministrativo, bensì da quell'altra risorsa di integrazione sociale – per l'appunto la solidarietà di cui all'art. 2 Cost. – che consente di soddisfare bisogni e interessi legati allo svolgimento della personalità

essere richiesto di trovare una soluzione "adeguata" alle esigenze dell'unità della famiglia, non senza aver prima tentato di favorire una soluzione "concordata". La norma introduce una tecnica di mediazione dei conflitti endofamiliari, intesa a ripristinare attraverso un procedimento di consultazioni di tutti i componenti della famiglia quella rete di solidarietà e collaborazione fiduciaria nell'interesse di tutti, che non si riesce a conservare spontaneamente.

umana in ogni contesto e formazione sociale, ovvero alla soluzione di questioni socialmente rilevanti⁽¹⁰⁾.

In questo ambito di relazioni, dunque, le istituzioni giuridiche che sembrano incorporare una spiccata vocazione verso il “capitale sociale” si presentano estremamente variegata e diversamente connotate nel tempo.

Un’esperienza storicamente assai significativa di istituzioni economiche fortemente radicate nel territorio, organizzate secondo principi intesi a rafforzare i legami sociali tra categorie e tra l’ente e queste ultime, è quella delle Casse di Risparmio⁽¹¹⁾. Nate come istituzioni sociali capaci di coniugare credito e beneficenza, si sviluppano come banche pubbliche, sintesi e commistione fra economia e politica, e si estinguono sdoppiandosi in banche possedute da fondazioni; a loro volta destinate ad emanciparsi dalla funzione bancaria per dedicarsi istituzionalmente alla realizzazione di scopi sociali⁽¹²⁾.

Si tratta di un esempio assai importante di istituzioni capaci di sviluppare la produzione di capitale sociale attraverso lo svolgimento di attività economiche –il credito– finalizzate alla crescita sociale, il cui profitto veniva esplicitamente destinato alle esigenze dello sviluppo locale. Ne siano prova i due principi caposaldo della vecchia organizzazione delle Casse: la provenienza pubblico-sociale degli amministratori (rappresentanti del territorio e non del capitale) e il divieto di distribuire utili.

Nel momento attuale, l’idea che anche nei rapporti economici tra imprese si possano valorizzare le connessioni virtuose fra le stesse, attraverso norme di incentivo alla cooperazione innovativa e di sviluppo, sono formulate con riguardo al fenomeno delle cosiddette reti di imprese⁽¹³⁾.

(10) Sul tema si rinvia alla ricca monografia di G. VECCHIO, *Le istituzioni della solidarietà*, Napoli, 1998, fondamentale dedicata al sistema delle associazioni di diritto privato, ma teoricamente incentrata sul valore non solo simbolico dell’art. 2 Cost., quale norma che sintetizza la concezione individualistica dell’uomo e quella «fondata sul riconoscimento della insopprimibile socialità dell’esperienza» (*op. cit.*, p.73 ss.).

(11) Sul punto cfr. C. CAMARDI, *Le Casse di risparmio. Banche pubbliche e modello societario*, Milano, 1988.

(12) Sul processo di trasformazione delle Casse di risparmio e sulla travagliata vicenda delle fondazioni bancarie, si veda F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, p. 75 ss. In Giurisprudenza Corte Cost. n. 300/2003 e n. 301/2003, in *Giur. Cost.*, 2003, rispettivamente con note di A. PERTICI, G. ROSSI, G. GRÜNER, *Le fondazioni di origine bancaria tra pubblico e privato*, *ivi*, p. 2606 ss. Cfr. anche M. CLARICH, A. PISANESCHI, *Fondazioni bancarie: ultimo approdo?*, in *Giorn. dir. amm.* 2003, p. 1267.

(13) Il contratto di rete è stato introdotto ad opera dell’art. 3, co. 4-ter, della l. 9 aprile 2009, n. 33. Sulle reti di imprese si rinvia, anche per l’attenzione al contesto sociale ed economico e per la puntuale bibliografia, al saggio di G. GUZZARDI, *Note preliminari allo studio del contratto di rete*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 501 ss. Si segnala inoltre la ricerca di F. CAFAGGI, GIAN DOMENICO MOSCO, *Contratti di rete: un’analisi comparativa*, in <http://www.>

Formazioni di imprese autonome, normalmente di piccole dimensione, legate da un medesimo piano di attività, stabilmente connesse e interdipendenti (si pensi alle ipotesi delle filiere produttive di subfornitura o delle imprese legate nella formula del franchising), rispetto alle quali si propone una disciplina intesa a valorizzare trasparenza, parità di trattamento e cooperazione, al tempo stesso sanzionando comportamenti opportunistici posti in danno della “rete” unitariamente intesa.

4. Il cosiddetto “terzo settore”. Gli istituti del libro primo al servizio del non profit

Per svolgere una breve ricognizione degli istituti ai quali è riconoscibile quella funzione promozionale e di incentivo di comportamenti idonei a sviluppare “capitale sociale”, la prima categoria che viene in discussione è quella comunemente ricondotta agli enti del “terzo settore”, ovvero gli enti *non profit*.

Nella letteratura tradizionale, l’affidamento di attività caratterizzate sotto il profilo della solidarietà ad enti collocati nel libro primo del codice civile, e perciò istituzionalmente privi di scopo di lucro, esprime la vecchia ideologia della “naturale” meritevolezza delle istituzioni non lucrative e dell’attività di erogazione da essi svolta sul piano sociale. E conseguentemente della “naturale” inadeguatezza delle istituzioni lucrative e dell’impresa economica sul piano dell’organizzazione di comportamenti cooperativi/partecipativi e del raggiungimento di effetti socialmente benefici⁽¹⁴⁾.

In tale prospettiva l’ente *non profit* tradizionale appare *l’alter ego* del soggetto pubblico erogatore. Entrambi rappresentano gli strumenti elettivi di attuazione di una logica redistributiva di beni o servizi meritori o di denaro, secondo modalità e tipologie differenti, e però quasi tutte accomunate dalla caratteristica di dar vita ad attività gratuite-erogatorie nei confronti dei terzi, « secondo criteri di giustizia allocativa ... che prescindono sia dalla retributività reciproca dei rapporti di scambio, sia dalla logica autoritativa dei rapporti amministrativi »⁽¹⁵⁾. Tale caratteristica

fondazionebrunovisentini.eu, e *Le reti di imprese e i contratti di rete*, a cura di P. Iamiceli, Torino, 2009.

(14) Così A. ZOPPINI, *Relazione introduttiva ad una proposta per la disciplina dell’impresa sociale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 335, costituente la sintesi della ricerca commissionata dal Gruppo di Lavoro mercato sociale del CNEL e presentata al CNEL il 12 maggio del 2000.

(15) In tal senso G. VECCHIO, *Le istituzioni*, cit., p. 151, per individuare il carattere comune delle associazioni a scopo legale di solidarietà.

di gratuità è stata posta altresì alla base di una disciplina promozionale e di incentivo, fondamentale basata su un regime fiscale di favore, tale da far affermare a qualcuno che gli istituti del non profit dessero vita ad una categoria del diritto tributario, piuttosto che ad una categoria rilevante sul piano del diritto civile.

E tuttavia la letteratura sul *non profit*, proprio in quanto realizzato da organizzazioni collettive di stampo prevalentemente associativo destinate di una disciplina di favore, si è da ultimo dedicata ad una riflessione critica sulle forme organizzative prescelte dal legislatore, mettendone in evidenza i rischi legati alla deriva assistenzialistica, alla “naturale” conduzione in perdita, alla endemica sottocapitalizzazione. Si è messo in evidenza, in altri termini, come tutto quanto si ascriva ai vantaggi del non profit possa tuttavia generare effetti perversi⁽¹⁶⁾.

L'attenzione si concentrava così su taluni elementi normativi propri del non profit tradizionale, quali:

- la non contendibilità della proprietà e quindi la sottrazione di tali enti al giudizio del mercato: chi può aver mai interesse ad acquistarli?
- il divieto di attingere al mercato per finanziarsi e il ricorso invece a donazioni, fondi pubblici, agevolazioni fiscali e altre risorse esterne non correlate a parametri di efficienza;
- il divieto assoluto di distribuzione degli utili, cui consegue il disinteresse all'investimento in quelle iniziative da parte di soggetti privati, che mai vedrebbero remunerato il loro investimento.

Tutto questo può incentivare, piuttosto che comportamenti virtuosi cooperativistici e partecipativi, comportamenti opportunistici o parassitari, se non addirittura la sopravvivenza di organizzazioni obsolete, la cui giustificazione si ritrova soltanto nella disciplina di favore riconosciuta dall'ordinamento⁽¹⁷⁾.

Ciononostante, gli enti non profit presentano anche vantaggi competitivi, riconducibili proprio al principio giuridico della non lucratività. Essi offrono, infatti, un'alternativa alle inefficienze delle prestazioni assistenzialistiche del, così come alle incapacità del mercato di fornire beni meritori, comunicando il messaggio per cui la soddisfazione delle esigenze sociali non è sempre sacrificata al guadagno privato. Si diffonderebbe in tal modo la cultura della solidarietà, intesa a colmare quel vuoto di risposte a domande sociali che Stato e Mercato non sono in grado di fornire.

(16) A. ZOPPINI, *op. cit.*, p.344 ss.

(17) A titolo esemplificativo, si cita il caso (americano) di enti *non profit* con scopo di assistenza alimentare, i quali erogano prodotti invenduti di grandi *companies* alimentari, peraltro controllanti, le quali in tal modo possono smaltire l'invenduto, lucrando per di più le detrazioni fiscali associate alle donazioni liberali.

Insomma i tradizionali strumenti giuridici del non profit possono essere ambivalenti. Così, l'agevolazione fiscale: se può risolvere i problemi di costante sottocapitalizzazione dovuti al mancato ricorso al mercato dei finanziamenti, può determinare effetti distorsivi della concorrenza e del mercato, nella misura in cui sollecita l'adozione di quello schema legale e di attività al solo scopo di fruire di benefici fiscali e/o di godere di eventuali rendite di posizione. Nei quali casi, l'inefficienza introdotta sul mercato, in luogo di una auspicata innovazione dei servizi, lascerebbe l'agevolazione pubblica priva della necessaria giustificazione⁽¹⁸⁾.

In questa chiave critica, non è inutile un breve cenno sulle figure tipiche di enti non profit istituite con leggi specifiche, al di fuori dell'ambito del codice civile⁽¹⁹⁾, e ritenute l'antecedente logico della più recente disciplina dell'impresa sociale.

5. *Tratti tipologici degli enti non profit e disciplina formale della solidarietà*

- Degna di attenzione in primo luogo la disciplina del volontariato introdotta con la l. 11 agosto 1991, n. 266. Sul piano giuridico spiccano per un verso la chiarezza della definizione dell'attività di volontariato in chiave di assoluta solidarietà e gratuità⁽²⁰⁾; per altro verso la vaghezza con la quale si individuano le organizzazioni di volontariato, individuate come «ogni organismo liberamente costituito al fine di cui all'art. 2, che si avvalga in modo determinante e prevalente delle prestazioni personali, volontarie e gratuite dei propri aderenti»⁽²¹⁾. Si tratta del tipico ente senza scopo di lucro e ad attività prettamente erogatoria. Né è prova ulteriore il contenuto dell'art. 5, il quale, nell'elencare le risorse economiche con le quali gli enti sostengono

(18) Per queste considerazioni, v. anche A. FUSARO, *I modelli imprenditoriali nella legislazione di terzo settore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p.291

(19) Sulla normativa codicistica, quale risultante oggi, si vedano invece i volumi *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni. Riforma del diritto societario e enti non profit*, a di A. Zoppini e M. Maltoni, Padova, 2007; e *Fondazioni. Tra problematiche pubblicistiche e tematiche privatistiche*, a cura di G. Palma e P. Forte, Torino, 2008.

(20) Intesa come attività «prestata in modo personale, spontaneo e gratuito (...) senza fini di lucro anche indiretto ed esclusivamente per fini di solidarietà» (art. 2, l. n. 266/1991).

(21) Art. 3, l. n. 266/1991, che prescrive anche quale contenuto necessario dell'atto costitutivo e/o dello statuto le previsioni relative all'assenza di fine di lucro, alla democraticità della struttura, alla gratuità ed elettività delle cariche associative.

la propria attività, aggiungono alle diverse varietà di contributi esterni liberali, anche le «entrate derivanti da attività commerciali e produttive *marginali*»⁽²²⁾. Inutile precisare che gli enti di volontariato dispongono di agevolazioni fiscali (art. 8).

- Tecnicamente più precisa la disciplina di cui al d.lgs. 4 dicembre 1997, n. 460, art. 10, dedicato al riordino della disciplina tributaria degli enti non commerciali e delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale (ONLUS). Sono considerate ONLUS le associazioni, le fondazioni, i comitati, le cooperative, e gli altri enti privati che prevedono di svolgere attività in uno dei settori indicati dalla norma⁽²³⁾; e che soprattutto prevedano negli statuti taluni requisiti di organizzazione e struttura, tali da assicurare l'assenza di scopo di lucro e l'esclusivo perseguimento di fini sociali; le quali sono assicurate, rispetto a talune attività, dalla destinazione dei servizi a persone "svantaggiate" in ragione di condizioni personali o economico-sociali. Nelle ONLUS sono riversate le associazioni di volontariato.
- Viene in rilievo poi la l. 7 dicembre 2000, n. 383, che introduce la disciplina delle Associazioni di promozione sociale, esplicitamente posta in attuazione degli artt. 2, 3, 4, 9, 18 Cost. per valorizzare l'associazionismo liberamente costituito come espressione di solidarietà pluralismo e partecipazione (art. 1). Come per le altre istituzioni di solidarietà, sono previste norme intese a garantire l'assenza di scopo di lucro, l'elettività delle cariche, l'obbligo di redigere rendiconti finanziari; e norme che fissano la capacità di reperire risorse economiche nei contributi esterni e nello svolgimento di attività economiche «svolte in maniera ausiliaria e sussidiaria, e comunque finalizzate al raggiungimento degli obiettivi istituzionali» (art. 4). Rispetto a quella delle altre figure, tale disciplina si distingue per la presenza di una ricca normativa pubblicistica sui registri e Osservatori dell'associazionismo.
- Da ultimo le fondazioni di origine bancaria. Protagoniste dal 1990 di un interminabile iter legislativo, costellato da interventi del Consiglio di Stato e della Corte Costituzionale, volti a dirimere feroci controversie istituzionali tra le fondazioni medesime e l'esecutivo (risolte dalla

(22) Poi individuate con riferimento a vendite occasionali e somministrazioni in casi di eventi, ricorrenze e celebrazioni; vendite di beni prodotti dagli assistiti e dai volontari, *et similia*. Sul punto, A. FUSARO, *op. cit.*, p. 296 ss.

(23) Assistenza, sociale, sanitaria, beneficenza, istruzione, istruzione, formazione, sport, arte e cultura, università e ricerca, diritti civili. Su questo modello organizzativo di *non profit*, si vedano i contributi raccolti nel volume *Le ONLUS tra codice civile e legislazione speciale*, a cura di M. Labriola, Napoli, 2000.

sentenza n. 301/2003 della Corte), le Fondazioni di origine bancarie sarebbero ormai persone giuridiche private, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale che operano pienamente nel *non profit*, con una dimensione territoriale assai accentuata - come peraltro nella tradizione delle 'progenitrici' Casse di risparmio - alla stregua di veri e propri «soggetti dell'organizzazione delle libertà sociali»⁽²⁴⁾. Possono svolgere attività di impresa, purché strumentale ai fini statutari, nel senso della omogeneità del settore di attività e della finalizzazione al raggiungimento dei fini statutari.

Come è stato efficacemente osservato, la legislazione del terzo settore procede per accumulo di interventi successivi, fino alla moltiplicazione di «tipi legali connotati in ragione delle particolari finalità perseguite, le quali vengono valorizzate addizionandosi al requisito negativo ... della preclusione circa la distribuzione degli utili»⁽²⁵⁾. E tuttavia, per quanto la legislazione sul punto si sia via via evoluta, nessuna delle figure tipiche di enti *non profit* rappresenta un vero modello imprenditoriale. E ciò sia in ragione della costante previsione di forme di finanziamento non mercantili; sia in ragione della marginalità o strumentalità assegnate all'eventuale svolgimento di attività imprenditoriali.

Per trarre delle riflessioni di sintesi in relazione alla dimensione giuridica del capitale sociale, tali figure legislative rappresentano un modello normativo di promozione della formazione di reti di relazioni efficaci in prevalenza sul terreno sociale e politico. L'utilizzazione del modello associativo e/o fondazionale (anche a base associativa) si è affermata per conferire rilevanza giuridica alla dimensione della solidarietà sociale, espressa mediante attribuzioni essenzialmente gratuite di beni o servizi, ed ha certamente segnato una fase importante della storia delle istituzioni sociali, ed allo stesso tempo ha evidenziato le contraddizioni e gli inconvenienti prima segnalati sul piano della efficienza della gestione e dell'assetto complessivo del mercato.

La preferenza per il modello associativo ha assecondato, peraltro, l'idea di una presunta separatezza dell'*agire solidale* rispetto all'*agire economico*, e la conseguente convinzione che tale separatezza potesse essere conservata soltanto all'interno di "forme giuridiche" del diritto civile non contaminate, né contaminabili, dalla logica economicistica di

(24) Così il Comunicato stampa dell'ACRI, dopo la pubblicazione della citata sentenza della Corte Costituzionale n.301/2003, che ristabiliva una volta per tutte i confini tra l'autonomia statutaria delle Fondazioni e i poteri del Ministero del Tesoro. Vedilo in <http://www.acri.it>. I testi di questa sentenza e della pronuncia n. 300 si trovano in <http://www.costituzionalismo.it>.

(25) A. FUSARO, *op. cit.*, p. 300 ss.

cui sono intrise invece le figure societarie del diritto commerciale ⁽²⁶⁾. Il diritto delle associazioni private e delle fondazioni, infatti, snellito delle incrostazioni disciplinari che ne impedivano – ad esempio – gli acquisti immobiliari, si presenta elettivamente come diritto dei gruppi, cioè degli “uomini”, nel quale ciò che conta non è il conferimento di un capitale, ma la condivisione di un progetto e la disponibilità a realizzarlo attraverso l’azione collettiva.

6. *Dal non profit al modello dell’impresa sociale. Gli istituti del libro quinto al servizio del sociale*

La descritta ideologia è stata negli ultimi tempi parzialmente superata nell’ambito di una riflessione consapevole non solo dei limiti strutturali e funzionali degli enti del terzo settore, ma soprattutto della necessità di ripensare la produzione di beni meritori e le stesse forme dell’agire altruistico in un’ottica attenta alle regole del mercato e ai costi sociali complessivi indotti da ogni scelta allocativa ⁽²⁷⁾.

Comincia il dibattito su una formula organizzativa, apparentemente frutto di un ossimoro: la formula della “impresa sociale”. Espressiva in realtà di nuove prospettive, sol che si rinunci all’ideologia del non profit come mondo separato e inavvicinabile a quello dell’impresa.

Un primo passo verso questo avvicinamento, invero, si era compiuto attraverso la disciplina delle cooperative sociali, introdotta con la l. 8 novembre 1991, n. 381, con lo scopo di perseguire «l’interesse generale ... alla promozione umana e all’integrazione sociale dei cittadini», attraverso due modelli: *a)* la gestione diretta di servizi socio-sanitari; ovvero *b)* lo svolgimento di altre attività agricole, industriali, commerciali o di servizi, finalizzate all’inserimento lavorativo di «persone svantaggiate» (art. 1)⁽²⁸⁾.

(26) Proprio in questa chiave si spiegano peraltro le interminabili dispute sulla possibilità di applicare o meno lo statuto dell’imprenditore commerciale alle associazioni o fondazioni titolari di impresa, seppur di imprese espressamente consentite solo in quanto strumentali o marginali rispetto allo scopo istituzionale perseguito. In argomento, A. FUSARO, *op. cit.*, p. 297 ss.

(27) Per tutti, A. ZOPPINI, *op. cit.*, p.338 ss.

(28) Si tratta dei due modelli di cooperativa sociale introdotti dal provvedimento citato, dei quali solo il secondo si riteneva conforme allo spirito della cooperativa (V. BUONOCORE, *Può esistere l’impresa sociale?*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 839 ss.). L’art. 4 della legge definisce poi persone svantaggiate «gli invalidi ...gli ex degenti di istituti psichiatrici, ... i tossicodipendenti, gli alcolisti» ed altri soggetti socialmente emarginati dai circuiti lavorativi di mercato.

Alle cooperative sociali titolari di tali attività di impresa si applica la disciplina del settore nel quale esse operano (art. 1, co. 2)⁽²⁹⁾.

Successivamente, con l'introduzione del d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155, contenente la disciplina dell'impresa sociale, raggiunge il suo esito il dibattito inteso a superare la logica meramente distributiva del non profit tradizionale e la vecchia ideologia della "naturale" meritevolezza delle istituzioni non lucrative sul piano del "sociale". Quel dibattito porta avanti per contro la nuova idea della fungibilità dell'impresa (che svolge attività economica) al raggiungimento di fini sociali, e ciò in due precisi significati:

a) innanzitutto con riguardo alla possibilità che anche le istituzioni del libro I esercitino attività di impresa;

b) in secondo luogo con riguardo alla possibilità che le istituzioni del libro V esercitino imprenditorialmente attività rilevanti sul piano sociale e dirette alla produzione di beni meritori.

Di qui la nuova idea che l'impresa sia un concetto giuridico neutro rispetto alla forma giuridica in cui è esercitata e alle finalità cui è piegata. Con l'unica pregiudiziale condizione che l'impresa si presenti organizzata in maniera tale da garantire la separazione e destinazione esclusiva del suo patrimonio ai fini cui essa è rivolta: occorre cioè la garanzia della non lucratività sul piano soggettivo⁽³⁰⁾.

Di qui, ancora, l'idea che «sia giunto il tempo di abbandonare l'atteggiamento mentale di chi collega impresa solo ad attività speculativa nel senso deteriore del termine», e che «occorre pensare all'impresa se non proprio alla stregua di una mera struttura (...) per lo meno come un modo di esercizio dell'attività - ribadisco qualunque attività - attraverso il quale non ci si proponga a tutti i costi un fine meramente speculativo, essendo sufficiente una gestione ispirata a principi di economicità e produttività»⁽³¹⁾.

Il ricco dibattito sull'impresa sociale⁽³²⁾ si sviluppa così a partire da diversi punti di vista:

(29) Sulle cooperative sociali e sulla successiva disciplina delle stesse nell'ambito della nuova normativa sull'impresa sociale, si vedano le osservazioni di A. FICI, *La legge delega sull'impresa sociale e i futuri scenari per il terzo settore (con particolare riguardo alle cooperative sociali)*, in <http://www.judicium.it>.

(30) Sul punto si vedano le brillanti osservazioni di A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 341 ss.

(31) Sono parole di V. BUONOCORE, *op. cit.*, p. 837 ss.

(32) Occorre avvertire che il dibattito ha avuto una vasta eco anche a livello comunitario, sollecitando la formazione di gruppi di studio nell'ambito di tutti i paesi europei e fra studiosi di diverse nazionalità. Una buona informazione in ordine a ciò in A. FUSARO, *Commento a La nuova disciplina dell'impresa sociale*, a cura di M.V. DE GIORGI, Padova 2007, p. 18 ss. Tra i diversi progetti si cita in particolare quello a cura di F. CAFAGGI, *Modelli di governo, riforma dello Stato sociale e ruolo del terzo settore*, Bologna 2002.

- a) *giuridico economico*. Occorre innanzitutto chiedersi quali siano i vantaggi competitivi dell'impresa sociale - rispetto a quelli resi dagli enti *non profit* - in un contesto asimmetrico dove si registrano inefficienze sia della mano pubblica che del mercato. Per rispondere a questa domanda occorre valutare l'impatto di mercato della scelta di far produrre all'impresa sociale questi o quegli altri possibili beni pubblici; gli effetti della sottrazione dell'impresa sociale alle regole della concorrenza, sottoponendola ad uno statuto differenziato rispetto alle imprese profit; gli effetti delle agevolazioni fiscali, che potrebbero essere positivi in taluni settori sensibili (salute) e negativi in altri; gli effetti della sottrazione al fallimento dal punto di vista del finanziamento e dell'accesso al capitale di debito⁽³³⁾;
- b) *giuridico sociale*. In questo quadro, l'impresa sociale è presa in considerazione come alternativa al Welfare e alla politica dei servizi pubblici locali e come nuova tecnica di controllo sociale delle attività private nella nuova dimensione di un'economia di mercato "regolata". In tal senso si dice che l'impresa sociale può generare capitale sociale, nella misura in cui accresce la fiducia verso il libero mercato, cioè educa ed incentiva i cittadini a progettare attività economiche dirette a fini sociali, intercetta risorse economiche private, svolge insomma attività di interesse generale. Ciò risalta nella l. n. 155/2006 attraverso il divieto che le imprese sociali siano controllate da società lucrative e da enti pubblici. Inoltre l'impresa sociale sviluppa forme di controllo sociale nuove. Il bilancio sociale rende rendicontabili i beni relazionali e abitua il cittadino a riconoscere le imprese che innovano da quelle che non lo fanno, mentre gli *stakeholders* potrebbero essere coinvolti con forme di certificazione, che potrebbero aiutare a combattere le pratiche delle pubbliche amministrazioni locali verso forme di pretestuose riedizioni delle aziende municipalizzate. In questa prospettiva l'impresa sociale è vista come antidoto contro il pericolo di una deriva pubbli-aziendalistica o neostatalista dei servizi pubblici⁽³⁴⁾.
- c) *giuridico organizzativo*. In questo quadro, l'attenzione si concentra

(33) In tal senso, oltre A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 353 ss., anche M.V. DE GIORGI, *Note introduttive*, e G. PONZANELLI, *Impresa sociale: le nuove frontiere del non profit*, in commento a *La nuova disciplina dell'impresa sociale*, cit., p. 1 e p.10 ss.

(34) In tal senso, G. GUERINI, *La sfida dell'impresa sociale: generare "capitale sociale"*, in *Enti non profit*, 2006, n. 10, p. 574 ss. Per un modo di affrontare lo stesso problema, ma su tutt'altre coordinate, vale a dire in una nuova prospettiva tesa a spostare il focus dall'organizzazione dei servizi pubblici al regime delle attività cfr. G. FONDERICO, *Il comune regolatore - Le private e i diritti esclusivi nei servizi pubblici locali*, Pisa, 2012.

sulla valutazione dei profili relativi alla *governance*, introducendo il modello cosiddetto tripartito, fondato sulla separazione tra attività di indirizzo, amministrazione e controllo. Si reputano essenziali la base democratica (poteri di informazione, partecipazione e di intervento degli associati, cui facciano da riscontro precisi doveri degli amministratori), e l'avvicendamento degli amministratori per evitare cristallizzazioni nella gestione e inefficienze di ritorno; ancora la previsione di doveri fiduciari degli amministratori e di controlli sul loro operato, sia di tipo contabile, che di tipo politico sul rispetto dei fini istituzionali (di qui, ancora, l'importanza del bilancio sociale). Mentre si ritiene necessario garantire e sviluppare le (reti di) relazioni con i lavoratori e i beneficiari, integrandoli nei processi decisionali quantomeno attraverso la previsione di diritti di informazione e controllo, e di accesso ai documenti, ed evitando tecniche di cogestione nell'impresa.

7. Breve commento del d.lgs. n. 155/2006

La nozione positiva di impresa sociale è contenuta nel combinato disposto degli artt. 1-4 della legge del 2006.

Rimosso ogni divieto alla costituzione di imprese sociali da parte degli enti di cui al libro V del codice civile, ne consegue che tutte le organizzazioni private, associazioni, fondazioni, *società*⁽³⁵⁾, ecc., possono assumere la qualifica di *imprese sociali* ove esercitino in via stabile e principale un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di *utilità sociale*. L'art. 2 si incarica di stabilire positivamente il concetto di utilità sociale, indicando i settori nei quali l'attività esercitata può essere "sociale", in quanto diretta a produrre beni o servizi meritori, cioè di rilevanza sociale e tendenzialmente non appropriabili in via esclusiva in quanto legati alla necessaria valorizzazione della personalità dell'uomo nell'ambito della sua irrinunciabile esperienza sociale⁽³⁶⁾.

Ciò posto, l'acquisizione della qualifica di impresa sociale è subordi-

(35) Ai sensi dell'art. 17, co. 3, le cooperative sociali i cui statuti rispettino le disposizioni di cui agli artt. 10, co. 2 e 12, in tema di bilancio sociale e coinvolgimento degli *stakeholders*, acquisiscono la qualifica di impresa sociale.

(36) Sono i settori tradizionali dell'assistenza sanitaria, educazione, ricerca, ambiente, formazione, ecc. Possono acquisire la qualifica di impresa sociale anche le imprese che operano al fine dell'inserimento lavorativo di soggetti che siano lavoratori svantaggiati o disabili ai sensi del regolamento CE n. 2204/2002.

nata al possesso di altri due fondamentali requisiti, che vanno menzionati nell'atto costitutivo. La previsione ed il rispetto della regola che vincola la destinazione degli utili e degli avanzi di gestione allo svolgimento dell'attività statutaria o all'incremento del patrimonio, con conseguente *assoluto divieto di distribuzione di tali utili*, anche in forma indiretta (art. 3). E in secondo luogo, l'assenza di strutture di controllo proprietarie da parte di imprese private con finalità lucrative o amministrazioni pubbliche (art. 4, co. 3)⁽³⁷⁾.

L'organizzazione interna del soggetto che esercita l'attività di impresa sociale è configurata attraverso la previsione di regole comuni, dettate dalla legge del 2006, che si aggiungono alle regole proprie di ciascuna delle figure volta per volta ricorrente. Ciò vale per le cariche sociali (art. 8); per le scritture contabili (art. 10, che rinvia alla disciplina del codice civile, richiedendo altresì la redazione del *bilancio sociale*); per gli organi di controllo (art. 11).

Questa tecnica di legislazione è stata criticata per le potenzialità conflittuali che è in grado di determinare nella selezione della disciplina applicabile ai vari enti, siano associazioni, o società o cooperative, sia sul piano patrimoniale che su quello della gestione concreta; specie nelle ipotesi in cui l'impresa sociale sia esercitata da una società, che esercita anche un'altra attività in forma non sociale⁽³⁸⁾.

Novità specifiche introdotte dalla legge in commento sono poi quelle legate al *coinvolgimento* dei lavoratori e dei destinatari delle attività. L'art.12 definisce il «coinvolgimento» alla stregua di qualsiasi meccanismo mediante il quale i cosiddetti *stakeholders* «possono esercitare un'influenza sulle decisioni» dell'impresa; mentre l'art. 14 assegna ai lavoratori dell'impresa sociale, quale che sia il titolo del lavoro prestato, una serie di diritti di informazione, consultazione ecc. del cui esito deve poi farsi menzione nel bilancio sociale⁽³⁹⁾.

Da ultimo, alcune norme delineano quello che è stato definito il nuovo 'substatuto' dell'imprenditore sociale. Sono le norme concernenti il regime di iscrizione nel registro delle imprese (art. 5, co. 2); il re-

(37) Su questi fondamentali aspetti, v. A. FICI, *Impresa sociale* (voce), in *Dig. Disc. Priv. - Sez. civ.*, Aggiornamento, II, Torino, 2007, p. 663 ss.; A. FUSARO, *Commento*, cit., p. 29 ss.; G. DE CECCO, *Le molte ambizioni (e gli altrettanti chiaroscuri) della nuova disciplina dell'impresa sociale: qualche spunto ricostruttivo*, in *Riv. Dir. Impr.*, 2007, p. 70 e p.76 ss.; G. BONFANTE, *Un nuovo modello di impresa: l'impresa sociale*, in *Società*, 2006, p. 929.

(38) In tal senso v. le critiche di V. BUONOCORE, *op. cit.*, p. 844; R. COSTI, *L'impresa sociale: prime annotazioni esegetiche*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 860; M.V. DE GIORGI, *Introduzione*, cit., *passim*.

(39) Sul punto, G. DI CECCO, *Le molte ambizioni*, cit., p. 82 ss.

gime di responsabilità patrimoniale comunque limitata al patrimonio sociale (art. 6); la vigilanza amministrativa da parte del Ministero del lavoro circa il rispetto delle norme e dei fini propri dell'impresa sociale (art. 16); l'esenzione dal fallimento e la sottoposizione al procedimento di liquidazione coatta amministrativa per il caso di insolvenza (art. 15)⁽⁴⁰⁾.

Nessuna norma prevede, infine, agevolazioni tributarie per le imprese sociali⁽⁴¹⁾.

Non ci si sofferma sulle critiche ampiamente formulate sulle previsioni della legge del 2006 sul piano della tecnica legislativa e dei conseguenti problemi di coordinamento derivanti dalla contestuale vigenza della disciplina unica dell'impresa sociale e di quelle dei singoli tipi associativi o societari (delle società lucrative piuttosto che di quelle cooperative)⁽⁴²⁾ volta per volta prescelti.

Si rileva tuttavia fin d'ora, in linea con le considerazioni che ci si prepara a svolgere che i problemi denunciati appaiono il sintomo della difficile conciliazione di due poli tendenzialmente confliggenti, riuniti in una forma che, come si diceva, appare il frutto di un ossimoro.

Da un lato l'idea - che appare centrale nel provvedimento - di configurare l'impresa sociale come un soggetto economico in grado di competere sul mercato, pur senza l'incentivo del guadagno individuale, e di porsi come alternativa alle tradizionali forme di produzione di beni di rilevanza sociale, come quelle proprie della pubblica amministrazione. Il che traspare, per un verso dalle norme che impediscono la detenzione di partecipazioni di controllo da parte di enti pubblici o società lucrative; per altro verso dalle norme di coinvolgimento degli *stakeholders*, mediante le quali si dovrebbe dar vita ad un sistema di controllo sociale delle attività, i cui esiti pubblici potrebbero a loro volta dare avvio a conseguenti efficaci meccanismi di controllo reputazionale e di mercato⁽⁴³⁾.

Dall'altro, un sistema che nel tempo si è stratificato e modellato secondo coordinate tutt'affatto diverse che trovano espressione in istituti giuridici, ma che sono il prodotto non solo di scelte ideologiche, ma sono anche strumenti forgiati e collaudati dalla realtà.

Senza prendere posizione sulla moderna ideologia del *non profit*, quale fattore di sviluppo del capitale sociale relazionale, e nella consapevo-

(40) G. DI CECCO, *op. ult. cit.* p. 84 ss.

(41) Salvo che per le ONLUS, che acquisiscono la qualifica di imprese sociali, conservando le agevolazioni tributarie previste dalla legge. (art. 17, co. 1).

(42) Sul coordinamento tra disciplina dell'impresa sociale e disciplina delle cooperative sociali, si veda A. FICI, *op. cit.*, p. 676 ss.; in senso critico, V. BUONOCORE, *op. cit.*, p.844 ss.

(43) Si veda in tal senso il contributo di G. GUERINI, *op. cit.*, *passim*.

lezza che essa si inquadra nei postulati del più illuminato neoliberismo, che valorizza l'impresa come fonte di benessere, assegnandole compiti di produzione di beni pubblici e servizi sociali nell'ambito di un mercato competitivo regolato, monitorato e sottoposto al controllo diffuso degli utenti e dei beneficiari, si può sollevare il dubbio che i problemi di coordinamento a cui si è accennato siano soltanto l'indicatore di veri e propri limiti nella concreta applicazione dell'istituto.

8. Capitale sociale e codici etici

Un cenno finale va fatto al fenomeno dei codici etici.

I codici etici si ricollegano ad un bisogno di norme nell'ambito di una nuova cultura dell'impresa, che è quella della responsabilità sociale⁽⁴⁴⁾ e per questa via della conquista di relazioni fiduciarie presso il pubblico. I codici etici, come i comportamenti socialmente responsabili, aumentano il successo dell'impresa, al di là degli obblighi giuridici, e stimolano un giudizio sociale positivo che si ripercuote positivamente nella valutazione da parte del mercato⁽⁴⁵⁾.

Le norme dei codici etici non sono fattispecie e non sono nemmeno comandi. Non sono ipotesi di comportamenti specificati come tipi di azioni e con riguardo a specifiche conseguenze. E non sono nemmeno imperativi formulati nei confronti di specifici destinatari della relativa attuazione, sicché non si riscontra nemmeno una conseguenza/sanzione per il mancato rispetto del comando.

Le norme dei codici dell'azienda etica sono svolgimenti di una filosofia comportamentale, che si compone della determinazione di una serie di premesse (la *mission* e i relativi impegni), e di una conseguente enunciazione di finalità che accompagnano i diversi comportamenti aziendali dei *managers* e della "squadra" (dare ascolto, valorizzare le persone, essere onesti, agire in tempo reale, condividere)⁽⁴⁶⁾. Essi si articolano attraverso enunciazioni di valori intesi a delineare un'ipotesi di bene comune aziendale e perciò "sociale" e "istituzionale" (la reputazione, i doveri

(44) In argomento, A. ANTONUCCI, *La responsabilità sociale d'impresa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, II, p. 119.

(45) Per queste problematiche, si rinvia C. CAMARDI, *A proposito di impresa ed etica. Spunti di riflessione su diritto, etica ed economia*, in *Cives*, 2006, n. 4, p. 11. Si vedano anche G. CONTE, *Codici etici e attività d'impresa nel nuovo spazio globale di mercato*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 108; S. SCIARELLI, *Etica e responsabilità sociale nell'impresa*, Milano, 2007.

(46) Si vedano, per tutti, fra gli esempi più interessanti in Italia il codice Brembo, e il codice ENEL.

fiduciari, la reciprocità, l'ascolto, l'impegno a scoprire e promuovere le competenze delle persone, ecc.).

In ragione di tali caratteristiche, le norme dei codici etici si collocano in una dimensione parallela rispetto alle norme giuridiche che vincolano i comportamenti di impresa.

Ed infatti, la prima dimensione che misura positivamente l'osservanza della responsabilità sociale dell'impresa è il rispetto delle leggi, e si può aggiungere, soprattutto delle leggi positive. Il codice etico, dunque, non soppianta né riduce l'area di influenza dei codici di diritto positivo. Aggiunge piuttosto ai doveri e agli obblighi che la legge pone all'impresa, altri doveri di comportamento, non obblighi, da osservare all'interno e all'esterno dell'azienda. Ogni rapporto tra l'impresa e i terzi si connota pertanto sia come *rapporto contrattuale* (governato dal diritto), sia come *rapporto sociale* (governato dal codice etico).

Le norme dei codici etici non sono precetti eteroimposti, e nemmeno regole liberamente scelte dai singoli. Esse rappresentano il contenuto di una *pratica collettiva inclusiva* ⁽⁴⁷⁾, non individuale ma sociale e soprattutto condivisa. L'etica aziendale vive in una dimensione comunicazionale ed esistenziale. Ed ancora, mentre il diritto moderno si pone tendenzialmente al servizio di una pratica individualistica e perciò esclusiva, l'etica dell'impresa socialmente responsabile si pone al servizio di una pratica sociale e perciò inclusiva: gli *stakeholder*, gli interlocutori, esprimono voci che l'impresa ascolta.

Ancora, le norme dei codici etici non sono norme deontologiche. Si rivolgono ai *managers*, ma non soltanto a loro, e non soltanto per moralizzare i loro comportamenti. Esse costituiscono le linee guida di una dimensione dell'impresa come istituzione sociale, di un *modus vivendi*, di uno stare insieme tutti.

In tal senso, anche i codici etici sono fattori significativi di produzione di capitale sociale.

9. La dimensione sostanziale della sussidiarietà orizzontale

Al fine di collocare il principio di sussidiarietà tra gli istituti relativi agli strumenti dell'attività privata appena richiamati in questo breve *excursus* ed il concetto sociologico di capitale sociale occorre svolgere una precisazione, anche al fine di prevenire una possibile obiezione.

Autorevole dottrina definisce il principio di sussidiarietà «quel criterio

(47) V. il bel saggio di G. AZZONI, *L'azienda etica*, consultabile nel sito <http://www.unipv.it/deontica/opere/azzoni>.

in base al quale un tipo di azione (o una specifica azione) spetta prioritariamente ad un determinato soggetto di livello inferiore rispetto ad un altro e può essere svolto in tutto o in parte da un altro soggetto, al posto o ad integrazione del primo, se e solo se il risultato di tale sostituzione è migliore (o si prevede migliore) di quello che si avrebbe o si è avuto senza tale sostituzione. Come si vede si tratta *non* di un principio o criterio *sostanziale*, ma di un principio o criterio *procedurale*: esso non dice a chi spetta il tipo di azione considerato, ma quale ragionamento bisogna fare per individuare il soggetto competente»⁽⁴⁸⁾.

La precisazione riguarda il significato attribuito all'aggettivo sostanziale.

La dottrina citata, e la dottrina che si può dire in generale ne ha accolto l'impostazione, intende, negando che sia un criterio sostanziale, che «il principio non dice mai una volta per tutte chi è competente per una determinata azione, ma indica il percorso che bisogna compiere per confermare o modificare una competenza, sia che vada a favore del sussidiabile sia che vada a favore del sussidiato».

In altre parole la negazione del carattere sostanziale a favore dell'esclusività del carattere procedurale attiene soltanto alla individuazione della competenza.

Si può però pensare, ed in questo senso si precisa in che senso qui si afferma la dimensione sostanziale del principio, cioè su un piano diverso e non in contrapposizione⁽⁴⁹⁾ rispetto a quello tenuto presente dalla dottrina che la nega, che il principio di sussidiarietà orizzontale abbia un luogo di espansione ulteriore rispetto all'individuazione del soggetto competente.

Questa dimensione ulteriore, o forse sarebbe meglio dire anteriore rispetto a quella che attiene alla determinazione del soggetto competente, emerge se si considera la necessità che il soggetto "sussidiabile" sia posto nelle condizione, e quindi sia dotato innanzitutto degli strumenti per esprimere al massimo la propria potenzialità di soddisfare interessi generali⁽⁵⁰⁾.

In altre parole, la sussidiarietà in senso procedurale implica la sus-

(48) G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 14 ss., (il corsivo è nel testo) che precisa trattarsi del nodo centrale della questione: tutte le possibili traduzioni in termini di regole di condotta del principio di sussidiarietà sono e non possono che essere di carattere procedurale. L'impostazione si può considerare generalmente accolta dagli studiosi che hanno trattato il tema.

(49) Appare invece orientato a rilevare una contrapposizione tra i sostenitori della dimensione esclusivamente procedurale ed i sostenitori di una dimensione sostanziale D. DE FELICE, *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, Napoli, 2008, p. 42.

(50) Sottolinea che dall'art. 118, co. 4, dovrebbe derivare anche l'obbligo per il legislatore di porre in essere le condizioni perché l'iniziativa privata trovi i necessari spazi e possibilità di esplicarsi G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, II, Napoli, 2005, p. 1760.

sidiarietà nel senso sostanziale nell'uso del termine che si è precisato.

Che vi sia questa implicazione tra sussidiarietà in senso procedurale ed in senso sostanziale è postulato dal fatto che l'art. 118 con la locuzione «favoriscono»⁽⁵¹⁾ definisce un vero e proprio obbligo giuridicamente rilevante a carico degli enti, perché se ciò costituisse una mera possibilità la norma costituzionale sarebbe priva di significato⁽⁵²⁾.

Ne deriva la considerazione che l'individuazione del soggetto attraverso la previsione di un risultato "migliore" comporta che il soggetto sussidiato deve essere posto nelle condizioni più idonee per conseguirlo.

A questa prospettiva si può forse ricondurre l'opinione secondo la quale l'obbligo di favorire l'iniziativa privata debba essere assolto non solo attraverso atti amministrativi, ma anche, ed in misura senz'altro più significativa, attraverso l'emanazione di leggi⁽⁵³⁾.

Ma, in quest'ordine di idee ci si è chiesto, accanto ad interventi sul lato dell'amministrazione diretti a sviluppare un nuovo modo di intendere il ruolo degli stessi funzionari, quali possano essere i vincoli da applicare alle attività dei cittadini quando si svolgono per fini di interesse generale

(51) Per una lettura del termine «favorire» diretta a confermare una diversa concezione del rapporto tra amministrazione e cittadini secondo uno schema non più «bipolare, ma relazionale» cfr. G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà*, cit., p. 197. Su questo tema non ci si sofferma se non per una brevissima osservazione. Secondo l'A. il superamento del paradigma bipolare e gerarchico tradizionale verso un nuovo paradigma pluralista grazie al principio di sussidiarietà orizzontale dipende dall'interpretazione che di tale principio daranno il legislatore, la dottrina e la giurisprudenza (p. 190). Si può però osservare che appare determinate, per l'attuazione del principio e del paradigma al quale potrà informarsi il rapporto tra P.A. e cittadini, la prassi amministrativa e che quest'ultima dipende senz'altro dall'opera del legislatore, della dottrina e della giurisprudenza, ma è anche il frutto di una cultura, o forse meglio, di una mentalità dell'amministrazione pubblica. Non sono infrequenti i casi in cui il rapporto tra cittadino e amministrazione appare nella quotidianità ben diverso rispetto alle formulazioni del legislatore, della dottrina e della giurisprudenza. Si pensi fra i tanti possibili esempi al tema dei termini del procedimento, della trasparenza, della partecipazione, della semplificazione.

(52) Sul punto CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. Amm.)* (voce), in *Enc. giur.*, Roma, 2003, p. 5. Da ricordare poi l'insegnamento ermeneutico secondo il quale l'uso dell'indicativo presente esprime il massimo della imperatività della disposizione.

(53) In questi termini cfr. P. FALZEA, *L'intervento dei soggetti privati nelle attività di interesse generale alla luce del nuovo titolo V della Costituzione*, in *Autonomia e sussidiarietà. Vicende e paradossi di una riforma infinita*, a cura di L. Ventura, Torino 2004, p. 195; è sottolineata la valenza di principio di politica legislativa da P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, Torino, 2007, p. 215; utilizza la forma ipotetica, ma dal contesto l'affermazione non è meno decisa G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, cit., p. 1760; ritiene che il principio di sussidiarietà sia idoneo ad incidere sul sistema delle fonti e a determinare il riconoscimento dell'autonomia negoziale come fonte normativa nella Costituzione D. DE FELICE, *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, Napoli, 2008, partic. p. 58 ss.

e quindi se sia possibile applicare anche a questo modo di amministrare i principi costituzionali sull'amministrazione⁽⁵⁴⁾.

In forma più radicale è stata proposta l'opportunità di un'attenta lettura delle tendenze reali della nostra società e la necessità di incisive prese di posizione del legislatore, operando anche sul piano privatistico, in particolare intervenendo all'interno delle varie forme associative.

È stata quindi sollecitata una riforma della disciplina civilistica delle associazioni nella quale prevedere regole volte ad assicurare il diritto all'informazione e al controllo non solo degli associati ma anche dei terzi e più in generale ad assicurare il rispetto dei principi costituzionali dell'agire della pubblica amministrazione e di quanti si affiancano ad essa nel perseguimento di fini di interesse generale⁽⁵⁵⁾.

Dunque, la sussidiarietà orizzontale, vista sotto il profilo sostanziale imporrebbe al legislatore di intervenire radicalmente su istituti compiuti di diritto privato la cui forma tipica appare, o appariva consolidata⁽⁵⁶⁾.

10. L'inserimento del principio di sussidiarietà

Si è cercato, attraverso una lettura degli istituti del diritto civile che regolano le attività private essenzialmente rivolte a fini di interesse generale di verificare la loro idoneità a produrre capitale sociale, nozione quest'ultima elaborata in campo sociologico che appare il luogo nel quale si trova ad operare il principio di sussidiarietà.

E si è preferito far riferimento direttamente al concetto sociologico di capitale sociale, anziché al principio giuridico di sussidiarietà, proprio nella prospettiva di procedere alla ricostruzione di quest'ultimo a partire dalle regole di diritto privato che ne costituiscono un possibile versante di attuazione ed al contempo possono contribuire a definirne i limiti.

Si è allora cercato di rilevare in una pluralità di discipline e istituti operanti in diversi settori del diritto privato norme e tecniche di organizzazione dell'attività giuridica che tendono ad incentivare scelte, decisioni e comportamenti rilevanti sul piano di quelle relazioni e di quei

(54) Cfr. G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Napoli, 2005, p. 206.

(55) Cfr. P. FALZEA, *L'intervento dei soggetti privati nelle attività di interesse generale alla luce del nuovo titolo V della Costituzione*, cit. p. 185

(56) È difficile dire se il d.lgs. n. 155/2006 sia espressione di questa lettura del principio di sussidiarietà. È da notare però che l'art. 118 Cost. non è richiamato né nel decreto né nella legge delega.

valori immateriali (fiducia, reciprocità, partecipazione, condivisione, ecc.) che costituiscono il capitale sociale.

Ne è emerso un quadro piuttosto variegato dove non mancano incentivi diretti a favorire la produzione di capitale sociale, e, si può aggiungere, ciò appare essere l'esito di un giudizio di meritevolezza svolto di volta in volta dal legislatore più che una deduzione ed uno svolgimento del principio di sussidiarietà orizzontale.

Sono emersi altresì alcuni aspetti critici, come il rischio, nel caso degli enti *non profit*, di incentivare, piuttosto che comportamenti virtuosi cooperativistici e partecipativi, comportamenti opportunistici o parassitari, se non addirittura la sopravvivenza di organizzazioni obsolete, la cui giustificazione si ritrova soltanto nella disciplina di favore riconosciuta dall'ordinamento, ed anche il rischio di determinare effetti distorsivi della concorrenza e del mercato, nella misura in cui quello schema legale e di attività è adottato al solo scopo di fruire di benefici fiscali e/o di godere di eventuali rendite di posizione.

E si è osservato, in tema di impresa sociale, che le critiche rivolte al legislatore soprattutto sul piano della tecnica legislativa e dei conseguenti problemi di coordinamento derivanti dalla diversità delle figure organizzative sulle quali si calano queste disposizioni comuni appaiono essere la spia di una difficoltà che ha radici più profonde, vale a dire nella tendenziale conflittualità tra l'idea (ed anche l'ideologia) che è alla base dell'istituto ed il sistema, che riassuntivamente si potrebbe dire del diritto privato, su cui viene calato.

Orbene, ferma l'ampia discrezionalità del legislatore nel prevedere nuovi istituti ed il compito dell'interprete di armonizzare vecchie e nuove disposizioni e di superare di volta in volta, con gli strumenti dell'ordinamento, le eventuali antinomie, rimane la questione che qui si è posta, vale a dire come si collochi nel contesto che si è cercato di delineare il principio di sussidiarietà orizzontale.

In buona sostanza è da chiedersi se il principio di sussidiarietà costituisca fattore dirimente nel superamento della tendenziale conflittualità tra il sistema tradizionale del diritto privato e le nuove norme di favore, ma anche di conformazione delle attività svolte da privati per fini di interesse generale, facendo pendere la bilancia verso il secondo dei due poli.

11 Conclusioni. Ipotesi di un criterio fondato sulla distinzione tra diversi piani di svolgimento del principio di sussidiarietà

Parte della dottrina, come si accennava a proposito del profilo sostanziale della sussidiarietà, ha salutato l'ingresso del principio nella Costituzione come una nuova chiave di volta del sistema che impone di ripensare i rapporti tra pubblico e privato, ma anche il sistema delle fonti e gli istituti del diritto privato.

In questa sede non si intende approfondire ciascuno di questi punti, ma solo svolgere una considerazione di carattere generale che appare emergere dalla prospettiva con la quale si è affrontato il tema.

Si propone allora di distinguere due piani su cui il principio di sussidiarietà potrebbe operare.

Un primo piano attiene al regime delle attività svolte dai soggetti privati ed al rapporto tra questi e l'amministrazione pubblica in relazione alle attività stesse.

Un secondo piano attiene al regime del soggetto.

Tra le due ipotesi vi è una sostanziale differenza.

Per semplificare si potrebbe dire che nel primo caso è funzionalizzata l'attività, nel secondo caso è funzionalizzato il soggetto.

In questa differenza tra i due diversi piani sembra potersi individuare un limite alla possibile *vis expansiva* del principio di sussidiarietà nella prospettiva che si è qui adottata.

Nel primo caso, l'ipotesi di funzionalizzare l'attività dei cittadini si risolve e si esaurisce in regole relative al rapporto tra cittadini e pubblica amministrazione con riferimento alla singola specifica attività o al tipo di attività di volta in volta avviata.

Esempi potrebbero essere: la previsione di una comunicazione della propria intenzione di attivarsi alle amministrazioni potenzialmente coinvolte e, ove possibile, anche ai terzi interessati; l'individuazione di un "responsabile del procedimento" in grado di interagire ed interloquire con il funzionario che svolge la stessa funzione nell'amministrazione che deve "favorire" l'iniziativa; la previsione di spazi di partecipazione all'iniziativa a favore di terzi potenzialmente interessati; la garanzia di trasparenza delle scelte⁽⁵⁷⁾.

Su questo piano si può pensare ad un pieno svolgimento del principio di sussidiarietà proprio perché esso pare trovare un terreno di coltura non solo nei principi generali relativi alla pubblica amministrazione, ma anche in un contesto sociale che oramai deve o dovrebbe aver fatto

(57) Per questi esempi cfr. G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale*, cit. p. 207.

proprie le intuizioni sul rapporto tra Stato e cittadini che nella metà del secolo scorso erano patrimonio delle sole punte di spicco della scienza giuridica⁽⁵⁸⁾.

Nel secondo caso si incide invece sullo stesso modo d'essere del soggetto privato. Ne possono essere esempi: l'intervento sulla struttura organizzativa delle associazioni con l'imposizione di regole sul diritto di voto; la previsione, accanto all'organo assembleare, della presenza di organi di amministrazione e di controllo; l'adempimento dell'obbligo di redigere un rendiconto economico, conformemente ai criteri di redazione del bilancio previsti dagli artt. 2423 ss. cc.; la disciplina del diritto degli associati alla partecipazione, all'informazione ed al controllo sull'attività svolta dall'associazione, il diritto degli *stakeholders* di esercitare un'influenza sulle decisioni dell'impresa.

Ferma, lo si ripete, la discrezionalità del legislatore di costituire nuovi schemi e strumenti giuridici, secondo un giudizio di meritevolezza, non sembra essere questo il campo d'azione del principio di sussidiarietà.

Sono in proposito da considerare i rischi di forzatura del sistema derivanti dalla funzionalizzazione del soggetto che potrebbero trasmodare nella contraddizione dello stesso principio che prevede il *favor* per l'autonomia dei cittadini⁽⁵⁹⁾.

Ciò avverrebbe per esempio se il *favor* per l'autonomia dei cittadini risultasse operante in ragione esclusiva dell'adozione di forme soggettive fondate proprio sulla limitazione dell'autonomia, secondo un percorso che in ossequio al principio di sussidiarietà conducesse infine ad una pubblicizzazione del soggetto privato.

E si ritiene che questa apparirebbe una contraddizione perché il richiamo all'autonoma iniziativa dei cittadini non può che rinviare a quel sistema che fin dall'inizio dell'indagine si è scelto di porre a confronto con il principio di sussidiarietà, sistema che risulta «non solamente dalle semplici norme di per sé prese, ma dalle norme di legge integrate attraverso tutto un corpo di dottrine e di interpretazioni, lentamente formatosi attraverso il travaglio dottrinale e giurisprudenziale, e che costituisce il quotidiano aggiornamento e pertanto la indispensabile integrazione delle norme di legge, che attraverso ad esso si adattano alle

(58) È da richiamare in proposito l'art. 1-ter della l. n. 241/1990 come modificato da ultimo dall'art. 1, co. 37, della l. n. 190/2012 (c.d. legge anticorruzione).

(59) Può essere interessante per verificare come il *favor* si possa rivelare un'arma a doppio taglio in una prospettiva storica rileggere la vicenda delle IPAB. Per una ricostruzione attenta ai profili di qualificazione dell'ente cfr. L. FERRARA, *Enti pubblici ed enti privati dopo il caso IPAB: verso una rivalutazione del criterio sostanziale di distinzione?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, p. 446.

sempre nuove esigenze della vita, così come questa tende ad adattarsi a quei determinati schemi giuridici»⁽⁶⁰⁾.

In questo senso si può ritenere che il contesto giuridico nel quale interviene il principio di sussidiarietà trovi dei binari, o almeno dei percorsi preferenziali di espansione sul versante delle regole dirette a funzionalizzare le attività che di volta in volta esprimono l'autonoma iniziativa dei cittadini, mentre appare più insidioso farne derivare le regole dirette a conformare la struttura del soggetto.

Abstract

The principle of horizontal subsidiarity expresses favour towards the autonomous initiative of single citizens and of their social groupings for the performance of activities of general interest. On the other hand the autonomous initiative of citizens is regulated by institutions of private law. So, on the one hand a principle of philosophical origin, and on the borderline regarding concepts worked out in sociology, on the other, rules and institutions that are a synthesis of different principles, concepts, ideologies, layering of solutions developed in the course of time essentially in order to solve concrete problems, overcome setbacks, address social behaviours and so on. This study aims to highlight the effects of this contrast and thus to contribute to the determination of the content and effects of the prediction of the horizontal subsidiarity principle in the Constitutional Charter starting, so to speak, from the bottom, i.e. from the rules of private law which necessarily contribute to implement it.

(60) Per usare le celebri parole, anche se con riferimento generale all'ordinamento giuridico e non ad una delle sue partizioni, di T. ASCARELLI, in *Recensione a Marcel de Gallaik*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1925, V, p. 652.

La disciplina del recesso del cliente dai contratti di prestazione d'opera e servizi intellettuali a termine oltre gli angusti confini dell'art. 2337 c.c.

Mariella Lamicela

Ricercatore di Diritto privato nell'Università Ca' Foscari Venezia

SOMMARIO: 1. Le trasformazioni in atto nella configurazione degli scambi di lavoro autonomo a contenuto intellettuale e le ragioni dell'indagine. - 2. Tempo e struttura del rapporto obbligatorio nei contratti d'opera secondo gli orientamenti interpretativi maggioritari. - 3. *Ius poenitendi* e contratti d'opera e di servizi intellettuali a termine. - 4. (segue) Puntualizzazioni sul rilievo giuridico del termine. - 5. L'applicabilità analogica dell'art. 1725 c.c. ed il rilievo delle norme di diritto comune nella disciplina del recesso *ante tempus* da un contratto d'opera a tempo determinato. Critica. - 6. La disciplina del recesso tra durata e presunta fiduciarità del vincolo contrattuale: una proposta ricostruttiva. - 7. (segue) La *ratio* dell'art. 1725 c.c. e la sua applicabilità alla disciplina del recesso da contratti d'opera o servizi intellettuali a termine. - 8. Inderogabilità o derogabilità dell'art. 2237 c.c.? - 9. La nuova disciplina del recesso dal contratto di lavoro a progetto.

1. Le trasformazioni in atto nella configurazione degli scambi di lavoro autonomo e le ragioni dell'indagine

Per quanto comunemente il tema dei radicali stravolgimenti che da qualche decennio interessano la struttura e le dimensioni del mercato del lavoro sia evocato per sollecitare un rinnovato trattamento giuridico dell'erogazione di prestazioni di fare in regime di subordinazione, è indubbio che lo stesso tema investa anche, e forse in maggior misura, la questione della disciplina degli scambi che abbiano ad oggetto prestazioni di fare rese in regime di autonomia⁽¹⁾. Non è un caso se persino

(1) È stato lucidamente osservato come «nel capitalismo personale sviluppato (...), il lavoro si allontana dallo stereotipo della dipendenza e va, a grandi passi, verso il modello dell'autoorganizzazione, a prescindere dalla forma giuridica del contratto firmato (...). Per questo il lavoro autonomo attuale è un punto di osservazione chiave per capire le (nuove) tendenze tipiche del lavoro in generale». Cfr. A. BONOMI, E. RULLANI, *Il capitalismo personale*, Torino, 2005, p. 167. Spunti di notevole interesse in proposito anche in A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, Milano, 1996,

il legislatore abbia in più occasioni ed in differenti contesti legislativi avviato progetti di ridefinizione dello statuto del lavoro autonomo⁽²⁾.

A questo proposito, uno dei limiti che sembra caratterizzare le iniziative riformatrici finora succedutesi appare il persistere dell'idea che la strada maestra per definire il trattamento da riservare alle nuove e molteplici forme di lavoro indipendente, connotato da forme più o meno larvate di dipendenza economica del prestatore d'opera dal committente, in ragione della durata, della personalità del rapporto e del vincolo di coordinamento con l'attività e gli interessi economici del creditore nell'adempimento della prestazione, sia quella di eleggere la categoria normativa della subordinazione ricavabile dall'art. 2094 c.c. a catalizzatore privilegiato del trattamento giuridico di ogni forma di dipendenza⁽³⁾.

pp. 81 e 374 e A. PERULLI, *Lavoro autonomo e dipendenza economica, oggi*, in *Riv. giur. lav.*, 2003, p. 221 ss. Cenni sul tema già in C. LEGA, *La libera professione*, Milano, 1952, p. 29. Più di recente, cfr. R. SALOMONE, *Le libere professioni intellettuali*, in *Tratt. Dir. comm. e dir. pubbl. dell'econ.*, diretto da F. Galgano, Padova, 2010, p. 6-7. Con specifico riferimento al tema oggetto di indagine, cfr. S. CENTOFANTI, *Recesso del professionista (per o senza giusta causa) e diritto al compenso*, in *Lav. giur.*, 2011, p. 266 ss.

(2) La più recente testimonianza dell'attenzione che il legislatore riserva, in modo crescente seppure ancora piuttosto disarticolato, al protagonismo economico del mondo delle professioni intellettuali esercitate in regime di autonomia proviene dalla l. 14 gennaio 2013, n. 4, «*Disposizioni in materia di professioni non organizzate*». Seppure tale provvedimento appaia in primo luogo rivolto a dettare norme relative alla costituzione ed alla funzione di associazioni professionali nella prospettiva della tutela degli utenti e della promozione della concorrenza, esso contiene anche una definizione dell'espressione «professione» che, benché formulata in modo piuttosto generico, sembra comunque rivelare l'urgenza di una strutturale riqualificazione dei tratti caratterizzanti l'esercizio delle professioni intellettuali «non ordinistiche». In particolare, l'art. 1, co. 2, descrive la «professione non organizzata in ordini o collegi» come «l'attività economica, anche organizzata, volta alla prestazione di servizi o di opere a favore di terzi, esercitata abitualmente e prevalentemente mediante lavoro intellettuale, o comunque con il concorso di questo...». L'art. 1, co. 5, inoltre, recita che «La professione è esercitata in forma individuale, in forma associata, societaria, cooperativa o nella forma del lavoro dipendente». Si registra invece maggiore attenzione ai profili della promozione del lavoro autonomo e delle tutele soggettive da riconoscere alla generalità dei lavoratori autonomi in Disegno di legge comunicato alla Presidenza del Senato della Repubblica il 29 aprile 2010, n. 2145, «*Statuto dei lavori autonomi*» e ancora in Proposta di Legge Regionale «*Statuto regionale del lavoro autonomo*», presentata alla Presidenza del Consiglio della Regione Veneto il 2 ottobre 2009, n. 433.

(3) Per considerazioni più approfondite sul punto, cfr. M. LAMICELA, *Autonomia, subordinazione e «dipendenza» nella riforma del mercato del lavoro. Note critiche sul d. lgs. n. 276/03*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, p. 131 ss. Quanto alla più recente l. 28 giugno 2012, n. 92, «*Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*», cfr. P. POLLIANI, *Rapporto di lavoro autonomo: la riforma «Fornero» contro l'abuso delle partite IVA*, in *Enti non Profit*, 2012, n. 11, p. 22 s.; G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro a progetto e partite IVA nella riforma del lavoro 2012*, in *Lav. giur.*, 2012, p. 947; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo e parasubordinato nella riforma Monti*, in *Lav. dir.*, 2012, p. 544 ss.

Non pare si riservi, invece, la dovuta considerazione alla circostanza per cui, accanto ad ampie sacche di elusione, la realtà economica dei rapporti di lavoro post-fordisti presenta anche dell'altro⁽⁴⁾. In particolare presenta una costante crescita, sia sul versante dell'offerta che su quello della domanda di prestazioni di lavoro, dell'interesse a dare e ad utilizzare opere e servizi professionali la cui progettazione, esecuzione ed integrazione nell'altrui attività produttiva sia interamente affidata alla capacità tecnica, alla creatività ed alla abilità organizzativa del lavoratore, che tuttavia spesso, per soddisfare siffatto interesse creditorio, si impegna in modo duraturo verso uno o pochi committenti, intraprendendo investimenti a ciò dedicati e assumendo a riguardo un rischio imprenditoriale che, in ragione del particolare regime di cooperazione intrapreso con la controparte contrattuale, andrebbe forse diversamente ripartito e maggiormente condiviso tra committente e prestatore d'opera.

Ci si riferisce, in altri termini, a prestazioni d'opera e di servizi che sempre più spesso richiedono un ragguardevole tasso di professionalità tecnica e cognitiva⁽⁵⁾, che non necessariamente presuppongono l'esistenza e/o l'iscrizione ad un ordine professionale e che, anche quando, viceversa, possono essere esercitate solo da soggetti iscritti ad appositi albi o elenchi, sono di frequente oggetto di una concorrenza agguerrita, la quale se, per un verso, non necessariamente premia la qualità, per altro verso, impone al professionista di selezionare interlocutori ed affari secondo una logica spiccatamente imprenditoriale⁽⁶⁾.

(4) Un'interessante testimonianza della presenza e della crescente rilevanza nell'universo del lavoro di lavoratori indipendenti che, pur consapevoli della distanza del loro *status* economico e giuridico da quello tradizionalmente ascritto all'impresa, rivendicano con orgoglio la loro autonomia, proponendosi come portatori di «conoscenze complesse, soggette a continui cambiamenti, che non si limitano allo specialismo ma richiedono capacità relazionali non acquisibili tramite percorsi formativi specifici», è contenuta nel *Manifesto dei lavoratori autonomi di seconda generazione*, Ottobre 2010, pubblicato in <http://www.actainrete.it>.

(5) È noto come il carattere della professionalità, inteso nel senso della continuità/sistematicità dell'esercizio dell'attività, non sia ritenuto rilevante ai fini del riconoscimento della fattispecie negoziale di cui all'art. 2230 c.c. Cfr. C. IBBA, *Professione intellettuale e impresa*, in *Riv dir civ.*, 1982, II, p. 358; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 354. Condividendo tale assunto, in questa sede si richiama il dato della professionalità con specifico riferimento al bagaglio di conoscenze tecniche e scientifiche, di esperienza e di sensibilità umana che normalmente si ritiene debba connotare la persona del professionista e al quale costui dovrebbe attingere nel definire i contenuti distintivi della propria prestazione. Nello stesso senso, cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Personalità umana e tutela costituzionale delle libere professioni*, in *Dir. fam. pers.*, 1973, p. 801 ss., ora anche in R. SCOGNAMIGLIO, *Scritti giuridici*, II, Padova, 1996, p. 1507; A. PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 380; G. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, in *Il Codice Civile - Commentario P. Schlesinger*, Milano, 2009, p. 115.

(6) Indicativo in proposito il recente dibattito sull'opportunità o meno di cancellare la

Si tratta dunque di prestazioni che né la parte debitrice né la parte creditrice intendono rispettivamente offrire e richiedere in regime di subordinazione ma la cui esecuzione risponde ad interessi e comporta l'assunzione di rischi non sempre assimilabili a quelli presupposti dall'attuale disciplina delle prestazioni d'opera e servizi professionali.

Appare allora maturo il tempo per avviare una riflessione che riguardi innanzitutto la conformazione dei nuovi bisogni e dei nuovi interessi connessi all'impiego di una prestazione professionale, sia dal punto di vista di quanti ne offrano, che dal punto di vista di quanti ne domandino lo scambio sul mercato. E, sul piano più strettamente giuridico, appare altresì necessario verificare se e in che termini si sia modificato il contenuto del connesso rapporto contrattuale, ovvero la connotazione e la misura della prestazione dovuta, con particolare riguardo al rapporto mobile tra la tendenziale infungibilità dell'apporto personale e la molteplicità dei vincoli tecnici cui ogni giorno di più è condizionato il giudizio di conformità dell'adempimento "alla regola dell'arte"⁽⁷⁾. Ciò potrebbe contribuire a precisare la reale capienza normativa delle categorie ordinanti predisposte dal diritto in materia, consentendo in particolare di distinguere tra le norme o gli "scampoli normativi" ancora in grado di assolvere un'importante funzione disciplinare e quelle bisognose invece di un'urgente "manutenzione" legislativa.

La direzione nella quale si ritiene debba muovere chi si trova nella posizione privilegiata di poter astrarre dal governo della contingenza è, infatti, quella di riconoscere, per poi provare a ridurle con gli strumenti che l'ordinamento allo stato attuale offre, le nuove complessità di cui si compone l'odierna realtà delle relazioni economiche e sociali con specifico riferimento alla domanda ed all'offerta di opere e servizi professionali, in un contesto in cui, per un verso, gli spazi di impiego di prestazioni di

determinazione legale dei minimi tariffari per l'esercizio di alcune professioni protette. Anche per ulteriori riferimenti bibliografici sul punto cfr. M. TICOZZI, *Autonomia contrattuale, professioni e concorrenza*, Padova, 2007, p. 69 ss.; G. CARRIERO, *Costo dei servizi legali e giustizia civile*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 2012 ss. Più in generale, con riferimento al fenomeno del moltiplicarsi delle figure professionali, della loro specializzazione e della loro mercantizzazione, cfr. A. PERULLI, *op. ult. cit.* p. 374; M. RABITTI, *Il contratto d'opera intellettuale*, in *I contratti di collaborazione*, a cura di P. Sirena, *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno, Gabrielli, Torino, 2011, p. 769 ss.

(7) Sull'infungibilità della prestazione personale di fare del professionista appaiono di estrema utilità le considerazioni critiche di C. SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Torino, 1967, p. 38; A. GALASSO, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Napoli, 1974, p. 54 ss. Riflette sul processo di "innalzamento del grado di diligenza" richiesta al professionista, cui si accompagnerebbe «una valutazione più rigorosa della perizia», sì da ridurre l'area di influenza dell'art. 2236 c.c., M. FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, Torino 2011, p. 48 ss.

lavoro in regime di subordinazione si riducono costantemente e, per altro verso, la nuova dimensione globale della concorrenza e degli scambi impone di ripensare le coordinate e la logica dell'agire imprenditoriale⁽⁸⁾.

Gli interrogativi che l'inedita conformazione di gran parte dei rapporti obbligatori instaurati tra cliente/committente e professionista solleva sono numerosi ed estremamente variegati⁽⁹⁾; quelli che più da vicino sollecitano il civilista attengono al trattamento giuridico da riservare all'esecuzione del rapporto contrattuale concordato tra le parti, al fine di garantire, oggi come ieri, il massimo grado di effettività alla realizzazione degli interessi che giustificano l'operazione di scambio oggetto del contratto. Tra questi, quello che più da vicino si intende affrontare in questa sede attiene alla disciplina applicabile alle ipotesi di recesso del cliente/committente da un contratto di prestazione d'opera intellettuale, prendendo inevitabilmente le mosse dall'art. 2237, co. 1, c.c., ai sensi del quale «Il cliente può recedere dal contratto, rimborsando al prestatore d'opera le spese sostenute e pagando il compenso per l'opera svolta», mentre, ai sensi del co. 2 dello stesso articolo, il prestatore d'opera può recedere dal contratto per giusta causa, avendo diritto in questo caso al rimborso delle spese sostenute e ad un compenso per l'opera svolta nella misura dell'utilità che il cliente abbia effettivamente tratto da quanto reso a suo favore dal prestatore d'opera fino al momento del recesso. Le questioni e gli spunti di riflessione che tale prescrizione propone allo studioso interessato a verificarne il persistente rilievo normativo sono infatti molteplici e complessi.

Certamente, il punto di partenza dell'indagine è dato dall'esigenza di sottoporre a nuova analisi le ragioni di una previsione che insieme ad altre, destinate alla disciplina del recesso in relazione ad analoghe tipologie contrattuali, concede al committente/cliente di un'opera o di un servizio la facoltà di pentirsi dell'operazione economica negozialmente intrapresa, abbandonando unilateralmente il vincolo contrattuale. Ove non ci si accontenti di liquidare la questione riconducendola, come normalmente avviene, al peso che il dato fiduciario senza dubbio esercita

(8) Suggestiva la chiave di lettura adottata a riguardo da quanti segnalano il crescente protagonismo economico della figura del "capitalista" o "produttore personale". Cfr. A. BONOMI, E. RULLANI, *op. cit.*, p. 79 ss.

(9) Riguardano tra l'altro la persistente opportunità dell'esistenza degli ordini professionali, gli indirizzi da seguire nella ridefinizione dei loro compiti e delle loro funzioni, il regime tributario cui sottoporre l'esercizio della prestazione d'opera professionale, la definizione di un efficace sistema previdenziale e, più in generale, l'applicabilità al professionista dello statuto normativo dell'imprenditore. Fondamentali sollecitazioni sulle questioni accennate in F. GALGANO, *Le professioni intellettuali e il concetto comunitario di impresa*, in *Contr. e impr. Eur.*, 1997, p. 1 ss.; C. IBBA, *op. cit.*, p. 353 ss.

sulla relazione negoziale instaurata tra cliente/committente e prestatore d'opera⁽¹⁰⁾, la riflessione in proposito non può che estendersi al rilievo giuridico del tempo nei rapporti contrattuali che abbiano ad oggetto opere o servizi professionali, al grado di incidenza della tradizionale distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato nell'analisi della struttura del relativo rapporto obbligatorio e, per questa via, all'indagine sulla persistente attualità della rappresentazione che tradizionalmente si dà dei tratti caratterizzanti l'interesse creditorio nella tipologia di rapporti esaminata.

La presente riflessione è destinata ad accertare se e in quale misura dalla predeterminazione di un termine ovvero dalla programmazione negoziale della durata del rapporto si possa ricavare l'assunzione di uno specifico impegno delle parti alla cooperazione nella realizzazione dell'operazione economica dedotta in contratto, sì da ricavare spunti eventualmente utili ad una rinnovata configurazione normativa del potere di recedere del cliente/committente, quantomeno con specifico riferimento a contratti d'opera o di servizi intellettuali a tempo determinato⁽¹¹⁾.

Obiettivo di tale percorso analitico sarà comunque quello di pervenire a qualche conclusione, anche se per il momento solo parziale, circa le ragioni e la persistente attualità della distinzione della figura del professionista, per un verso, da quella del semplice prestatore d'opera e, per altro verso, da quella dell'appaltatore⁽¹²⁾, considerato che, se il riconosci-

(10) Di estremo interesse, per l'approccio critico adottato nell'analizzare il tema del rilievo giuridico attribuibile alla considerazione della persona nell'ambito degli scambi negoziali che hanno ad oggetto una prestazione di fare, la lettura di A. CATAUDELLA, *Intuitus personae e tipo negoziale*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, Napoli, 1972, p. 624 ss.

(11) Esigenze di spazio impongono di limitare per il momento solo a tale tipologia di contratti l'indagine circa l'opportunità di una rilettura della disciplina del recesso disposta dall'art. 2237, co. 1, c.c. Al fine di rafforzare ed articolare maggiormente le argomentazioni a sostegno di una siffatta rilettura, tuttavia, si ritiene indispensabile nel prossimo futuro la prosecuzione della riflessione in relazione a fattispecie contrattuali nelle quali siano dedotte prestazioni d'opera intellettuali ad esecuzione prolungata, concordate in vista del conseguimento di un risultato unitario.

(12) Secondo un'autorevole dottrina, ciò che distinguerebbe il contenuto della prestazione d'opera intellettuale dai contenuti delle prestazioni dovute rispettivamente dal lavoratore autonomo e dall'appaltatore, sarebbe la "libertà dei contenuti e dei fini di attività destinate ad altri e socialmente rilevanti, che implicano di certo, ma anche trascendono, i connotati essenziali, e tuttavia parziali, della intellettualità, della competenza e della discrezionalità". Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 1509. Sottolinea come all'interno del nostro ordinamento l'art. 2238 c.c., ai sensi del quale «se l'esercizio della professione costituisce elemento di un'attività organizzata in forma di impresa, si applicano anche le disposizioni del titolo II», accrediti l'idea dell'incompatibilità tra l'esercizio di una professione intellettuale e l'esercizio di un'attività di impresa solo con riguardo alle cosiddette professioni protette F. GALGANO, *L'imprenditore*, Bologna, 2006, p. 18. Precisa

mento del diritto di recesso *ad nutum* a favore del cliente/committente è il tratto che accomuna la disciplina delle fattispecie contrattuali di cui le tre figure menzionate sono rispettivamente parte, proprio su tale differenziazione insistono i particolari contenuti che l'art. 2237, co. 1 e 2, c.c. riserva agli effetti del recesso del cliente/committente, così come del prestatore d'opera intellettuale.

2. Tempo e struttura del rapporto obbligatorio nei contratti d'opera secondo gli orientamenti interpretativi maggioritari

Secondo l'insegnamento di una illustre dottrina⁽¹³⁾, ancora oggi largamente seguito, i contratti relativi allo scambio oneroso di prestazioni d'opera, poco importa se a maggior o minor contenuto intellettuale o se a carattere imprenditoriale o personale, possono essere ricondotte solo in senso atecnico alla categoria sistematica dei c.d. contratti di durata. In relazione a tali fattispecie contrattuali, infatti, il rapporto tra l'esecuzione della prestazione ed il decorso del tempo non assumerebbe alcun rilievo in ordine all'interesse perseguito dal creditore, configurandosi piuttosto come una semplice necessità connessa al perfezionamento dell'adempimento della prestazione oggetto del contratto. Certo, non si esclude che il creditore della prestazione d'opera o di servizi professionali possa anche ricercare la soddisfazione di un bisogno che duri nel tempo, ma oltre a sottolineare l'eccezionalità della frequenza di una simile evenienza, si registra come essa risulti dettata non tanto dall'esigenza creditoria di soddisfare nel tempo il proprio bisogno, quanto

invece che «vi è lavoro autonomo anche e finché l'uso di mezzi e strumenti materiali serve all'esplicazione dell'attività di lavoro del soggetto e non configura una "produttività" che ecceda quella del lavoro individuale; vi è impresa quando quel livello è superato, appunto come risultato del concorso determinante e qualificante di altri fattori», G. OPPO, *Impresa e imprenditore*, in *Diritto dell'impresa - Scritti giuridici*, Padova, 1992, p. 282. Più in generale, configurano l'inapplicabilità al professionista intellettuale dello statuto dell'impresa come un'immunità o anche un privilegio di tipo personale concesso per ragioni storiche, P. SPADA, *Impresa* (voce), in *Dig. disc. priv.*, VII, Torino, 1992, p. 54; F. GALGANO, *Le professioni intellettuali e il concetto comunitario di impresa*, cit., p. 3 ss. Si soffermano in particolare sulla necessità di ridefinire il rapporto tra la configurazione giuridica delle professioni intellettuali e la nozione di impresa alla luce delle forti sollecitazioni provenienti in tal senso dalle istituzioni comunitarie, A. BERLINGUER, *Stato, mercato e concorrenza nella UE: il caso delle professioni intellettuali*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 390 ss.; R. SALOMONE, *op. cit.*, p. 34 ss.; G. SICCHIERO, *Professione ed impresa dal Codice Civile al diritto comunitario*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, p. 2327 ss.; V. PUTORTI, *Prestazioni d'opera intellettuale e regole della concorrenza*, in *Contr. e impr.*, 2012, p. 139 ss.

(13) Cfr. G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, p. 143 e, in particolare, p. 164 ss.

dalla semplice richiesta di reiterare nel tempo l'opera o il servizio, sì da attribuire al programma negoziale connotati analoghi a quelli del contratto di somministrazione, come noto finalizzato alla ripetizione, senza soluzione di continuità o ad intervalli temporali più o meno regolari, di una medesima prestazione⁽¹⁴⁾.

Oggi invero nessuno ritiene più che l'obbligazione di prestare un'opera possa solo eccezionalmente divenire oggetto di un contratto di durata in senso tecnico, tanto più nel caso in cui la prestazione consista nella fornitura di un servizio, ovvero l'opera professionale non sia più richiesta in relazione alla soluzione di un problema specifico ma corrisponda piuttosto ad un'esigenza duratura di collaborazione tecnica espressamente manifestata dal creditore⁽¹⁵⁾. Ciò detto, tuttavia, l'approccio più diffuso al trattamento di siffatte ipotesi negoziali sembra essere comunque quello di considerarle alla stregua di manifestazioni esuberanti dallo schema tipico, come tali disciplinabili o mediante la tendenziale assimilazione a fattispecie negoziali di durata formalmente indicate come specifico parametro normativo di riferimento⁽¹⁶⁾, o tutt'al più mediante il richiamo delle sporadiche disposizioni che, con riguardo a contratti d'opera, risultino espressamente rivolte al trattamento di ipotesi in cui lo svolgersi dell'adempimento nel corso del tempo assuma essenziale rilievo ai fini della soddisfazione dell'interesse creditorio⁽¹⁷⁾.

Per il resto, il semplice qualificarsi della prestazione di fare come opera o servizio professionalmente qualificato, induce la grande maggioranza degli operatori giuridici ad ignorare, ai fini della disciplina applicabile al relativo rapporto obbligatorio ed in particolare alla sua estinzione per recesso di una delle parti, il dato del tempo necessario all'adempimento della prestazione. I dati che si suole ancora diffusamente evidenziare so-

(14) Cfr. G. OPPO, *op. cit.*, p. 173. Si tratta dunque di un contratto bensì di durata, ma avente ad oggetto dazioni di cose « distinte ed autonome, seppur connesse ». Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2003, p. 1104.

(15) Cfr. C. LEGA, *op. cit.*, p. 320; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, in *Tratt. Dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, Milano, 2000, p. 268; A. PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 184 ss.

(16) È il caso dell'appalto di prestazione continuative o periodiche di servizi, da disciplinarsi, ai sensi dell'art. 1667 c.c., osservando in quanto compatibili le norme del Capo VII del libro IV e quelle relative al contratto di somministrazione (artt. 1559 ss. c.c.). In proposito cfr. R. BOCCHINI, *Il contratto di somministrazione e di servizi*, in *I contratti di somministrazione e di distribuzione*, a cura di R. Bocchini, A.M. Gambino, Torino, 2011, p. 5 ss.

(17) È il caso della disciplina della revoca del mandato oneroso a tempo indeterminato ex art. 1725, co. 2, c.c. Cfr. F. BANDIERA, *Il recesso del committente nei contratti per l'esecuzione di opere o servizi*, Cagliari, 2000, p. 150 ss.; G. BURRAGATO, *Riflessioni in tema di recesso nel contratto d'opera intellettuale e rapporti di durata*, in *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di G. De Nova, Milano, 1994, p. 1015 ss.

no viceversa quelli della finalizzazione del rapporto al conseguimento di un risultato⁽¹⁸⁾, del carattere fiduciario del rapporto che si instaura tra il debitore ed il creditore della prestazione professionale, in virtù del quale qualcuno ha addirittura dubitato della natura contrattuale dello stesso rapporto⁽¹⁹⁾, ed infine quello della posizione di tendenziale preminenza che, in ragione della propria competenza ed esperienza, si presume il professionista/debitore assuma nei confronti del cliente/creditore⁽²⁰⁾. Appare in altri termini piuttosto scarsa la propensione ad interrogarsi sulla persistente attualità dell'interpretazione consolidatasi nel tempo in ordine alla struttura dei rapporti obbligatori che coinvolgono da una parte il cliente/committente e, dall'altra, il prestatore d'opera in qualità di soggetti impegnati nell'esecuzione di un contratto d'opera o di servizi intellettuali. Sicché scarsa appare anche la propensione a prendere in considerazione l'ipotesi che la previsione, gli effetti e gli eventuali limiti di azionabilità del diritto di recesso nei contratti d'opera ed in particolare nel contratto d'opera intellettuale siano correlati anche al rilievo giuridico che, quantomeno indirettamente, dovrebbe riconoscersi al dispiegarsi nel tempo

(18) Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Professioni intellettuali* (voce), in *Noviss. Digesto it.*, X, Torino, 1967, p. 25. Più specificamente ricorrono alla nozione di "risultato utile", A. PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 454 ss.; G. MARCHETTO, A. PRADI, *Professioni intellettuali* (voce), in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVIII, Torino, 1997, p. 362; G. MUSOLINO, *op. cit.*, p. 123 ss. Invero, occorre precisare che l'obbiettivo perseguito dagli Autori appena citati nell'indicare il risultato o il "risultato utile" atteso dal cliente quale oggetto della prestazione dovuta dal professionista, è quello di revocare in dubbio la validità della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, non certo quello di escludere, per questa via, il rilievo del dipanarsi dell'attività professionale nel corso del tempo. Al contrario, l'attenzione riposta nel distinguere il giudizio circa l'imputabilità dell'imperfetta o incompleta esecuzione della prestazione dalla valutazione circa l'effettiva soddisfazione dell'interesse creditorio, dimostra come il tempo in cui si realizzano i comportamenti necessari all'esatto adempimento rivesta rilievo giuridico, anche se solo ai fini dell'accertamento dell'eventuale responsabilità del professionista. Non altrettanta attenzione è tuttavia riservata ad una diversa e più coerente ripartizione dei rischi connessi alla scelta unilaterale del cliente di interrompere il rapporto contrattuale dopo l'inizio dell'esecuzione della prestazione e prima che sia trascorso il tempo necessario al pieno conseguimento del risultato atteso dal creditore. Non a caso, si è sostenuto che proprio in base al risultato utile conseguito debba stabilirsi l'an e il quantum dell'indennità prescritta dall'art. 2237 c.c. a favore del professionista receduto. Cfr. A. PERULLI, *op. ult. cit.*, pp. 717-718.

(19) Vi è chi espressamente ammette che «la sua attribuzione - del diritto di recesso (n.d.r.) - con le limitate conseguenze che comporta a carico del recedente, impedisce di qualificare come vero e proprio contratto l'accordo tra cliente e professionista intellettuale». Cfr. G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, p. 79.

(20) Cfr. G. BURRAGATO, *op. cit.*, p. 1007; A. PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 715 ss.; G. MUSOLINO, *op. cit.*, p. 535. Spiegava la disomogeneità della disciplina del potere di recesso del cliente e del professionista ex art. 2237 c.c., alla luce del dovere negoziale di fedeltà che graverebbe sul professionista nei confronti cliente, C. LEGA, *op. cit.*, p. 293.

dell'adempimento, ovvero dell'attività mediante la quale il professionista tende a procurare alla propria controparte il risultato utile atteso⁽²¹⁾.

La resistenza dottrinarina appena denunciata è in parte ascrivibile alla persistente vitalità del mercato delle prestazioni d'opera intellettuale che più da vicino riproducono il modello tradizionale delle *operae liberales*, all'elevato grado di affidamento ancora oggi riposto nel prestigio e nelle capacità soggettive del professionista, tanto più se di chiara fama e, non ultimo, anche al discreto seguito ancora oggi riscosso da rivendicazioni corporative di natura spiccatamente difensiva delle barriere all'accesso alle professioni e del carattere elitario del loro esercizio⁽²²⁾.

Dal punto di vista teorico il problema del fondamento normativo del *ius poenitendi* generalmente riconosciuto ai creditori di prestazioni d'opera intellettuale rimane però inalterato, tanto più che, per un verso, l'adesione ad una visione sempre più anacronistica della posizione socio economica del prestatore d'opera o di servizi intellettuali sconta il rischio della crescente "ineffettività" delle soluzioni interpretative che finora hanno governato l'applicazione giurisprudenziale delle norme sul recesso da tale tipologia di contratti⁽²³⁾. E, per altro verso, la sistematicità che in alcuni settori negoziali caratterizza la deroga alla disciplina legale si propone come chiaro indice dell'urgenza di una radicale rivisitazione funzionale di quella stessa disciplina⁽²⁴⁾.

(21) Tuttavia, importanti cenni circa il rilievo giuridico dello svolgersi nel tempo dell'attività professionale sono già presenti, a proposito del tema dell'irretroattività del recesso dalla *locatio operis*, in F. MANCINI, *il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Milano, 1962, p. 50 ss. e, più di recente in A. PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 454 ss.; G. MUSOLINO, *op. cit.*, p. 127 ss.

(22) La ridefinizione dei contorni strutturali del rapporto obbligatorio che lega il cliente/committente al professionista, cui potrebbe contribuire una rivalutazione del rilievo giuridico del tempo necessario per l'adempimento della prestazione, potrebbe avere come approdo una maggiore tutela del professionista rispetto a valutazioni scorrette o semplicemente capricciose del cliente nei suoi confronti, ma potrebbe anche avere come contropartita una perdita di indipendenza e di esclusività nella gestione dell'adempimento della prestazione e, viceversa, una maggiore esposizione alle insidie del mercato e della libera concorrenza. Sull'attuale contrasto tra la tendenza a rivedere la disciplina delle professioni intellettuali nella prospettiva del mercato e della concorrenza e la contrapposta tendenza a difendere una visione tradizionale delle professioni intellettuali, cfr. M. RABITTI, *op. cit.*, p. 785 ss.; C. CARRARO, *Riflessioni su professione intellettuale forense, liberalizzazione dei compensi e disciplina contrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 165 ss.

(23) Non è casuale che la disciplina codicistica del recesso sia già in parte derogata da norme speciali che, in relazione al recesso esercitato dal cliente dal contratto concluso con alcune categorie di professionisti (ingegneri, architetti e consulenti del lavoro), prevedono specifici obblighi indennitari a carico del recedente (art. 10 e 18, l. 2 marzo 1949, n. 143) o, ancora, obblighi di preavviso dell'eventuale disdetta del rapporto contrattuale a scadenza (art. 16, d.m. 30 marzo 1981). Cfr. G. MUSOLINO, *op. cit.*, pp. 549 e 557.

(24) In giurisprudenza sembra oggetto di un progressivo consolidamento l'orientamento

3. Ius poenitendi e contratti d'opera e di servizi intellettuali a termine

Si è detto della ricorrenza tutt'affatto eccezionale di contratti d'opera o servizi intellettuali conclusi in vista della soddisfazione di un bisogno duraturo del committente/cliente, creditore della prestazione. Proprio da tale fattispecie negoziale, dunque, si intende prendere le mosse per stabilire se l'applicazione della disciplina legale del recesso incontri in questi casi un temperamento, o se invece la relazione fiduciaria che tanta parte della dottrina e della giurisprudenza comunemente riconosce alla base di simili contratti debba comunque ritenersi prevalente rispetto all'esigenza di conseguire un certo risultato *ratione temporis*, con la conseguenza che non vi sarebbe ostacolo alcuno all'applicabilità della disciplina legale del recesso *ad nutum* anche nei riguardi di contratti d'opera o servizi professionali a tempo determinato⁽²⁵⁾.

La scelta di procedere ad un simile accertamento non è semplicemente dovuta all'esigenza di delimitare in modo più rigoroso l'ambito operativo dell'art. 2237 c.c. Ciò che qui interessa è anche, individuare spunti utili a rinnovare e rendere più flessibile l'interpretazione che tradizionalmente si dà di tale norma, anche al di là dell'ipotesi specifica di contratti d'opera o servizi intellettuali a termine.

favorevole ad ammettere la derogabilità pattizia dell'art. 2237 c.c. Con particolare riferimento ad ipotesi di rapporti contrattuali di durata, infatti, si riconosce che «l'apposizione di un termine ad un rapporto di collaborazione professionale continuativa può essere sufficiente ad integrare la deroga pattizia alla facoltà di recesso così come disciplinata dalla legge, non essendo a tal fine necessario un patto specifico ed espresso». Cfr. Trib. L'Aquila, 13 marzo 2012; App. Bologna, 20 giugno 2007; Trib. Milano, 23 aprile 2003; Trib. Cagliari, 8 aprile 2002; App. Milano, 23 ottobre 2001. Nella giurisprudenza di legittimità cfr. Cass., 4 giugno 2013, n. 14016; Cass., 8 maggio 2012, n. 6958; Cass., 21 dicembre 2006, n. 27293; Cass., 29 novembre 2006, n. 25238; Cass., 8 settembre 1997, n. 8690.

(25) Ritiene l'elemento fiduciario nel contratto d'opera intellettuale «particolarmente rilevante», tanto da comportare che «la facoltà di recesso del cliente, prevista dall'art. 2237 c.c., costituisca un elemento essenziale del negozio, caratterizzante dello stesso, e perciò non rinunciabile», neanche in ipotesi di contratto a tempo determinato, G. MUSOLINO, *op. cit.*, p. 538 s. In giurisprudenza cfr. Cass., 10 gennaio 1962, n. 10, in *Dir. lav.*, 1962, II, p. 69 ss., F. MOROZZO DELLA ROCCA, *Contratto d'opera professionale e apposizione di termine massimo di durata*. Più di recente, lo stesso orientamento è condiviso da Cass., 24 giugno 1992, n. 7753; Cass., 17 marzo 1980, n. 1760; Cass., 3 aprile 1974, n. 947. In relazione al recesso esercitato dal committente prima della scadenza di un contratto d'appalto di servizi a tempo determinato, da considerarsi pienamente legittimo in ragione del rilievo preminente che anche in questa fattispecie dovrebbe attribuirsi all'*intuitu personae*, cfr. Cass., 29 agosto 1997, n. 8254, in *Contratti*, 1998, p. 136 ss. Ma, ancora in relazione ad un contratto d'appalto di servizi continuativo, per un'opinione di segno distinto, cfr. Pret. Bari 21 marzo 1954, in *Foro it.* 1955, c. 1287, con nota di F. CARNELUTTI, *Prestazione continuativa di servizio e recesso unilaterale*.

Si insegna infatti che il riconoscimento del diritto di recesso *ad nutum* al cliente/committente di una prestazione d'opera o di servizi, contenuto, oltre che dall'art. 2237 c.c. con specifico riferimento alle prestazioni personali a preminente contenuto intellettuale, anche dagli artt. 1671, 1723, 1734, 1738 e 2227 c.c., discenda dall'esigenza di sancire in qualsiasi momento, mediante l'interruzione del rapporto contrattuale, la perdita della fiducia sulla quale si era instaurata la relazione con la controparte⁽²⁶⁾. Il rilievo materiale del tempo normalmente richiesto per l'esecuzione di un'opera o di un servizio non può che essere riconosciuto quando ci si sofferma sulla questione della retroattività o irretroattività del recesso e sulla conseguente determinazione della funzione da attribuire agli obblighi che quegli stessi articoli dispongono a carico del recedente⁽²⁷⁾. Ma ugualmente scarsa considerazione riceve il dato specifico della frustrazione che il recesso *ad nutum* produce in ordine all'investimento temporale effettuato dal debitore della prestazione con la conclusione del contratto⁽²⁸⁾. È evidente allora che l'ineludibile tensione tra l'incertezza strutturale del vincolo negoziale, derivante dalla centralità assegnata al dato fiduciario nella vicenda del rapporto contrattuale, e la contrapposta esigenza di evitare che il suo fisiologico svolgimento assuma contorni di aleatorietà, acquisti vigore ancora maggiore proprio quando le parti concordino l'erogazione di una prestazione d'opera o di servizi per un periodo di tempo determinato.

(26) Cfr. G. GIACOBBE, D. GIACOBBE, *Il lavoro autonomo*, in *Il Codice Civile - Commentario Schlesinger*, Milano, 2009, p. 245 e 252; G. MUSOLINO, *op. cit.*, p. 534; F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 27. In relazione al contratto d'appalto, la migliore dottrina dubita che il fondamento della disciplina del recesso ex art. 1671 c.c. sia individuabile nel rilievo dell'*intuitus personae*, preferendo ricercarlo nell'oggettiva diseconomicità della permanenza in vita di un vincolo negoziale finalizzato alla realizzazione di un'opera o di un servizio divenuti privi di interesse per il committente. Cfr. F. MANCINI, *op. cit.*, p. 218; D. RUBINO, G. IUDICA, *Dell'appalto*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja, Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna, 2007, p. 498-499.

(27) Non è un caso se il più fermo sostenitore della tesi della retroattività del recesso sia anche colui il quale, nel modo più compiuto, ha negato l'ascrivibilità dei contratti d'opera o di servizi alla categoria dei contratti di durata. Cfr. G. OPPO, *op. cit.*, p. 245. La dottrina maggioritaria, viceversa, seppure con minore coerenza, propende per l'irretroattività del recesso: cfr. F. MANCINI, *op. cit.*, p. 58 ss.; S. SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano, 1965, p. 44 s.; W. D'AVANZO, *Recesso (voce)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, p. 1042; G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 81; G. MUSOLINO, *op. cit.* p. 533; M. RABITTI, *op. cit.*, p. 836.

(28) Spesso, infatti, a proposito della funzione assolta dai diversi obblighi indennitari che il legislatore dispone a carico del cliente/committente recedente, ci si limita ad evocare la nozione di equità: cfr. S. SANGIORGI, *op. cit.*, p. 45 s. Si tenterà invece di chiarire come il tempo programmato per il perfezionamento dell'adempiimento, se da un lato rende giuridicamente praticabile il recesso in corso d'opera, dall'altro, dovrebbe ugualmente sempre rilevare in relazione alla definizione degli strumenti di compensazione degli effetti del recesso previsti a favore della parte receduta.

Per questa ragione si intende dimostrare l'ammissibilità di una ridefinizione dell'ambito e della misura dell'applicabilità dell'art. 2237 c.c. in relazione a contratti d'opera intellettuale in cui alla fiducia nella persona del professionista si affianchi il carattere temporalmente determinato dell'interesse creditorio; e, contestualmente, si vuole conseguire un primo risultato utile al ridimensionamento della tradizionale preminenza assegnata al dato fiduciario nella determinazione del profilo causale dello scambio integrato dallo schema del contratto d'opera o di servizi professionali, a termine o privo di un termine.

Prima di avviare l'analisi rivolta a verificare se ed in che misura siano proponibili limiti o temperamenti all'applicabilità dell'art. 2237 c.c. al recesso *ad nutum* del committente/cliente da rapporti contrattuali programmati per avere una durata determinata, va tuttavia ricordato come ancora in tanti facciano riferimento proprio a quella norma ai fini del trattamento di tali ipotesi. Costoro argomentano sia facendo leva sulla confusione che spesso si opera tra il termine quale indice del tempo dell'adempimento e il termine quale indice di durata del rapporto contrattuale⁽²⁹⁾, sia sostenendo la piena compatibilità tra il protrarsi nel tempo del rapporto e la persistente facoltà del cliente di pentirsi dell'utilità dell'opera o del servizio dovuto dalla controparte⁽³⁰⁾. La chiave di lettura delle norme che disciplinano tale particolare causa di esaurimento dell'efficacia del contratto sembra qui condizionata dall'idea che la rappresentazione negoziale della composizione degli opposti interessi ascrivibili alle parti sia il frutto di un'insopprimibile esigenza di formalizzazione, ma che, al di là delle forme, lo specifico fondamento del rapporto obbligatorio vada ricercato più che in un vero e proprio scambio di mercato in una relazione socio-economica animata, per un verso, dalla fiducia del creditore nell'attitudine del debitore a soddisfare il suo interesse e, per altro verso, dallo spirito di servizio di chi si ritiene depositario delle particolari conoscenze ed esperienze corrispondenti alle attese solutorie della controparte⁽³¹⁾. Sicché, il venir meno della fiducia,

(29) Cfr. A. PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 727 ss. Nello stesso senso cfr. A. GUIOTTO, *Contratto d'opera intellettuale sottoposto a termine e recesso del cliente*, in *Contratti*, 1993, p. 607; F. BANDIERA, *op. cit.*, p. 178.

(30) Cfr. A. PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 730; G. GIACOBBE, *Professioni intellettuali* (voce), in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 1082.

(31) Riflettendo sul tenore della previsione *ex art.* 2383 c.c. del diritto dell'amministratore di una società per azioni al risarcimento dei danni, ove revocato senza giusta causa, al fine di affermare a carico dello stesso amministratore l'onere della prova del danno subito, sottolinea come non necessariamente l'onerosità di una prestazione contrattuale implichi, in quest'ipotesi come anche nell'ipotesi del contratto d'opera intellettuale, l'esistenza di un rapporto di corrispettività tra prestazione e contro prestazione F. GALGANO, *Recensione*

quale che ne sia la ragione, non può che giustificare, anche nel caso dell'iniziale previsione di un termine di durata, il venir meno dell'impegno assunto dal cliente/committente di ricevere l'adempimento della prestazione d'opera, data la sua totale perdita di utilità⁽³²⁾.

Per vero, non tutti gli autori che individuano nell'inevitabile instabilità del dato fiduciario il fondamento della norma disposta dall'art. 2237 c.c., a fronte dell'evidente contraddizione tra il singolare contenuto di questa norma e il principio della vincolatività del contratto ex art. 1372 c.c., escludono la corrispettività del rapporto tra cliente e professionista o addirittura si spingono a revocarne espressamente in dubbio la natura negoziale⁽³³⁾. Tuttavia, ciò non può che accrescere la difficoltà a comprendere come, in presenza della predeterminazione di una scadenza del vincolo contrattuale, non si ritenga necessaria alcuna modulazione del riconoscimento in capo al solo cliente/committente del *ius poenitendi*, considerato che, per un verso, in altre ipotesi contrattuali a tempo determinato che hanno ad oggetto prestazioni di fare di natura imprenditoriale, in caso di recesso anticipato di una delle parti si ritenga applicabile la regola generale della recedibilità solo per giusta causa⁽³⁴⁾; e che del pari si ometta ogni riferimento all'art. 1725 c.c., il quale, a proposito della revoca del mandato oneroso conferito per un tempo determinato, non ne esclude l'azionabilità ma, in assenza di giusta causa, dispone a carico del mandante il risarcimento del danno⁽³⁵⁾.

a Minervini - gli amministratori di società per azioni, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, pp. 619-621. Nello stesso senso, G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 79. Parlano della «sussistenza di un'intima connessione tra interesse pubblico e interesse privato» alla base del rapporto di prestazione d'opera professionale, G. GIACOBBE, D. GIACOBBE, *op. cit.*, p. 217.

(32) Ritiene che «accentuata fiduciarità, obbligazione potestativa *ex parte creditoris*, tutela del contraente «debole» sono tutti elementi che convergono a garantire l'interesse *hinc inde* all'estinzione, rovesciando l'ordine sancito dall'art. 1372», A. PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 715.

(33) A. PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 715. Riconoscono la natura negoziale del rapporto tra gli altri, C. ASSENTI, *Le professioni intellettuali e il contratto d'opera*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, XV, 2, Torino, 1986, p. 1474; G. MUSOLINO, *op. cit.*, p. 90 s.

(34) Sostengono che il recesso da un contratto di agenzia o di *franchising* concluso a tempo determinato sia legittimo solo per grave inadempimento dell'altra parte, essendo in caso contrario equiparabile ad un inadempimento imputabile al recedente, R. BALDI, A. VENEZIA, *Il contratto di agenzia - La concessione di vendita e il Franchising*, Milano, 2008, p. 181 e p. 298-299. Tra i pochi Autori che, in ipotesi di contratto d'opera professionale a tempo determinato, ritengono legittimo il recesso *ante tempus* solo per giusta causa, cfr. G. BURRAGATO, *op. cit.*, p. 1024.

(35) Autorevole dottrina ritiene che in questo caso, come anche nelle ipotesi previste dagli artt. 1671 e 2227 c.c., più che di scioglimento anticipato del contratto debba parlarsi di modificazione unilaterale dell'oggetto del contratto, con esclusivo riguardo alla prestazione

Certo, è incontestabile che lo scenario delle relazioni socio-economiche considerato dal legislatore del '42 nel dedicare un'apposita disciplina ai contratti aventi ad oggetto l'esecuzione di prestazioni professionali fosse ancora prevalentemente caratterizzato dall'indiscusso prestigio sociale, economico e politico riconosciuto a coloro i quali si dedicavano all'esercizio delle c.d. *operae liberales*. Così come forte era la volontà politica di valorizzare il rilievo pubblico ascrivibile all'esercizio di una professionale intellettuale, a maggior ragione se appartenente alla categoria di quelle il cui svolgimento richiedeva l'iscrizione in appositi albi o elenchi (art. 2229 c.c.)⁽³⁶⁾.

Ma altrettanto indubbio è che tale scenario abbia subito nel tempo profonde trasformazioni riconoscibili soprattutto nella marcata commercializzazione e spersonalizzazione del rapporto. Dati rilevanti in questo senso sembrano il crescente condizionamento esercitato dal sapere tecnico sulla capacità soggettiva di creazione ed elaborazione dei contenuti della prestazione professionale in base alle specifiche esigenze del cliente, la diversa qualità ed intensità del coordinamento, spesso richiesto in relazione all'adempimento da parte del professionista, con la sfera degli interessi creditori ed infine la diffusa propensione delle nuove generazioni di professionisti di proporsi sul mercato come "imprenditori di sé stessi", adottando una prospettiva che, senza nulla togliere all'elemento, comunque irriducibile, della personalità della prestazione, rende quest'ultima il disincantato oggetto di un'attività di tipo imprenditoriale.

Un'interpretazione che, ove sia stata concordata una durata determinata del contratto d'opera o di servizio intellettuale, ridimensioni l'operatività del recesso *ad nutum*, dunque, non pare possa più essere esclusa con la stessa decisione del passato, tanto più se confortata da un crescente favore dottrinario e giurisprudenziale, nonché da una serie di dati di natura sistematica che di seguito si tenterà di evidenziare.

della controparte. Cfr. G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 80. Sostiene l'applicabilità in via analogica dell'art. 1725 c.c. alla generalità dei contratti d'opera o di servizi di durata ma non al contratto d'opera intellettuale, F. BANDIERA, *op. cit.*, p. 151 ss. In giurisprudenza, esclude l'applicabilità dell'art. 1725 c.c. al recesso del cliente da un contratto d'opera professionale in ragione «del particolare rapporto fiduciario» tra le parti, Cass., 12 agosto 1989, n. 3707.

(36) Per un'efficace ricostruzione storica del ruolo rivestito dalla categoria degli esercenti *operae liberales* nello sviluppo e nel consolidamento delle moderne società liberali, cfr. M. RABITTI, *op. cit.*, p. 764 ss.

4. (segue) *Puntualizzazioni sul rilievo giuridico del termine*

Il contesto negoziale sul quale per il momento si è scelto di soffermare l'attenzione è quello dei contratti d'opera e di servizi professionali stipulati per avere una durata temporalmente determinata, in quanto si è ritenuto che da qui si dovesse partire per verificare la tenuta dell'opinione dottrinarica che giudica irrilevante, nella caratterizzazione causale dei contratti che abbiano come oggetto la prestazione di opere o servizi intellettuali, la dimensione temporale e che, d'altra parte, individua nell'irrimediabilità della perdita di fiducia nella persona della controparte il fondamento del recesso *ad nutum* azionabile dal cliente/committente.

Ebbene, prima di affrontare la questione della reale incidenza dell'*intuitus personae* nella realizzazione dell'operazione di scambio tipica dei contratti in esame, appare opportuno sgomberare il campo da un ulteriore possibile equivoco circa l'indicazione pattizia di un termine. Per quanto infatti nessuno escluda più che un contratto d'opera o di servizi professionali possa essere concluso per una durata determinata, l'effettiva consistenza del fenomeno potrebbe essere revocata in dubbio da un'interpretazione della scadenza convenzionalmente indicata quale termine di adempimento piuttosto che di durata dell'esecuzione del contratto⁽³⁷⁾.

Invero, l'attendibilità di una ricostruzione della funzione assoluta da tale componente c.d. accidentale del contratto quale soglia temporale concessa al debitore per programmare liberamente il momento in cui compiere l'attività finalizzata alla soddisfazione del creditore, non solo è smentita dalla prassi negoziale, nella quale è sempre più frequente la ricerca di prestazioni intellettuali che impegnino il professionista ad una collaborazione progettuale con la controparte per un periodo di tempo determinato; ma è anche minata dalla più recente giurisprudenza di merito e di legittimità, la quale, come si è visto, nella fissazione convenzionale di un termine riconosce ormai in modo pressoché unanime la chiara indicazione di una predeterminazione temporale del vincolo contrattuale⁽³⁸⁾.

D'altronde, sembra ben strano che, ove le parti non intendano intrattenere un rapporto contrattuale di durata ben delimitato nel tempo, ma scelgano solo di concordare un termine di adempimento, non preven-

(37) Sulla distinzione teorica tra termine di adempimento e termine di esecuzione del contratto per tutti cfr. A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da Scialoja, Branca, Bologna/Roma, 1994, p. 164 ss.

(38) V. *infra*, par. 2, nt. 24.

gano il rischio di una interpretazione distorta del fondamento causale del contratto, rendendo esplicita la funzione assoluta da tale accordo.

Non può dunque escludersi in via di principio che, ove le parti si accordino per l'erogazione di un'unica opera o di un unico servizio intellettuale, l'indicazione di un termine temporale serva a stabilire il momento entro il quale il debitore può procedere all'adempimento *uno actu* della prestazione, rimanendo nel frattempo esposto all'esercizio del *ius poenitendi* accordato dall'art. 2237 c.c. al cliente. Ma sembra si possa comunque concordare sia sulla maggiore frequenza nella prassi di rapporti contrattuali predisposti per durare per un certo periodo di tempo, sia sulla configurabilità dell'apposizione di un termine temporale ad un contratto d'opera o di servizi professionali quale indice della ricorrenza di un contratto a durata determinata, demandando alla produzione di prove inequivoche l'eventuale accertamento di una contraria volontà delle parti⁽³⁹⁾.

5. L'applicabilità analogica dell'art. 1725 c.c. ed il rilievo delle norme di diritto comune nella disciplina del recesso ante tempus da un contratto d'opera a tempo determinato. Critica

Alla luce delle considerazioni appena svolte, non sembra si possa ulteriormente indugiare sul carattere eccezionale di contratti di prestazioni d'opera o di servizi intellettuali stipulati per durare nel tempo, pervenendo per questa via a sminuire il problema della conciliabilità tra il rilievo giuridico che si ritiene rivesta la fiducia del cliente nelle abilità e nelle competenze personali del professionista nel momento della conclusione del contratto e l'impegno negozialmente assunto dal medesimo cliente di avvalersi della collaborazione professionale della controparte per un periodo di tempo determinato.

Taluno a riguardo ha ritenuto che un'efficace soluzione della questione possa individuarsi, per i contratti d'opera a tempo determinato diversi da quello disciplinato dal Libro V, Titolo III, Capo II del Codice Civile, nell'applicazione analogica dell'art. 1725 c.c., ai sensi del quale, ove il mandato oneroso sia stato concordato per un periodo di tempo

(39) L'indirizzo in passato prevalente in giurisprudenza richiedeva, all'opposto, che, la volontà di riferire il termine alla durata del vincolo negoziale e non all'adempimento della prestazione dovesse emergere in modo espresso ed inequivoco, non essendo altrimenti sufficiente la semplice indicazione di una scadenza ad escludere l'azionabilità del recesso ex art. 2237 c.c. Cfr. Cass., 24 giugno 1992, n. 7753; Cass., 8 settembre 1997, n. 8690; Cass., 25 marzo 1998, n. 3145.

determinato o per un determinato affare, la sua revoca prima della scadenza del termine o del compimento dell'affare obbliga il mandante al risarcimento del danno, salvo ricorra una giusta causa⁽⁴⁰⁾. Considerato che la disposizione evocata non impedisce l'atto del recesso unilaterale ma associa alla sua ricorrenza un'obbligazione risarcitoria a carico del mandante⁽⁴¹⁾, un simile percorso interpretativo avrebbe il vantaggio di preservare la liceità del ripensamento fondato sulla perdita di fiducia nella controparte, consentendo ugualmente un ristoro a favore della parte receduta⁽⁴²⁾. La stessa soluzione non sarebbe tuttavia applicabile all'ipotesi del recesso del cliente da un contratto d'opera o di servizi intellettuali sottoposto ad un termine convenzionale, poiché in questo caso dovrebbe comunque applicarsi l'art. 2237 c.c. in ragione dell'insopprimibile preminenza del dato fiduciario⁽⁴³⁾. La ragione per cui tale dato inciderebbe in misura diversa sulla disciplina del recesso del cliente, a seconda che la scelta di interrompere unilateralmente il rapporto investa le sorti di un contratto di mandato o invece quelle di un contratto d'opera intellettuale, non risulta invero particolarmente argomentata⁽⁴⁴⁾.

(40) Cfr. F. BANDIERA, *op. cit.*, p. 151 ss.

(41) Da più parti tale ipotesi di recesso è stata qualificata come atto lecito dannoso. Cfr. G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Trattato di Diritto Civile Vassalli*, Torino, 1952, p. 184; A. LUMINOSO, *Mandato, Commissione, Spedizione, Trattato di Diritto Civile e Commerciale Cicu, Messineo*, XXXII, Milano, 1984, p. 467.

(42) Ristoro che tuttavia non equivarrebbe, secondo l'opinione che si riporta, al valore di tutte le perdite eventualmente subite, alla stregua di quanto disposto dall'art. 1223 c.c., ma avrebbe piuttosto la natura di un'indennità commisurata alle spese sostenute, al lavoro svolto ed al mancato guadagno, a sua volta ricavato dalla differenza tra quanto dovuto per l'intero periodo di collaborazione concordato ed il compenso maturato per le prestazioni già eseguite. Cfr. F. BANDIERA, *op. cit.*, p. 152-153.

(43) Cfr. F. BANDIERA, *op. cit.*, p. 152 s. L'unica concessione alla derogabilità dell'art. 2237 c.c. riguarderebbe, oltre che naturalmente la disciplina del recesso del datore di lavoro da un contratto d'opera intellettuale concluso in regime di subordinazione, il recesso da un contratto d'opera intellettuale che riveli una posizione di dipendenza del prestatore d'opera dal cliente tale da suggerire l'applicazione analogica delle norme che, al tempo in cui l'opinione veniva espressa, componevano la disciplina delle prestazioni rese in regime di c.d. parasubordinazione. Cfr. F. BANDIERA, *op. cit.*, pp. 154-158. Allo stesso modo, esclude l'applicabilità dell'art. 1725 c.c. persino all'ipotesi di revoca di un mandato professionale in ragione della natura speciale dell'art. 2237 c.c., L. NANNI, *Dell'estinzione del mandato*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da Scialoja, Branca, Bologna, 1994, p. 77.

(44) Non sembra superfluo ricordare in proposito come, nel vigore del Codice Civile del 1865, l'opinione largamente maggioritaria in dottrina accostava il contratto d'opera intellettuale al contratto di mandato, al fine di evitarne la rappresentazione, ritenuta del tutto svilente, quale ipotesi particolare di *locatio*: cfr. G. MUSOLINO, *op. cit.*, p. 92 ss. Si coglieva in particolare la deducibilità della prestazione d'opera intellettuale, alla stregua di quella del mandatario, in rapporti di natura contrattuale non sinallagmatici, ma egualmente

Ma soprattutto non appare del tutto chiaro il motivo per cui, al di là dell'inderogabilità sancita con esclusivo riferimento all'art. 2237 c.c., con riguardo ai contratti d'opera e d'appalto per un verso si ritenga auspicabile l'applicazione analogica dell'art. 1725 c.c. e, per altro verso, si ritenga che a carico del cliente/committente recedente gravino effetti indennitari del tutto equivalenti a quelli già previsti rispettivamente dagli artt. 2227 e 1671 c.c. come conseguenza dell'esercizio del recesso legale in ipotesi negoziali che abbiano ad oggetto l'esecuzione di una singola opera o di un servizio⁽⁴⁵⁾.

Altra parte della dottrina, affrontando la medesima questione, ha ritenuto che ove ricorra un contratto a tempo determinato d'opera o di servizi, anche se a prevalente contenuto intellettuale, non possa farsi a meno di onorare il vincolo contratto per l'intero periodo programmato, rinviando al momento concordato per l'eventuale disdetta o al più tardi al momento della scadenza ogni valutazione circa l'opportunità di proseguire ovvero interrompere il rapporto intrattenuto con la controparte. La ragione di ciò andrebbe ricercata nella diversa caratterizzazione della pretesa creditoria, rivolta principalmente al conseguimento di una «generica disponibilità delle prestazioni del professionista», la quale escluderebbe l'abituale posizione di debolezza del cliente, facendo venir meno anche il fondamento del riconoscimento a suo favore del diritto di recesso *ad nutum*⁽⁴⁶⁾. In tutti questi casi e senza eccezioni per i contratti

caratterizzati dalla previsione di un compenso, esaltando per questa via anche la distanza tra la "nobiltà" dell'attività dovuta dal professionista e la "materialità" della prestazione dovuta quale oggetto di un semplice contratto d'opera, di cui non a caso nessuno metteva in dubbio la corrispettività: cfr. G. MUSOLINO, *op. cit.*, p. 93. Per quanto il Codice del '42 abbia rimesso ampiamente in discussione siffatto orientamento, non pare che l'odierna differenza nella caratterizzazione dell'oggetto dei due contratti di mandato e d'opera intellettuale, così come l'effetto interpositorio prioritariamente perseguito dal mandante, siano sufficienti ad escludere ogni tentativo di accostamento funzionale tra le due fattispecie negoziali, tanto più ove lo stesso esercizio sia ritenuto praticabile con specifico riferimento alla disciplina dell'estinzione, per recesso del cliente, dal contratto d'opera. Sul rapporto tra contratto d'opera e mandato si rinvia anche a G. GIACOBBE, D. GIACOBBE, *op. cit.*, p. 62 ss.

(45) Non si vede perché, in altri termini, ricorrere all'applicazione analogica dell'art. 1725 c.c., il quale per altro, secondo un orientamento ormai minoritario, potrebbe anche comportare un più pesante onere probatorio a carico della parte receduta, cfr. F. GALGANO, *Recensione a Minervini, op. cit.*, p. 620 s., quando, facendo leva proprio sulla centralità del dato fiduciario, potrebbe più semplicemente proporsi un'interpretazione estensiva della disciplina del recesso legale, utile a consentirne l'applicazione anche alle ipotesi di recesso del cliente/committente da contratti d'opera conclusi per un tempo determinato.

(46) Si argomenta in particolare che, ove il contratto di prestazione d'opera intellettuale sia stipulato per un periodo di tempo determinato, l'interesse primario del cliente sarebbe equiparabile a quello del datore di lavoro/committente nelle ipotesi in cui la prestazione d'opera sia oggetto di un contratto di lavoro subordinato o di un contratto di lavoro autonomo

d'opera o servizi intellettuali, allora, l'eventuale interruzione unilaterale del rapporto, in anticipo rispetto alla scadenza e senza giusta causa, equivarrebbe ad un inadempimento, comportando l'obbligo di risarcire il danno secondo quanto disposto dal diritto comune⁽⁴⁷⁾. Come è evidente, il dato materiale della durata del vincolo indurrebbe in sé a riconoscere una diversa connotazione funzionale del rapporto obbligatorio, tale per cui l'evenienza di un abbandono unilaterale del vincolo contrattuale prima del termine prefissato per il suo esaurimento andrebbe trattata non più alla stregua del particolare favore per il cliente/committente espresso dall'art. 2237 c.c., ma in base alle disposizioni normalmente applicabili alle ipotesi di recesso ingiustificato da un contratto di lavoro a termine. Nessuna particolare considerazione sarebbe invece riservata all'ipotesi che a connotare il diverso atteggiarsi del rapporto obbligatorio sia, più che la conformazione dell'interesse creditorio in sé, il differente rilievo attribuibile alla fiducia⁽⁴⁸⁾, in un contesto negoziale in cui interesse fondamentale del creditore della prestazione pare essere quello di godere in via continuativa delle utilità ricavabili dall'impegno contratto dal professionista, cui comunque il cliente si sia affidato in virtù della specifica dotazione di conoscenze e abilità riconosciutagli. È proprio in questa diversa prospettiva d'indagine che qui invece si intende procedere. Nulla infatti, sembra autorizzare l'automatica associazione tra il carattere duraturo del vincolo contrattuale e la distinta qualità della pretesa creditoria rispetto a quella normalmente manifestata dal cliente/committente.

6. La disciplina del recesso tra durata e presunta fiduciarità del vincolo contrattuale: una proposta ricostruttiva

Il dato dal quale si intende avviare l'indagine è dunque quello per cui, ove il contratto di prestazione d'opera o servizi intellettuali sia stipulato a tempo determinato, la misura della pretesa creditoria rimanga inalterata quanto al

connotato da un regime di parasubordinazione. Cfr. G. BURRAGATO, *op. cit.*, p. 1023 s.

(47) Cfr. G. BURRAGATO, *op. cit.*, p. 1019 ss. Con specifico riferimento ai contratti d'opera o d'appalto, uniforma il contenuto della nozione di giusta causa a quello dell'inadempimento di notevole importanza utile alla risoluzione del contratto di somministrazione disposto dall'art. 1564 c.c., F. TOFFOLETTO, *Il recesso nel contratto d'opera e nel contratto di lavoro autonomo di durata*, in *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di G. DE NOVA, Milano, 1934, p. 993 s.

(48) Esaminando il tema delle obbligazioni del professionista, d'altronde, già C. LEGA, *op. cit.*, p. 284, osservava che «non può escludersi anche un affidamento del professionista per quanto si riferisce all'aspettativa di collaborazione da parte del cliente e al pagamento del compenso e delle spese».

particolare affidamento riposto nelle abilità e conoscenze della persona del professionista. Proprio in ragione di tale inalterato affidamento, così come in ragione della complessità e dell'articolazione temporale dell'impegno professionale richiesto, occorre verificare se possa fondatamente ritenersi che il cliente/committente, accettando di intraprendere con la controparte una collaborazione strutturalmente programmata in vista della realizzazione di uno o più obiettivi, debba anche addossarsi l'onerosità, altrimenti esclusa, della decisione di azionare, prima della scadenza del termine, il *ius poenitendi* di cui all'art. 2237 c.c. In altri termini, poiché non pare possa continuare a dubitarsi della piena compatibilità tra la volontà del cliente/committente di concludere il contratto per l'erogazione di prestazioni d'opera o servizi intellettuali con una persona prescelta in base alle sue qualità professionali e/o alla sua notorietà, ed il carattere duraturo del bisogno che si intende soddisfare mediante la stipula del relativo contratto⁽⁴⁹⁾, l'indagine che sembra più opportuno intraprendere riguarda innanzitutto l'attendibilità di una chiave di lettura che consenta di coniugare il dato normativo dell'indubbio favore accordato dall'art. 2237 c.c. all'esigenza del creditore di liberarsi dal vincolo contrattuale in qualsiasi momento e senza alcun obbligo di motivazione, con l'integrità del principio, ricavabile dalla chiara formulazione dell'art. 1372 c.c., dell'impegnatività dell'atto negoziale per tutto il periodo concordato. Nella fattispecie qui esaminata, ciò dovrebbe condurre a meccanismi di più marcata tutela, non tanto di un generico interesse alla stabilità del rapporto, quanto dell'interesse, che dovrebbe essere condiviso dalle parti, ad una ragionevole certezza delle attività e degli eventuali investimenti programmati in vista del conseguimento del risultato atteso.

In questa prospettiva, può innanzitutto osservarsi come, quale che sia il significato giuridico effettivamente attribuibile al termine fiducia e indipendentemente dalla sua incidenza sulla caratterizzazione funzionale del tipo negoziale⁽⁵⁰⁾, il peso esercitato da tale elemento sulla disciplina

(49) A riguardo, un'ulteriore conferma proviene dalla prassi dei contratti di lavoro subordinato che abbiano ad oggetto incarichi professionali tipo dirigenziale, i quali, pur configurandosi come contratti di durata, si ritengono profondamente condizionati dal rilievo del dato fiduciario. Come è noto, il licenziamento del dirigente assunto con un contratto a tempo determinato è condizionato alla sussistenza di una giusta causa ex art. 2119 c.c. Giova ricordare inoltre che, ai sensi dell'art. 2383 c.c., l'amministratore di una società per azioni, per quanto revocabile dall'assemblea in qualunque tempo, ha diritto al risarcimento del danno ove la revoca avvenga senza giusta causa, mentre, ai sensi dell'art. 2400 c.c., i sindaci sono revocabili, con delibera approvata con decreto dal tribunale, sentito l'interessato, solo per giusta causa.

(50) Non mancano in dottrina forti riserve circa la riconoscibilità all'interno del nostro ordinamento di schemi contrattuali funzionalmente connotati dal dato fiduciario, inteso nel senso della particolare considerazione attribuita dal creditore alla persona del debitore. Cfr. C. SMURAGLIA, *op. cit.*, p. 21. Ritiene che «determinate specie di negozi, per il

del potere di recesso del cliente non potrà che risultare ridimensionato dall'espressa manifestazione negoziale dell'interesse creditorio alla continuità della prestazione professionale o della disponibilità alla sua erogazione. Nella fattispecie considerata risulta invero del tutto singolare che il cliente, pur avendo richiesto alla controparte un impegno professionale temporalmente determinato, mantenga il potere unilaterale di provocare in qualsiasi momento, senza alcuna giustificazione e senza alcun obbligo indennitario a favore della controparte, l'estinzione del rapporto. Dovrà riconoscersi, allora, che, in qualità di mero creditore della prestazione, il cliente/committente potrà dirsi gravato solo da un onere di cooperazione nei confronti del debitore⁽⁵¹⁾; ma dovrà pure ammettersi che, in qualità di parte contraente di un programma negoziale cui ha accettato di assegnare una prospettiva temporalmente predefinita, ove intenda unilateralmente esaurirne l'efficacia, sia che la ragione soggettiva di tale scelta vada ricercata nella sfiducia eventualmente maturata nei confronti della controparte, sia che invece essa risieda in un diverso ordine di valutazioni circa la persistente convenienza del rapporto contrattuale, il cliente/committente potrà farlo prima del termine solo sostenendo un costo, ovvero adempiendo un'obbligazione pecuniaria che assicuri comunque alla controparte il conseguimento dei risultati economici legittimamente attesi dalla piena realizzazione del detto programma negoziale.

Da questo punto di vista, non può che convenirsi con l'indirizzo dottrinario che riconosce a carico del cliente/committente che abbia esercitato un recesso anticipato privo di giusta causa un'obbligazione risarcitoria⁽⁵²⁾. Ciò che però non convince di tale proposta ricostruttiva è il suo far leva sul rinvio alle norme di diritto comune. Nel sistema codicistico, infatti, esistono norme particolari come quelle destinate alla disciplina della revoca nel mandato che, per fattispecie ed effetti, paiono destinate alla soluzione di tipi normativi di problemi del tutto assimilabili a quello di cui si dibatte⁽⁵³⁾. Sembra cioè che nella disciplina dell'interruzione

genere di rapporti che instaurano fra le parti e per la funzione cui assolvono, comportano normalmente questa rilevanza della persona, onde può dirsi che *l'intuitus personae* concorre alla caratterizzazione del tipo sul piano sociale. Non però sul piano legale», A. CATADELLA, *op. cit.*, p. 657.

(51) Sul tema cfr., G. GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965, p. 74 ss.; C. CATTANEO, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1967, p. 56 ss.

(52) Cfr. G. BURRAGATO, *op. cit.*, p. 1019 ss.

(53) Sebbene sia indubbio che al contratto di mandato il Codice del '42 attribuisca un profilo causale e un oggetto specifici e distinti da quelli attribuiti al contratto d'opera intellettuale - in proposito v. *infra*, nt. 44 - non sembra possa del pari negarsi l'esistenza di elementi di contatto tra le due fattispecie negoziali, non ultima la circostanza che in

unilaterale del rapporto contrattuale prima del suo termine naturale e senza giusta causa, proprio la disposizione formulata dall'art. 1725 c.c. fornisca un'importante traccia del particolare meccanismo normativo predisposto dall'ordinamento in ordine al trattamento delle iniziative individuali rivolte a frustrare l'impegnatività di contratti che, per quanto ispirati in modo più o meno determinante da una relazione fiduciaria tra le parti⁽⁵⁴⁾, risultino pur sempre programmati in funzione dell'erogazione di una prestazione di fare nel corso di un periodo di tempo prefissato.

7. (segue) *La ratio dell'art. 1725 c.c. e la sua applicabilità alla disciplina del recesso da contratti d'opera o servizi intellettuali a termine*

Va osservato, in primo luogo, come la legittimità della scelta unilaterale del mandante di abbandonare il vincolo contrattuale non è mai esclusa, neanche in relazione al mandato conferito per un periodo di tempo determinato o per il compimento di un determinato affare. Fa eccezione solo l'ipotesi considerata dall'art. 1723 c.c. del mandato conferito anche nell'interesse del mandatario o di terzi⁽⁵⁵⁾. Allo stesso modo che nella di-

entrambi i casi si alluda all'instaurazione di una relazione negoziale nella quale la persona del debitore gode di una particolare considerazione da parte del creditore e oggetto della prestazione sia un *facere* che, anche nel caso della conclusione di un contratto di mandato, può richiedere specifiche abilità e conoscenze personali. Più in particolare, non sembra possa bastare l'argomento della distinta connotazione, giuridica o materiale, dell'oggetto della prestazione di fare, o quello dell'assenza in capo al cliente dell'interesse al meccanismo interpositorio tipico del mandato, per negare l'applicabilità dell'art. 1725 c.c. all'ipotesi di recesso dello stesso cliente da un contratto d'opera intellettuale concluso per un tempo determinato. L'uno e l'altro argomento infatti evidenziano differenze più sul piano degli effetti che non sul piano della connotazione funzionale delle due fattispecie negoziali. In dottrina, contro l'applicabilità dell'art. 1725 c.c. ad ipotesi di recesso del cliente da un contratto d'opera professionale, cfr. G. MUSOLINO, *op. cit.*, pp. 547-548.

(54) Sulla qualificabilità del contratto di mandato come negozio di fiducia le opinioni in dottrina sono discordanti. A favore, cfr. F. MANCINI, *op. cit.*, p. 229; F. GALGANO, *Recensione a Minervini*, cit., p. 621; L. NANNI, *op. cit.*, p. 62 e più di recente, G. DI ROSA, *Attività di gestione e contratto di mandato*, in *Contr. e impr.*, 2012, p. 290. *Contra*, A. CATAUDELLA, *op. cit.*, p. 644; A. LUMINOSO, *op. cit.*, p. 459 e A. LUMINOSO, *Il Mandato*, Torino, 2007, p. 166; A. GALASSO, *op. cit.*, pp. 322-324.

(55) Sulla *ratio* dell'irrevocabilità assoluta sancita dall'art. 1723, co. 2, c.c., cfr. G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, cit., p. 185 ss.; A. LUMINOSO, *Il Mandato*, cit., p. 176; U. CARNEVALI, *Il Mandato* (voce), in *Enc. giur.*, Roma, 1990, p. 11; L. NANNI, *op. cit.*, p. 81 ss.; R. CALVO, *L'estinzione del mandato*, in *I contratti di collaborazione*, a cura di P. Sirena, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno, Gabrielli, Torino, 2011, p. 257 ss.; G. BAVETTA, *Mandato* (voce), in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 372 ss.

sciplina del contratto d'opera o di servizi intellettuali, al creditore della prestazione è accordata dunque una posizione di particolare favore, spiegata da quanti ritengono di non doverla ricondurre al rilievo che il dato fiduciario riveste nella relazione tra le parti, evidenziando come di norma a presiedere alla stipulazione dell'accordo, e a condizionarne l'estinzione, sia il carattere esclusivo dell'interesse del mandante al compimento di determinati atti giuridici per suo conto⁽⁵⁶⁾. Tuttavia, se, per un verso, il legislatore mostra di non poter ignorare l'esigenza del mandante di manifestare in qualsiasi momento il suo sopraggiunto disinteresse per la prosecuzione della prestazione dedotta in contratto, per altro verso, ove le parti abbiano concordato a favore del mandatario una prestazione corrispettiva e abbiano altresì convenuto di vincolarsi per un tempo determinato o per un determinato affare⁽⁵⁷⁾, si deve dare atto dell'attenzione legale riservata alla tutela dell'interesse maturato dallo stesso mandatario alla percezione dell'intero compenso, benché l'opera intrapresa, a causa della revoca del mandato, non sia stata conclusa.

È quanto si ricava dall'art. 1725 c.c., il quale prevede a carico del mandante che receda prima della scadenza del termine o del compimento dell'affare, un'obbligazione risarcitoria. La dottrina, valorizzandone la prevalente funzione indennitaria, è unanime nel limitare la misura della stessa obbligazione al computo delle spese sostenute, del lavoro svolto e del mancato guadagno, a sua volta ricavabile dalla differenza tra il totale del compenso atteso alla scadenza del termine o al compimento dell'affare e quanto dovuto per la parte dell'opera già eseguita⁽⁵⁸⁾. Rimanendo

(56) Cfr. A. CATAUDELLA, *op. cit.*, p. 644; G. BAVETTA, *op. cit.*, p. 375 s.; A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione, op. cit.*, p. 436.

(57) Si tratta dell'ipotesi di mandato speciale, il quale, come qualcuno correttamente osserva, potrebbe anche essere oggetto di un contratto a tempo indeterminato, in relazione al quale l'art. 1725, co. 2, c.c. limita l'obbligo di risarcire il mandatario solo al caso del mancato rispetto di un congruo preavviso dell'intenzione di recedere del mandante: cfr. G. BAVETTA, *op. cit.*, p. 377. Diversamente, nel caso in cui fosse convenuto a titolo oneroso un mandato semplice, la revoca obbligherebbe comunque il mandante al pagamento di un'indennità, la quale tuttavia dovrebbe commisurarsi semplicemente all'opera svolta fino al momento dell'interruzione del rapporto contrattuale: cfr. G. MINERVINI, *op. cit.*, p. 176 s.

(58) Cfr. U. CARNEVALI, *op. cit.*, p. 10. Accoglie tale tesi, ma, sullo spunto delle osservazioni svolte da F. GALGANO, *Recensione a Minervini, cit.*, p. 620, precisa che la liquidazione dell'obbligazione risarcitoria deve comunque considerarsi subordinata all'indagine sull'an della lesione. L. NANNI, *op. cit.*, p. 79. Escludono in particolare il diritto del mandatario al risarcimento dei danni ulteriori rispetto a quello della mancata riscossione dell'intero compenso G. MINERVINI, *op. cit.*, p. 181; G. BAVETTA, *op. cit.*, p. 379. Infine, ritiene pacifico che l'indennizzo dovrà essere calcolato detraendo gli eventuali guadagni che il mandatario abbia conseguito da altre attività il cui svolgimento non sarebbe stato possibile in mancanza della revoca, A. LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 468, nt. 105.

la revoca un atto legittimo, infatti, la fonte di tale obbligazione, piuttosto che nell'accertamento di una responsabilità per inadempimento, andrà ricercata nella pretesa legale che, chi scelga di interrompere il rapporto contrattuale in anticipo rispetto al termine o al compimento dell'affare concordato, si addossi almeno un onere pecuniario a favore della controparte che subisca le conseguenze del suo ripensamento⁽⁵⁹⁾.

La dottrina che a tal proposito ha evocato la figura dell'atto lecito dannoso, invero, non pare si sia particolarmente soffermata sul fondamento di una simile qualificazione dell'atto di recesso, ovvero sulle ragioni per cui, sebbene l'ordinamento giuridico ne riconosca il carattere oggettivamente lesivo dell'altrui sfera giuridica, ne ammetta ugualmente la liceità. Certamente non pare che in proposito sia stata eguagliato il livello di approfondimento teorico raggiunto in passato circa la natura giuridica dell'obbligo risarcitorio previsto dall'art. 1207, co. 2, c.c. tra gli effetti della costituzione in mora del creditore che senza motivo legittimo abbia rifiutato l'adempimento offertogli dal debitore⁽⁶⁰⁾. Eppure,

(59) Da segnalare, in questa prospettiva, le conclusioni di quella dottrina che, spiegando il fondamento della disciplina della revocabilità del mandato a partire dall'esclusione del carattere sinallagmatico del contratto di mandato, configura quello che comunemente è rappresentato come rapporto contrattuale di mandato alla stregua di un semplice rapporto precontrattuale. Cfr. L. NANNI, *op. cit.*, p. 63 s. Una diversa lettura dell'atto unilaterale mediante il quale il cliente dichiara la propria volontà di interrompere il rapporto contrattuale intrattenuto con il professionista potrebbe discendere dall'affermazione della sostanziale identità tra le conseguenze normative dell'esercizio del recesso, indicate dall'art. 1725 c.c. nell'obbligo a carico del mandante di risarcire il danno, e quelle più in generale associate all'accertamento, a carico dello stesso soggetto, di un inadempimento contrattuale. Sulla base del rilevamento di tale identità potrebbe sostenersi che l'art. 1725 c.c. contempli nient'altro che un'ipotesi specifica di inadempimento imputabile al mandante. Rimarrebbe tuttavia da accertare se l'obbligazione risarcitoria che tale parte contrattuale potrebbe essere chiamato a sostenere non possa strutturalmente eccedere la misura complessiva del compenso pattuito o se invece l'esclusione dal computo del risarcimento di qualsiasi altro danno eventualmente patito dal professionista receduto proprio da una diversità di funzioni che l'ordinamento attribuirebbe rispettivamente all'obbligazione del mandante ex art. 1725 c.c. ed all'obbligazione risarcitoria dovuta in seguito all'accertamento di una responsabilità contrattuale.

(60) L'elaborazione del concetto di "atto lecito dannoso" va primariamente ricondotta al dibattito dottrinario relativo alla *ratio* ed alla disciplina dell'istituto della mora del creditore. A riguardo, occorre in particolare ricordare come parte della dottrina ritenga che l'obbligo risarcitorio sancito dall'art. 1207, co. 2, c.c. reagisca all'inadempimento di un vero e proprio obbligo di cooperazione del creditore, correlativo al diritto soggettivo che l'ordinamento disporrebbe a favore del debitore in ragione del suo interesse ad adempiere ed a liberarsi per questa via dall'obbligazione assunta. Pur riconoscendo, dunque, l'ammissibilità di interferenze nella sfera giuridica altrui prive dei tratti dell'illiceità, ove la legge o le parti abbiano espressamente privato di protezione giuridica un interesse soggettivo che altrimenti ne sarebbe stato destinatario - e a tal proposito si cita proprio il caso del danno lecito prodotto dal recesso nei contratti relativi ad obbligazioni di fare - tale

con specifico riferimento alla *ratio* che giustifica la norma contenuta nell'art. 1725 c.c., basterebbe forse analizzare la questione sostituendo alla prospettiva "individualista", imposta dal richiamo alla liceità dell'atto, quella "relazionale" dell'impegnatività del contratto. Tale differente approccio infatti consentirebbe di avanzare un'ipotesi, forse dotata di qualche attendibilità, sul senso della previsione che, pur accordando al mandante la facoltà di scegliere unilateralmente il momento in cui interrompere gli effetti del rapporto contrattuale, fa conseguire al suo concreto azionamento, anticipato rispetto al termine o al compimento dell'affare concordato, l'effetto dell'obbligazione risarcitoria a favore del mandatario receduto.

Il recesso potrebbe cioè configurarsi come un rischio che, per qualcuno in ossequio alla natura fiduciaria del rapporto contrattuale, per altri in ragione della strutturale preminenza dell'interesse del mandante alla realizzazione della prestazione di cooperazione gestoria dedotta in contratto⁽⁶¹⁾, il mandatario non può disconoscere a suo carico. Allo stesso tempo, tuttavia, il suo effettivo azionamento andrebbe interpretato, dal punto di vista del recedente, oltre che come un'indubbia opportunità

dottrina esclude che l'obbligazione risarcitoria prevista dall'art. 1207, co. 2, c.c. a carico del creditore possa conseguire da un atto lecito dannoso. Cfr. A. FALZEA, *L'offerta reale*, Milano, 1947, p. 60 ss. Altra parte della dottrina, viceversa, accogliendo la tesi del carattere neutro dell'obbligazione risarcitoria, afferma che «sembra ormai provato che, anche nella dinamica dei rapporti contrattuali, possono configurarsi *atti leciti* (come ad. es., certe figure di recesso dalle *locationes operis*) al cui esercizio (...) è collegata la previsione d'un risarcimento, dalla quale esulano per altro qualunque valutazione negativa e qualsiasi carattere sanzionatorio ». Cfr. G. GHEZZI, *op. cit.*, p. 93. Da segnalare, infine, l'opinione di quanti, escludendo in modo estremamente efficace che la responsabilità del creditore per la sua mancata cooperazione nel ricevere l'adempimento offerto dal debitore possa qualificarsi come un'ipotesi particolare di responsabilità per fatto illecito, hanno ritenuto che la cooperazione dovuta dal creditore sia oggetto di un onere finalizzato all'attuazione dell'interesse del creditore stesso ed hanno altresì affermato che «il risarcimento del danno, previsto dall'art. 1207 c.c., appare in questa prospettiva come il prezzo che il creditore deve pagare per aver scelto di attuare il proprio interesse alla prestazione in un tempo successivo a quello fissato (o eventualmente di non attuarlo affatto)». Cfr. C. CATTANEO, *op. cit.*, p. 58. Concordano sulla definizione della revoca del mandante di cui all'art. 1725 c.c. come atto lecito dannoso, ritenendo che la misura dell'indennizzo dovuto al mandatario abbia un puro fondamento equitativo, R. CALVO, *op. cit.*, p. 257; A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, cit., p. 467 e A. LUMINOSO, *Il mandato*, cit., p. 167; U. CARNEVALI, *op. cit.*, p. 10. Prendendo le distanze dalla dottrina maggioritaria, sostiene invece che il risarcimento del danno, imposto dagli artt. 1723 e 1725 c.c. al mandatario che receda da un mandato irrevocabile o concordato per un tempo determinato o per un determinato affare, sia configurabile alla stregua dell'obbligazione risarcitoria dovuta in conseguenza del recesso da una trattativa precontrattuale, ove esso sia esercitato in violazione del dovere di buona fede, L. NANNI, *op. cit.*, p. 79.

(61) Cfr. P. SIRENA, *La categoria dei contratti di collaborazione*, in *I contratti di collaborazione*, a cura di P. Sirena, cit., p. 9 ss.

cui ricorrere discrezionalmente in ragione del mutare delle convenienze soggettive connesse alla prosecuzione dell'operazione di cooperazione gestoria, anche come un costo oggettivo, definito dalla legge alla stregua di un'obbligazione risarcitoria, ma di fatto commisurato alla necessità di garantire, malgrado l'evenienza dell'esaurimento del vincolo negoziale, il conseguimento dei risultati economici legittimamente attesi dal mandatario in seguito alla conclusione dell'accordo⁽⁶²⁾. L'esercizio del recesso, in altri termini, integrerebbe l'attivazione di uno dei diritti riconosciuto al mandante in vista della realizzazione dell'operazione economica dedotta in contratto, ma, nel contesto dell'assetto di vantaggi, rischi e costi tipizzato dal legislatore, a tale opportunità corrisponderebbe un costo a carico della parte che se ne avvalga ed una correlativa "copertura" a favore del mandatario del rischio di perdere parte del compenso atteso, in seguito al venir meno della possibilità di portare a termine l'opera intrapresa⁽⁶³⁾.

Rimane a questo punto da accertare in via definitiva se e in che misura lo stesso costrutto normativo possa essere richiamato in via analogica per il trattamento giuridico dell'ipotesi di recesso del cliente/committente da un contratto d'opera o di servizi intellettuali predisposto per una durata determinata.

Si è già osservato come appaia piuttosto debole e poco argomentata l'idea che l'incidenza del dato fiduciario sia tale da rendere improponibile, nel caso della relazione contrattuale tra cliente e professionista, che all'eventuale esercizio del recesso da parte del primo si possano associare in via analogica, a favore del secondo, gli effetti indennitari che l'art. 1725 c.c. connette alla revoca del mandato concluso per un

(62) Come già segnalato *supra*, nt. 60, analogo schema argomentativo è stato in passato utilizzato alla scopo di chiarire la natura giuridica dell'obbligazione risarcitoria gravante sul creditore costituito in mora ai sensi dell'art. 1207, co. 2, c.c. Cfr. C. CATTANEO, *op. cit.*, pp. 36 ss. e 58.

(63) In questo senso non si condivide la tesi del carattere oneroso ma non sinallagmatico del contratto di mandato e la conseguente opinione secondo la quale l'entità del danno da risarcire dovrebbe essere oggetto di prova da parte del mandatario receduto che, in virtù della pattuizione di un compenso, abbia maturato l'aspettativa, e non il diritto, di incassarlo: cfr. L. NANNI, *op. cit.*, pp. 51 e 79. Piuttosto si ritiene che la pattuizione di un compenso, ma soprattutto la preventiva fissazione di un termine di durata del rapporto, così come la programmazione della realizzazione di un determinato affare, segnino inesorabilmente il profilo causale del mandato, imponendo, al di là della configurabilità a meno di una vero e proprio sinallagma, di contemperare l'eventuale esigenza soggettiva del mandante di abbandonare la relazione contrattuale con l'interesse della controparte a non vedere frustrata, senza giustificazioni oggettivamente apprezzabili, la possibilità di realizzare l'operazione economica dedotta in contratto.

periodo determinato o per un determinato affare⁽⁶⁴⁾. A ciò può ora aggiungersi, in primo luogo, che la mancanza di riferimenti normativi che individuino nella perdita di fiducia nella persona della controparte il dato da presumere alla base dell'esercizio del recesso impedisce di ritenere con certezza che sia effettivamente questa la ragione dell'eventuale abbandono della relazione negoziale da parte del cliente⁽⁶⁵⁾. In secondo luogo, che risulta singolare come una disciplina concepita in relazione ad un tipo negoziale nel quale, al di là dello specifico rilievo ricoperto dall'*intuitu personae*, la preminenza giuridica dell'interesse creditorio alla prestazione di cooperazione gestoria appare comunque massima e costante, non possa risultare adeguata a garantire, se applicata in via analogica, la posizione di indiscusso privilegio che similmente si ritiene il cliente rivesta nei confronti del professionista obbligato, per un periodo di tempo determinato, all'esecuzione delle prestazioni d'opera o di servizi professionali concordate.

Sembra dunque si possa concludere che, in presenza di un contratto d'opera o di servizi intellettuali sottoposto ad un termine di durata, tanto più se finalizzato alla realizzazione di un'intensa cooperazione tecnica e professionale tra le parti, la disciplina legale preveda bensì a favore del cliente il potere di recedere *ad nutum* in qualsiasi momento, ma, in punto di effetti, tale eventuale determinazione dovrà essere trattata, più che alla stregua dell'art. 2237 c.c., secondo le puntuali indicazioni ricavabili, in via analogica, dall'art. 1725 c.c.

(64) *Supra*, par. 6.

(65) Diffusa è in proposito l'ammissione che, in ragione della piena discrezionalità concessa al cliente in merito alla scelta del recesso, le motivazioni soggettive alla base del suo effettivo azionamento non si esauriscono certo nella sfiducia eventualmente maturata nella controparte. Cfr. A. PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 720 ss. Più in generale, cfr. A. CATAUDELLA, *op. cit.*, p. 638 s. Emerge qui, invero, l'estrema problematicità del rinvio al dato fiduciario quale fondamento di un potere di rimediazione della convenienza dell'affare dedotto in contratto che, per l'intima ineffabilità che lo contraddistingue e in quanto per di più riconosciuto solo unilateralmente, conduce al singolare effetto di condizionare le sorti del vincolo negoziale a stati d'animo o sopraggiunte valutazioni di convenienza o opportunità di natura meramente soggettiva, in linea di principio impermeabili a qualsiasi forma di controllo e meno che meno di censura. Non stupisce, dunque, che in passato riflessioni particolarmente attente e critiche siano state sviluppate con specifico riferimento alla pretesa incidenza della fiducia sulla disciplina dell'esecuzione e dell'estinzione di un rapporto contrattuale che tanto condiziona l'esistenza della persona umana quale quello che ha ad oggetto la prestazione di lavoro in regime di subordinazione. Cfr. C. SMURAGLIA, *op. cit.*, p. 32 ss.; A. GALASSO, *op. cit.*, p. 295 ss.

8. *Inderogabilità o derogabilità dell'art. 2237 c.c.?*

Le conclusioni cui si è giunti sembrano *prima facie* corroborate dalla più recente tendenza della giurisprudenza di legittimità e di merito a considerare la determinazione pattizia di un termine di durata del rapporto contrattuale, mediante il quale si riceve, dietro compenso, una prestazione autonoma d'opera o di servizi intellettuali, sufficiente di per sé ad attestare la scelta negoziale di derogare alla disciplina del recesso, così come disposta dalla legge in relazione a tale tipologia di rapporti. A ben vedere, tuttavia, i punti di contatto sono meno consistenti di quel che appare.

La tesi per cui la semplice fissazione di un termine di durata basterebbe a dimostrare la volontà delle parti di derogare a quanto disposto dall'art. 2237 c.c., infatti, sembra postulare la piena compatibilità tra la libertà di recedere accordata da tale articolo al cliente e la sua esclusione mediante la stipula di un contratto a tempo determinato. In quest'ultimo caso il recesso diverrebbe illegittimo, imponendo al cliente, che ciò nonostante lo avesse esercitato senza giusta causa, l'obbligo di risarcire il danno. Quanto sin qui si è provato a sostenere, invece, prescinde dalla presunzione della volontà delle parti di derogare all'art. 2237 c.c., che, come visto, la giurisprudenza fa discendere dall'apposizione al rapporto contrattuale di un termine di durata. Piuttosto si è perseguito l'obiettivo di evidenziare come l'abbandono anticipato e privo di giusta causa di un contratto a tempo determinato da parte del cliente, seppur legittimo ex art. 2237 c.c., imponga una parziale disapplicazione dello stesso articolo, richiedendo, quanto alla disciplina dei suoi effetti, l'applicazione in via analogica dell'obbligo indennitario disposto dall'art. 1725 c.c.

Seppure tale soluzione interpretativa non conduca a risultati operativi discordanti da quelli cui generalmente si perviene in sede giurisprudenziale, come si vede, essa rimanda ad un piano argomentativo diverso da quello che ruota intorno alla mera derogabilità dell'art. 2237 c.c.

Più precisamente, la tesi che si sostiene aspira in primo luogo ad offrire un'importante esemplificazione dell'estrema duttilità che il sistema normativo è capace di rivelare, ove sottoposto ad un'interpretazione di tipo squisitamente funzionale. Una duttilità tale per cui, mentre la questione della recedibilità da contratti d'opera professionale a termine potrebbe continuare ad essere risolta dall'art. 2237 c.c., la questione della individuazione dei suoi effetti, richiedendo, nel caso della preeterminazione della durata del rapporto contrattuale, un bilanciamento di interessi ignorato dalla formulazione di quella stessa norma, implicherebbe l'azionamento in via analogica di una norma, quella contenuta dall'art. 1725 c.c., che al contrario proprio quel bilanciamento realizza,

anche se in relazione ad un contratto d'opera differente, quale quello di mandato.

Vero è infatti che la disciplina del recesso dal contratto d'opera intellettuale, riconoscendo rilievo normativo all'esigenza del cliente di abbandonare in qualsiasi momento il rapporto contrattuale che lo vincola al professionista, riserva attenzione anche agli opposti interessi del prestatore. Ma vero è anche che così facendo appresta una soluzione normativa, il semplice rimborso delle spese sostenute e del lavoro svolto, che sempre meno sembra corrispondere al complesso di interessi e di aspettative sui quali attualmente si fonda un gran numero di contratti d'opera intellettuale. L'approccio interpretativo prospettato, viceversa, valorizzerebbe la capacità dell'ordinamento di comprendere e normare i profondi mutamenti in atto nel mercato dei servizi intellettuali, evitando per questa via le incertezze circa l'effettiva impegnatività del vincolo negoziale connesse all'idea che gli effetti del recesso del cliente dal contratto d'opera intellettuale stipulato per un tempo determinato dipendano esclusivamente dalla volontà delle parti. Nella medesima prospettiva, potrebbe affermarsi l'inderogabilità *in peius* del "costrutto normativo" ricavato dalla lettura congiunta degli artt. 2237 e 1725 c.c., nulla escludendo invece che i contraenti si accordino, in deroga a quanto disposto dall'art. 2237 c.c., per escludere la facoltà di recesso e disporre una vera e propria penale a carico della parte che eserciti il recesso *ante tempus*. In questo caso, infatti, a fronte della difficoltà di enucleare indizi normativi certi a favore della tesi dell'inderogabilità, un'eventuale compressione dell'autonomia privata si rivelerebbe del tutto ingiustificata⁽⁶⁶⁾.

Al fine di completare il quadro dell'indagine che si è inteso sviluppare con riferimento alla disciplina del recesso da un contratto d'opera o di servizi professionali a tempo determinato, un'ultima notazione appare opportuna in relazione all'eventualità che la parte receduta si opponga alla legittimità del recesso. Il tipo di problema fin qui analizzato, infatti, è coinciso con l'ipotesi che il cliente/committente di una prestazione d'opera o di servizi intellettuali eserciti il diritto di recedere *ad nutum*

(66) D'altronde, anche gli Autori che propendono per l'assoluta inderogabilità dell'art. 2237 c.c., sostenendo che altrimenti ne verrebbe vanificata la *ratio* orientata alla tutela della parte debole del rapporto contrattuale, per giustificare una diversa disciplina del recesso da contratti d'opera intellettuale a tempo determinato, affermano l'ineroperatività di tale norma rispetto a codesti contratti, ora per la presenza di un cliente non qualificabile come "debole", ora in forza della genericità della prestazione oggetto di un contratto d'opera di durata, ritenendo che in tali ipotesi ricorrano contratti "innominati" o un «sotto-tipo particolare di contratto d'opera intellettuale, refrattario all'applicazione della norma di cui al 1° comma dell'art. 2237 c.c.»: cfr. G. BURRAGATO, *op. cit.*, pp. 1018 e 1024.

concessogli dalla legge, indipendentemente dall'ipotesi che la controparte ne contesti l'azionabilità.

È evidente che ogni considerazione sul trattamento giuridico da riservare ad una simile evenienza richiederebbe preliminarmente di stabilire se e in che termini l'esercizio del recesso, benché legalmente ammesso, possa essere sottoposto ad un sindacato di legittimità. E non basterebbe certo qualche cenno per individuare risposte adeguate in merito⁽⁶⁷⁾. Qui ci si limita ad osservare come la giurisprudenza di merito e di legittimità tenda in modo piuttosto costante a riconoscere margini sempre più ampi di sindacabilità, alla stregua della buona fede o della pur discussa figura dell'abuso del diritto, sia in relazione a statuizioni negoziali dei privati, che alle modalità di esercizio di situazioni giuridiche soggettive quali diritti o libertà individuali⁽⁶⁸⁾. È vero che sinora tale orientamento

(67) Esclude in modo reciso che il recesso del cliente possa essere sottoposto ad una valutazione di legittimità alla stregua dell'abuso del diritto, A. PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 721. Non è un mistero, tuttavia, che il dibattito sul tema della sindacabilità dell'esercizio di un diritto soggettivo non si sia mai placato. Tra i numerosissimi contributi in materia, cfr., U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 28 ss.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 232 ss.; U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Diritto Privato*, Padova, 1998, p. 69 ss.; R. SACCO, *Il diritto soggettivo*, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da Sacco, Torino, 2001, pp. 323 e 366; C. SALVI, *Abuso del diritto* (voce), in *Enc. giur.*, Roma, 1988, p. 1; S. PATTI, *Abuso del diritto* (voce), in *Digesto, Sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 1 ss. F. GALGANO, *Abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 18 ss.

(68) Cfr. Cass., 18 settembre 2009, n. 20106. In quella sede, qualificando come abusivo l'esercizio di un recesso convenzionale, i giudici di legittimità hanno inteso ridefinire, in modo reputato per molti aspetti discutibile da tanta parte della dottrina, il rapporto tra il potere privato di autodeterminazione delle modalità di esecuzione del contratto ed il potere giudiziario di controllo e sanzione dei comportamenti contrattualmente dovuti. Tra i numerosissimi commenti, si rinvia a G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, p. 11; F. MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1577 ss.; A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro it.*, 2010, c. 95 ss.; A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 354 ss.; G. VETTORI, *L'abuso del diritto*, in *Obbl. contr.*, 2010, p. 166 ss.; M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, in *Obbl. contr.*, 2010, p. 172 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 139 ss.; M. MAUGERI, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto. Note critiche a Cass. N. 20106/2009*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 319 ss.; R. NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *Contratti*, 2010, p. 524 ss.; M. CENINI, A. GAMBARO, *Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 109 ss.; F. PANETTI, *Buona fede, recesso ad nutum e investimenti non recuperabili dell'affiliato nella disciplina dei contratti di distribuzione: in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 653 ss.; F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 311 ss.; P. RESCIGNO, *"Forme" singolari di esercizio dell'autonomia collettiva (i concessionari italiani della Renault)*, in *Contr. e impr.*, 2011, p.

interpretativo non è mai stato manifestato con riferimento ad ipotesi di abbandono unilaterale dell'esecuzione di un contratto d'opera intellettuale ad esecuzione istantanea o a tempo determinato da parte del cliente/committente. Ma vero è anche che, ove si riuscisse a scalfire in modo efficace la barriera di intangibilità eretta mediante l'esaltazione del dato fiduciario a protezione della discrezionalità del creditore della prestazione d'opera o di servizi intellettuali nel decidere le sorti del rapporto contrattuale, le probabilità che l'esercizio di un recesso ex art. 2237 c.c. sia sottoposto ad una valutazione giudiziale di legittimità potrebbero sensibilmente aumentare e con esse anche le probabilità che, ove il professionista dimostri l'illegittimità del recesso, il recedente sia condannato al pagamento di una corrispondente obbligazione risarcitoria.

9. La nuova disciplina del recesso dal contratto di lavoro a progetto

Sin dalle prime battute, si è chiarito che l'obiettivo cui mira la riflessione che si conduce è innanzitutto quello di individuare, *de iure condito*, spunti ed elementi utili a prospettare una lettura della disciplina del recesso da contratti d'opera intellettuale capace di offrire soluzioni normative più coerenti alla attuale configurazione degli interessi negoziali sottesi ad un numero crescente di rapporti contrattuali che, pur avendo ad oggetto l'esecuzione di opere o servizi ad elevato contenuto professionale in regime di autonomia, siano finalizzati ad instaurare per un certo periodo di tempo forme di cooperazione intensa, più o meno dedicata, tra cliente e professionista.

Non c'è dubbio, dunque, che nei casi in cui la prestazione d'opera dedotta in contratto riassuma i tratti più tradizionali del contributo occasionale che, in virtù delle proprie conoscenze, esperienze e particolari abilità, il professionista offra, dietro il pagamento di un compenso, alla soluzione di problemi altrimenti insormontabili dalla persona del

589 ss. Inoltre cfr. Cass., 21 maggio 1997, n. 4538, in *Foro it.*, 1997, c. 2479 ss.; Cass., 14 luglio 2000, n. 9321, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1479 ss.; Cass., 16 ottobre 2003, n. 15482, in *Foro it.*, 2004, c. 1845 ss. Nella giurisprudenza di merito cfr. Trib. Bari, 6 maggio 2002 (ordinanza), in *Riv. dir. comm.*, 2002, II, p. 319 ss.; Trib. Roma, 5 novembre 2003 (ordinanza), e Trib. Taranto, 17 settembre 2003 (ordinanza), in *Foro it.*, 2003, c. 3440 ss.; Trib. Bari, 8 aprile 2005 (ordinanza), in *Danno e resp.*, 2005, p. 983 ss.; Trib. Catania, 9 luglio 2009, (ordinanza), in *Foro it.*, 2009, c. 2813 ss.

cliente⁽⁶⁹⁾, la chiave di lettura della disciplina analizzata non può che tornare ad essere quella più tradizionale finora proposta dalla dottrina ampiamente maggioritaria, secondo la quale il cliente può recedere in qualsiasi momento *ad nutum*, essendo tenuto, diversamente da quanto previsto per il recesso del committente dal contratto d'appalto o dal contratto d'opera, solo al pagamento delle spese sostenute e del compenso per l'opera svolta.

Viceversa, ove si sposti nuovamente l'attenzione sulla tutela giuridica che l'attuale assetto normativo è in grado di riconoscere alle più recenti e per molti aspetti inedite espressioni del lavoro intellettuale prestato in regime di autonomia, allora appare ancora opportuno segnalare come un'importante conferma dell'indirizzo interpretativo proposto in ordine alla disciplina di ipotesi di recesso del cliente da contratti di prestazione d'opera o servizi professionali a tempo determinato proviene dalle nuove norme sul recesso dal contratto di lavoro a progetto contenute nella l. 28 giugno 2012, n. 92, recante «*Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*»⁽⁷⁰⁾. Benché, infatti, l'art. 61, co. 2, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 continui ad escludere dal campo di applicazione della disciplina del lavoro a progetto le professioni intellettuali per l'esercizio delle quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali, la c.d. riforma Fornero, all'art. 1, co. 27, precisa che tale esclusione va interpretata in modo da delimitarla alle sole prestazioni il cui esercizio non sia consentito in assenza dell'iscrizione al relativo albo professionale, non essendo invece ostativa all'applicazione della disciplina del lavoro a progetto la semplice circostanza dell'iscrizione del prestatore d'opera ad un albo professionale. Risulta pacifico, dunque, che anche l'esercizio di una prestazione d'opera o di servizio intellettuale può assumere i tratti e sottostare alla disciplina della collaborazione alla realizzazione di uno o più progetti specifici determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore, ove il progetto sia funzionalmente collegato al conseguimento di un risultato finale, da perseguire avendo riguardo al coordinamento con l'organizzazione del

(69) Per un'analisi particolarmente attenta nell'evidenziare il rapporto tra la salvaguardia e la promozione della persona umana da un lato e l'esercizio di ogni professioni intellettuale, dall'altro, si rinvia nuovamente a R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 1509 ss.

(70) In particolare l'art. 1, co. 23, lett. e), l. 28 giugno 2012, n. 92 sostituisce l'art. 67, co. 2, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 con la seguente disposizione: «le parti possono recedere prima della scadenza del termine per giusta causa. Il committente può altresì recedere prima della scadenza del termine qualora siano emersi oggettivi profili di inidoneità professionale del collaboratore tali da rendere impossibile la realizzazione del progetto. Il collaboratore può recedere prima della scadenza del termine, dandone preavviso, nel caso in cui tale facoltà sia prevista nel contratto individuale di lavoro».

committente e indipendentemente dal tempo impiegato per l'esercizio dell'attività lavorativa⁽⁷¹⁾. Si tratta certamente di un'ipotesi particolare, ovvero dell'eventualità che il rapporto contrattuale tra cliente e professionista sia inserito in una specifica cornice progettuale deputata a scandire i tempi e i modi della sua esecuzione. Ma è un'eventualità che, per un verso, conferma come, anche nell'ambito di un rapporto contrattuale di lavoro autonomo l'oggetto dell'interesse creditorio possa essere una collaborazione qualificata, duratura e finalizzata, da realizzarsi in costante coordinamento con l'organizzazione produttiva del committente. E che consente di evidenziare, per altro verso, la crescente attenzione che il legislatore riserva alla diffusione di contratti di lavoro autonomo stipulati per intraprendere una relazione di cooperazione non istantanea tra operatori economici indipendenti.

Ebbene, ove si intenda abbandonare l'esecuzione di un contratto di lavoro a progetto prima della realizzazione del progetto stesso o della scadenza del termine, che ai sensi dell'art. 62, co. 1, lett. a), del d.lgs. n. 276/2003 deve essere determinato o determinabile, il recesso è consentito ad entrambe le parti, ma solo per giusta causa, a differenza di quanto sinora si è affermato in relazione all'ipotesi di recesso da un contratto di prestazione d'opera intellettuale sottoposto ad un termine di durata. Il nuovo testo dell'art. 67, co. 2, d.lgs. n. 276/2003 prosegue poi introducendo per ciascuna delle parti una distinta ed ulteriore ipotesi di ammissibilità del recesso anticipato, consistente, per il committente, nell'emersione di «oggettivi profili di inidoneità professionale del collaboratore tali da rendere impossibile la realizzazione del progetto»; e, per il lavoratore a progetto, nella preventiva pattuizione, in sede di stipula del contratto individuale di lavoro, del diritto di recesso anticipato, fatto salvo comunque l'obbligo di preavviso.

Emerge dunque un evidente sfavore normativo verso modalità di anticipata interruzione unilaterale del rapporto di collaborazione che, soprattutto da parte del committente, risultino prive di giustificazioni oggettivamente apprezzabili. Certo, si registra anche la predisposizione di un meccanismo di disimpegno del cliente dal vincolo contrattuale il quale, seppure condizionato da un consistente onere probatorio a suo

(71) Sembra siano questi i tratti caratterizzanti la figura del lavoro a progetto, come ridefinita dall'art. 1, co. 23, lett. a), l. n. 92/2012, il quale riformula per intero il testo dell'art. 61, co. 1, d.lgs. n. 276/2003. Tra i primi interventi a commento delle nuove norme sul lavoro a progetto, cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Le novità normative sul lavoro a progetto e sulle prestazioni di lavoro autonomo rese dalle partite IVA nella l. 92/2012*, in *Commentario alla riforma Fornero, Dir. prat. lav.*, Suppl. n. 33/2012, p. 137 ss.; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo e parasubordinato nella riforma Monti, op. cit.*, p. 541 ss.; M. MARAZZA, *Il lavoro autonomo dopo la riforma Monti*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 875 ss.

carico, pare comunque orientato a consentire che valutazioni di carattere prevalentemente soggettivo legittimino il committente a scegliere di non portare a termine il programma negoziale concordato con la controparte⁽⁷²⁾. Ma va altresì osservato come, nell'affidare alla contrattazione individuale la determinazione dei presupposti di ammissibilità del recesso anticipato del solo prestatore d'opera, da praticarsi in ogni caso nel rispetto del preavviso, il legislatore pare abbia comunque implicitamente escluso che con un'analogia convenzione si possa derogare alla disciplina legale del recesso disposta nei riguardi del committente.

Si tratta come detto di previsioni speciali, destinate in quanto tali a prevalere sull'art. 2237 c.c. solo nei casi in cui la prestazione del professionista assuma le sembianze del lavoro a progetto. Non può sfuggire tuttavia che l'esclusione del diritto di recesso *ad nutum* a favore del committente, così come il complessivo rafforzamento dell'impegnatività del vincolo contrattuale per tutta la sua durata depongono nel senso di un'inedita valorizzazione normativa della certezza del rapporto per il tempo necessario all'adempimento della prestazione delle opere o del servizio richiesti⁽⁷³⁾; e ciò nell'ambito di un rapporto che non solo è di lavoro autonomo, ma che, alla stregua del rapporto tra cliente e professionista, presuppone anche una relazione fiduciaria tra il committente e la controparte chiamata a contribuire in modo puntuale e tecnicamente qualificato alla realizzazione dell'interesse creditorio. Sembra di poter riconoscere, cioè, una disciplina del recesso che, in relazione alla pro-

(72) Secondo autorevole dottrina, il riferimento specifico a «profili oggettivi di inidoneità professionale» quale causa legittima di recesso anticipato del cliente dal contratto di lavoro a progetto «si risolve, a ben vedere, in una nuova ipotesi qualificata di recesso come mezzo di impugnazione del contratto, accostabile a quella prevista in via generale dall'art. 2224, co. 2, c.c., in cui l'*artifex* dimostra, nel corso dell'opera, un'inadeguata *peritia artis*.»: cfr. A. PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 558.

(73) Si ritiene che l'esclusione del recesso *ad nutum* disposta dalla nuova formulazione dell'art. 67, co. 2, d.lgs. n. 276/2003 abbia efficacia meramente obbligatoria, sicché l'esercizio di un recesso ingiustificato da parte del committente, così come l'eventuale abbandono del vincolo contrattuale da parte del prestatore d'opera in assenza di una preventiva regolamentazione pattizia di tale ipotesi, obbligherebbero il recedente al risarcimento del danno ex art. 1223 c.c. In altra sede e con riguardo alla precedente formulazione dell'art. 67, co. 2, d.lgs. n. 276/2003, che ammetteva il recesso del cliente/committente dal contratto a progetto *ad nutum*, si era invece sostenuta l'azionabilità degli obblighi indennitari previsti dalla disciplina generale del contratto d'opera a carico del recedente: sul punto cfr. M. LAMICELA, *Recesso e cooperazione nei contratti di durata tra imprenditori. Alcune riflessioni*, in *Foro pad.*, 2012, c. 40 s. Apprezzando i contenuti della novella, rileva che la previsione di un recesso causale «non può che comportare - pur nel silenzio del legislatore sul punto - l'applicazione nella fattispecie in esame di quegli effetti di impegnatività del vincolo che (...) riguardano la materia del lavoro autonomo» A. PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 556 s.

grammazione negoziale di una collaborazione di durata predeterminata tra soggetti economicamente indipendenti, incentivi forme di cooperazione responsabile e presupponga rimedi funzionalmente analoghi a quelli cui tende la ricostruzione finora proposta della disciplina legale del recesso da contratti di prestazioni d'opera professionale a termine estranei alla fattispecie del lavoro a progetto.

Abstract

The present study examines existing legislation on contracts for highly technical and intellectual services offered by entrepreneurial professionals appointed for a limited time or on a specific deal. In particular, it focuses on cases in which the client decides to withdraw from the contract. Considering that time and intuitus personae have always conditioned the interpretation of the rules binding client and professional in a contract for intellectual service, this paper proposes a new interpretation of the legislation regulating withdrawal from a contract for intellectual service. In fact, art 2237 c.c. does not seem to be thoroughly effective, while art. 1725 c.c. appears to provide clearer solutions, particularly in reference to the obligation of compensation.

Some recent EU developments and potentialities in social rights discourse

Aurora Adriana Vimercati

Ricercatore di Diritto del lavoro nell'Università di Bari

SUMMARY: 1. Background. – 2. The institutional framework: strategies and objectives in the social field. – 3. The social rights discourse and the 'transformative' approach. – 4. Education and training: further insights for the 'transformative' approach.

1. Background

In the context of the internationalization of the economy, the European social and welfare models are at the centre of the political debate. It is recurrently claimed that European welfare models, which encapsulate implicitly all the dispositions which protect the workers' status on the labour market as part of European common traditions of values, would imply rigidities and, ultimately, extra costs which may impair economic productivity, reduce competitiveness and account for the slow pace of economic growth.

The current debate is still focusing on the tension between the efforts to protect and implement labour rights and the forces of globalization⁽¹⁾. Such a tension is mounting under the worsening of the economic context: the deep recession, following the banking crisis, presents us with a number of

(1) Concerns for this tension started gaining new emphasis at the turn of the century. In a comparative and international perspective, see the book edited by BOB HEPPLER (2002) and, in particular, the contributions by LORD WEDDERBURN and S. SCIARRA. A controversial issue at stake was – and still is – the legal status of social rights: G. DE BÚRCA – B. DE WITTE (2005); P. ALSTON (2005) and, in particular, the contribution by S. DEAKIN. MORE IN GENERAL, this tension has also raised interest over the 'crisis of concepts' in labour law: in an *evolutionary* perspective, see the seminal work by S. DEAKIN - F. WILKINSON (2005), spec. p. 18. More recently, cf. B. HEPPLER (2009), critically questioning the relationship between the economic and financial crisis and (the very survival of) the system of labour law and social protection developed in Europe since 1945. With regard on the Italian doctrine, see S. SCARPONI (2001); F. GALGANO (2005); M. NAPOLI (2006) and, in particular, the contribution by A. PERULLI.

major problems which threaten the very survival of the systems of labour law and social protection that have developed in Europe since 1945.

It is obviously out of the scope of this paper to analyse such problems in depth. Nevertheless it is worth mentioning them as representing very good reasons for (re)considering the relationship between economic and social policy.

Due to the disputed inspiration and objectives, an important debate has taken place since the origin of the Community on whether to oppose a project of European integration brought into being as one to create a common market and aimed at the institutionalisation of economic rationality or rather accept that such a perspective was not to be considered unavoidable. From one side, the integration process has been considered as basically relying on the guaranteeing of economic liberties and on the control of economic power by competition law; on the other, the role of strong European traditions of labour movements, social doctrines of the Catholic heritage and social liberalism have been considered as balancing factors of the economic dimension in the European integration process⁽²⁾.

2. The institutional framework: strategies and objectives in the social field

After the Lisbon amendments to the Treaty new social objectives have gained visibility. This is the case of a social market economy aiming at full employment and social progress, the combating of social exclusion and discrimination, solidarity between the generations, the promotion of economic, social and territorial cohesion and solidarity between the Member States.

Whether and to what extent the Lisbon Treaty will allow for further progress in consolidating the social dimension of European integration is still a very disputed question⁽³⁾.

Nevertheless, the dispute is open and there is room for further and new developments worth being explored.

In the Preface to the 2020 *Strategy for smart, sustainable and inclusive growth*, Mr. Barroso himself has somehow put emphasis on this by admitting that «*this is the moment where we recognise that 'business*

(2) D. J. GERBER (1998); C. BARNARD (2012), part I, 33 *et seq.*

(3) D. GOTTARDI (2010).

as usual' would consign us to a gradual decline»⁽⁴⁾. To avoid such a decline, the 2020 Strategy draws on a mix of EU and national efforts which should be mutually reinforcing.

Under the third out of three mutually reinforcing priorities set out thereof (the one titled «*Inclusive growth – a high-employment economy delivering economic, social and territorial cohesion*») and within the Flagship Initiative, «An Agenda for new skills and jobs», the Commission has committed itself to work «to strengthen the capacity of social partners and make full use of the problem-solving potential of social dialogue at all levels (EU, national/regional, sectoral, company), and to promote strengthened cooperation between labour market institutions (...)».

From an even wider perspective, partnership is considered as a key element in the elaboration of national reform programmes as well as with regard to the implementation of the same. This idea of partnership to be pursued at all levels, so to bring «the priorities of the Union closer to citizens», is gaining growing importance in the EU strategies and developments and offers grounds for exploring the rising of a trend aimed at enhancing some (new) dimensions of social justice and fill the endemic democracy gap in the EU institutional framework.

In a more restricted though crucial perspective, partnership is strictly committed with the impact and scope of the inclusion of new social objectives within European Union strategies and priorities.

It is worth pointing out Art. 3 of the Treaty of the European Union (TEU) establishing that the Union «shall work for the sustainable development of Europe», which is intended to be also based on «a highly competitive social market economy, aiming at full employment and social progress». Besides, the Union shall combat social exclusion and discrimination and shall promote social and territorial cohesion.

It is also worth mentioning here the horizontal “social clause” contained in Art. 9 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), according to which «in defining and implementing its policies and activities, the Union shall take into account requirements linked to the promotion of a high level of employment, the guarantee of adequate social protection, the fight against social exclusion, and a high level of education, training and protection of human health».

These are the fields which mostly fall within the competence of the Member States and where only flexible and non-binding instruments for coordinating national policies are to be used. As is well known, the Action Programmes from 1995 onwards have been characterised by their

(4) COM(2010) 2020.

«heavy reliance on soft law measures which are persuasive rather than coercive in nature»⁽⁵⁾.

Most importantly here, soft law measures have formed the principle legislative vehicle under the new Employment Title.

As has been pointed out, the Amsterdam Treaty and the Lisbon strategy have brought about a «seismic shift in EU social policy as it moves from being focused solely on a rights based agenda, where the EU legislates for employment rights, towards employment policies with a new method of governance based on guidelines, benchmarking, targets, National Reform Programmes and recommendations»⁽⁶⁾.

This shift has to be taken into due account. This means taking (more) seriously the need for coordination among different levels of government, which also means focusing on the many actors involved and the need for clearer rules about responsibility in what concerns the implementation of strategies as well as in what concerns the forms of assessing the implementation and impact of the strategies themselves.

As the Commission itself clearly puts it, both in the 2020 Strategy and in other connected documents, responsibility for a big part of social policy lies at national level. Despite the Commission's commitment to co-operate, supporting Member States, it remains the importance of further considering national level responsibility in making effective the greater and more deliberate synergy between the classic Community method and new governance tools, notably the open method of coordination (OMC), which is an essential albeit very disputed instrument in order to achieve the common objectives laid down in the field of social inclusion and social protection.

A good perspective by which exploring the coordination challenges is offered by social dialogue intended in a very broad meaning, including bipartite and tripartite practices, both within and outside an institutional context. The reason why social dialogue would offer such an interesting perspective is deeply concerned with its aptitude to work as a coordination tool, i.e. to grant wide degrees of coordination among different levels (the EU one as well as the national and regional ones) and different forms (legislation and negotiation) of regulation.

As a fact, social dialogue has gained growing importance in EU framework.

As the Commission itself puts it (COM(2004) 557 final, p. 3), social dialogue «embodies the principle of social subsidiarity and complements

(5) C. BARNARD (2012), 63.

(6) C. BARNARD (2012), 44; M. BARBERA (2006), spec. 309.

the national practices of social dialogue and industrial relations, while acknowledging the autonomy of social partners – i.e. the representatives of management and labour (employers’ organisations and trade unions) – and the diversity of industrial relations in Europe».

The purpose of the Commission, at the mid-term point of the Lisbon Strategy, was indeed «to promote awareness and understanding of the results of the European social dialogue, to improve their impact, and to promote further developments based on effective interaction between different levels of industrial relations» (p. 4).

Such interaction with different levels of industrial relations as well as the ‘complementary function’ it could play with regard to EU policies do represent a key element to understand the *social impact* of most recent (institutional) developments of the European integration process as well as of (more or less innovative) social dialogue practices, both within and outside the institutional framework⁽⁷⁾.

This key element would require closer examination, far beyond the scope of this paper. However, there are some few points that can be stressed here in order to shed further light on the intimate connections between social dialogue practices and the open method of coordination, on one side, and the acknowledgement of social rights in the EU institutional and legal framework.

To this end, some further explanatory remarks are to be made not only to stress the meaning of the concepts here employed, but also to introduce education and training as a good example of the need to *rethink* the nature of fundamental rights and move forward traditional paradigms and the many limitations they present.

3. *The social rights discourse and the ‘transformative’ approach*

The need for new paradigms to face existing criticisms surrounding any social rights discourse is very well explained in the context of the transformative approach suggested by Sandra Fredman.

This approach is intended to question the potential of the EU to operate as a «powerful engine buttressing social rights against the *race to the bottom* created by competitive forces», provided that «the *sui generis* nature of the EU destabilises some of the basic assumptions behind social rights (...).

Social rights are reconceptualised, not as burdens on business, but

(7) M. PERUZZI (2011).

as essential contributors to efficiency». To be clearer, «(t)he traditional conceptions of rights as individual, negative, judicially enforceable, and fault based are challenged by mainstreaming, positive duties, and other proactive initiatives»⁽⁸⁾.

On these basis, a proactive model of rights would seemingly offer important advantages over individualised mechanisms with all their intrinsic weaknesses. Drawing from Fredman's reconstruction, (fundamental) rights vest in individual subjects and are exercisable against other individuals or the state; the correlative duty is generally a restraint on the state; it is only when an individual can show that there has been an interference with the right that the remedial structure of the law comes into play. In other words, remedies are retrospective, individual, and based on proof of breach or fault and courts are seen as the primary means of enforcing rights, which entails that it is generally left to the individual to take the necessary steps to enforce his rights⁽⁹⁾.

There are so many self-evident reasons why to recognise that traditional notions of fundamental rights have significant limitations. The very evolution of Labour law over time in a large part of Continental Europe shows the crucial importance of a quite different perspective, basically centred on the value of social interaction and aimed at granting effectiveness and efficaciousness of rights in a collective and institutional way. In other words, the state is apparently supposed to be a force for enhancing freedom through the provision of social goods, while collective autonomy is the only way to grant power *on the labour side*⁽¹⁰⁾.

As is well known, under the current economic crisis the provision of social goods is undergoing deep restrictions, also because the Member States are constrained by the budgetary limits set by the EU's Stability Growth Pact (SGP)⁽¹¹⁾, with worrying consequences on the welfare state and public services.

Growing difficulties are also present on the side of collective autonomy. Apart from any other considerations concerning the increasing weakness of union organisation and action in the national contexts, the

(8) S. FREDMAN (2006).

(9) Still quoting S. FREDMAN.

(10) O. KAHN-FREUND, 6.

(11) The SGP is defined by the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) and implemented through secondary legislation. In March 2012, with the exception of the Czech republic and the United Kingdom, all EU countries signed the Intergovernmental Treaty on Stability Coordination and Governance, which contains the Fiscal Compact. This Treaty is basically aimed at ensuring that the national processes are able to fulfill European obligations and that national policy is in line with the requirements of the SGP.

many ambiguities and difficulties present in the EU scenario are suggesting that social dialogue will not play any significant role in removing inequalities in the bargaining power: without a safety net of non-negotiable fundamental rights, particularly freedom of association and rights to bargaining and strikes, there is no means of preventing compromise over principles.

This being the scenario, the transformative approach would suggest to take into consideration both the clear dangers and «the exciting new set of parameters»⁽¹²⁾ offered by the European Employment Strategy and the Open method of coordination. In this perspective, the challenge to take up is rethinking fundamental rights: instead of implying a reversion to the individualist model, «rights should have a prescriptive role, providing the normative guidelines within which policy must operate»⁽¹³⁾. This obviously implies switching the focus from what increasingly proves to be ineffective, without denying its roots and value but rather stressing on some potentialities lying (still) hidden in the current institutional and social context.

Good reasons why to engage in this direction do already exist and are particularly evident when considering the mainstreaming approaches.

Mainstreaming approaches «are intended to be *anticipatory* (rather than essentially retrospective, or relatively late insertions into the policy-making process), to be *participatory* (rather than limited to small groups of knowledgeable), and to be *integrated* into the policy-making of those primarily involved (rather than add-ons perceived to be exogenous by policy makers)»⁽¹⁴⁾

More in particular, a significant combination of fundamental rights and soft law is found in the field of gender equality, where the individual rights established in a number of directives have been supplemented by gender mainstreaming, so unveiling some of the key features of a new human-rights paradigm.

Mainstreaming focuses on «proactive, institutional change, with responsibilities born by those best able to bring about change»⁽¹⁵⁾. This basically stresses the need to identify *who* is accountable for the implementation of the framework strategy. This obviously calls into question the role of the Commission, which is also required to encourage participation by all stakeholders. The social partners should play indeed a central role, especially when negotiating framework agreements in social dialogue.

(12) S. FREDMAN (2006), 52.

(13) *Ibidem*, at 53.

(14) C. MCCRUDDEN (2007), 77.

(15) S. FREDMAN (2006), 53.

As argued by some scholars with regard to gender mainstreaming, despite its apparent bureaucratic and rigid nature, «the EU provides multiple points of access to the policy process, and multiple allies among the European policymaking élite»⁽¹⁶⁾.

Of course, the assessment of such new paradigm is complex and brings about many questions, especially with regard to the effectiveness of institutional changes as well as to the nature of the objectives pursued in the context of the multi-layered structure of EU governance.

Things have not changed much with the coming into force of the Lisbon Treaty, when the Charter has become directly enforceable by the EU and national courts. Art. 6(1) of the TEU provides that «the Union recognises the rights, freedoms and principles set out in the Charter of Fundamental Rights». There is no direct incorporation of the Charter in the Lisbon Treaty, but the Charter is given the same legal status.

However, the point to be stressed here is mostly concerned with the many ambiguities and tensions within this new vision for Europe: tensions between EU and Member State competence, between economic and social aims, and between traditional and transformative notions of human rights.

Notwithstanding this, criticism of the Charter from the perspective of the traditional rights paradigm takes on a different perspective if the Charter is viewed in the context of new forms of governance such as mainstreaming and the OMC.

Particularly important is «the participative nature of these processes, aiming to incorporate a wide range of actors in a deliberative process, enhancing (...) their ability to deal with complex, indeterminate and often sensitive policy areas»⁽¹⁷⁾.

In this perspective, the Charter can perform a crucial role within policy making by providing «a substantive underpinning to otherwise free-floating decision-making»⁽¹⁸⁾.

Mainstreaming might therefore be intended as a way to require a consideration of the impact on social rights of all policy making and implementation: «without the bedrock of fundamental rights, processes such as social dialogue and the EES would quickly prioritise economic over social concerns, reflecting the greater bargaining power of economic interests»⁽¹⁹⁾.

(16) S. FREDMAN (2006), 54, quoting Pollack and Hafner-Burton.

(17) FREDMAN (2006), 59; DE BURCA (2003), 892.

(18) S. FREDMAN (2006), 59.

(19) *Ibidem*.

4. *Education and training: further insights for the transformative approach*

As argued before, there is an intriguing connection between social dialogue practices, the EES, the OMC or mainstreaming approaches, from one side, and the social rights discourse, on the other.

This connection is particularly intriguing with regard to education and training issues as an important though largely neglected part of employment policy⁽²⁰⁾, which offers interesting insights for further use of the transformative approach itself.

Though there are many differences between education and training issues and the respective fields of competence⁽²¹⁾, there is no doubt that education and training contribute to the personal and professional development of individuals and benefit society as a whole⁽²²⁾. It is not by chance that they are argued to be an essential element of today's knowledge society and economy.

To be more precise, it is (at least) since the 1993 White Paper on Growth, competitiveness and employment⁽²³⁾ that education and training has been definitely acknowledged as having a fundamental task in promoting the development of individual and the values of citizenship» but also - and above all - a key role in «stimulating growth and restoring competitiveness and a socially acceptable level of employment»⁽²⁴⁾. As a fact, since its origin, this topic has shown its intrinsic ambiguity or better say ambivalence⁽²⁵⁾, in as far as the development of the individual is given a functional character: in the very end, it is supposed to serve market needs, though disguised under different means and targets, as the formula 'adaptability' (commonly referred to the labour force)⁽²⁶⁾

(20) M. FREEDLAND (1996), 297.

(21) The Maastricht Treaty amended the existing vocational training provision (now Article 166 TEU) and introduced a provision granting competence to the EU in respect of education (now Article 165 TEU). The member states were against any common policy in this area, so that the Community shall only facilitate cooperation between the member states and, if necessary, supplement their action, while precluding harmonization.

(22) P. CRAIG, M. FREEDLAND, C. JACQUESON, N. COUNTOURIS (2007), 232.

(23) COM(93) 700.

(24) White Paper, Chapter 7, p. 117.

(25) For a critical analysis, see A. SUPLOT, 2009, 166.

(26) In the opinion of the UE Commission «a skilled and adaptable labour force is the key to future employment and productivity growth» (Commission's Report *Employment in Europe 2003*, http://europa.eu.int/comm/dgs/employment_social/key_en.htm). As appears from all relevant documents and literature concerning UE strategies of last decade, adapt-

clearly reveals. As a fact, a rough overview of European policy attempts to address the many challenges being faced in the current scenario would confirm the growing role of education and training as well as its underlying and pretentious connection with the diffusion and implementation of active labour market policies, that is to say the wide variety of measures constituting part of the even wider notion of labour market policies⁽²⁷⁾.

Such measures have gained importance along with the shift of attention from demand-led to supply-led policies, which are basically aimed at enhancing the employability and adaptability of the unemployed⁽²⁸⁾ and, more in general, of most vulnerable groups.

This trend is being driven by several factors and different ideological labels are used to strengthen the strategies aimed at improving employability, also by way of adaptability policies and practices.

Despite the widespread neoliberal critique of market regulation behind the use of terms like employability and adaptability as well as of the appealing concept of flexibility (that is strictly connected with the just mentioned ones), there are grounds for believing that an alternative approach is possible, if not necessary. To tell the truth, such an alternative approach has already been suggested based on the concept of *capability*, that is to say the term used by Amartya Sen to introduce a new dimension into economic theory and, for the present purposes, into current orientation of normative law and economics analysis⁽²⁹⁾. Thanks to this approach it would be possible to throw new light on the relationship between the economy and the legal system⁽³⁰⁾, arguing that market has not to be seen as an end in itself, but as an institution for enhancing the substantive economic freedom of individuals.

ability is (still) acknowledged as a means to increase an individual's employability, so to tackle the employment crisis and – especially by this way – respond to the main challenges of current economies and societies.

(27) According to M. FREEDLAND *et al.* (2007), the term 'labour market policies' potentially encompasses a large and varied array of measures aimed at regulating the labour market while rendering its functioning efficient and stable.

(28) *Ibidem.*

(29) As it is well-known, normative law and economics is commonly intended to express the crucial importance of the concept of efficiency applied to legal rules and, in this sense, it appears as a very disputed approach when applied to any social rights discourse. For a critical analysis on this and a first wide-reaching attempt to use the 'capability approach' to understand the relationship between the legal system and the market order, see S. DEAKIN, A. SUPPIOT (2009), *passim*.

(30) This is, at least, the ambition underlying the work by S. DEAKIN and A. SUPPIOT (references in the previous footnote), basically aimed assessing (and contrasting) the deregulatory critique of social legislation (spec. 14 ff.)

Taking *capabilities* seriously (also) in the context of legal discussion would indeed show that “there is a growing use of legal techniques which reflect a capability-enhancing approach to dealing with issues of asymmetries and externalities in contractual relations”⁽³¹⁾.

When applied to labour market regulations and policies, the capability approach would seemingly offer template for further analysis and suggestions. This proves particularly true with regard to the concepts of employability and adaptability, especially if confronted with latest UE developments in the field of education and training. In this perspective, education and training represent a good test case for reconsidering the preconditions for a different market order, a sustainable one, provided that sustainability is referred to a person-centred concept, relying on his/her substantive freedom.

To put it into more concrete terms, using capability-related concepts⁽³²⁾ in the field of labour law would allow to reconsider some basic ideas or regulatory interventions that are (becoming) mostly ineffective and maybe try to contrast – if not to reverse – the trend towards flexibility in the most exclusive sense of increasing variability of legal norms governing employment and wage security.

The Italian case is becoming mostly paradoxical with regard to this trend which is basically shown by the decline of principles that once formed the core of the Italian approach to the operation of labour legislation, namely the principle of ‘inderogability’ or mandatory effect of labour law rules. At the same time, very little attention is being paid on the transformative attitude of alternative techniques and for reconceptualising the relation between the legal system and the market. A good test case of this would be offered by the professional capacity of the worker understood as his/her ability to participate in a labour market increasingly characterised by flexibility, multi-tasking and career shifts. It is a common opinion that this idea “has been coalescing around a number of developments in the laws governing the employer’s duty to provide training and the state’s involvement in employment policy”⁽³³⁾.

Many ambiguities are still surrounding these issues. As already argued, it is widespread the tendency to consider the market as an end in itself, with the subsequent assumption that the individual is required

(31) S. DEAKIN (2009), 22.

(32) In general, see S. DEAKIN and A. SUPLOT, 2009; for insights with regard to the Italian experience, see A. VIMERCATI, 2009. For a recent study inspired by a similar methodological approach, see S. BORELLI, P. VIELLE (eds), 2012.

(33) S. DEAKIN, 2009, 23.

to be ‘adaptable’ to changing market conditions. Despite this, there are many reasons why to insist in the effort to reverse the perspective. This would indeed mean taking *capabilities* seriously and requiring that employment practices be adapted to the circumstances of the individual⁽³⁴⁾.

For the present purposes, it is sufficient to briefly recall some recent UE developments that are seemingly offering new grounds for insisting in this perspective against the risk of accepting a pure market-oriented interpretation of concepts like employability and adaptability.

Focusing either on employer’s duties to assist in retraining or human capital formation might be helpful in *transforming* the market in an institution for enhancing the substantive economic freedom of individuals.

In front of the harshness of the current economic crisis, its close link with high unemployment for both young people and adults as well as other long-term trends (i.e. technical progress, globalisation, ageing population, greener economy) are raising the question of whether the skills and qualifications provided by the European educational system will be able to satisfy changing labour market needs⁽³⁵⁾.

Also because of this, it seems worthwhile to consider the potentialities of education and training as a proactive strategy, in the perspective that has been explained before, which basically requires taking into account the overall context of the EU integration process, which also imply not to consider labour market institutions in isolation⁽³⁶⁾.

5. *Scope and perspective of mainstreaming approaches*

Taking into account the overall context of the EU integration process is basically intended, here, to focus on the intrinsic “transformative” potential of education and training «to “mainstream” fairness issues into

(34) For a more in-depth explanation of these arguments, see S. DEAKIN and A. SUPIOT, 2009. In a similar perspective, see S. BORELLI, P. VIELLE (2012), *passim*.

(35) CEDEFOP, *From education to working life*, 2012, http://www.cedefop.europa.eu/EN/Files/3063_en.pdf. The importance to deal with these problems is particularly clear if one thinks to the trends that have had a deep impact on job quality and its regulation in European countries: the flexibilisation of employment relations and the erosion of collective bargaining – from one side – and the transformation of the welfare state, on the other, which at its turn reflects a shift towards more market-oriented public policies: see J.M. BONVIN, N. CIANFERONI, F. WIDMER (2012), p. 259.

(36) As put by D. ASHAGBOR (2005, 49), «employment protection legislation may well be contained within a wider institutional framework which provides incentives to stabilize employment, and a supporting infrastructure that enables firms to benefit from efficiency advantages of internal labour markets and relational contacts».

public policy»⁽³⁷⁾. As has been efficaciously put, this is «a particularly important issue if the problem is defined, as it increasingly is, as involving (...) the larger issue of unacceptable inequalities affecting women and particular disadvantaged groups». Drawing from this suggestion, issues concerning precarious workers or other “disadvantaged” people (i.e. older long-term unemployed, young people etc.) might be included within policy-making process.

To this end, the notions of employability and adaptability could prove useful if re-interpreted as “person-oriented” concepts.

At this regard, it is not useless to point out that the EU institutional framework – i.e. the legislative as well as the policy framework – is not only offering new grounds for theoretical debate, but also for experimenting with the proactive model, that is to say a model that, «instead of fixed and predetermined legal rights or obligations», «produces norms which are dynamic and renegotiable, capable of being implemented programmatically and subject to constant review»⁽³⁸⁾.

This reversal of perspective – that is here suggested to be considered as a “transformative” one – might raise harsh criticism, which might also disguise some sort of endemic prejudice. However, arguments to bolster this idea can be found both in the EU legislative framework and in the employment policy EU agenda as integrated and updated by the other – though controversial – strategic plans that have become part of the EU economic governance⁽³⁹⁾.

With regard to the legislative framework, it is worth noting the right to education and to have access to vocational and continuing training, as acknowledged by Art. 14 of the Charter of fundamental rights of the European Union.

With regard to the policy framework, attention has to be paid on the two interconnected policy-making processes both launched at the beginning of the new century by the European Councils at the summit that have taken place – respectively – in Lisbon and in Laeken⁽⁴⁰⁾.

(37) C. McCrudden (2007), 77.

(38) This is the definition suggested by S. Fredman (2008), 190.

(39) Within the framework of the *Stability and Growth Pact* and under E the Europe 2020 strategy for *smart, sustainable and inclusive growth*. In this context, further light should be shed on other connected strategies, as it is the case of Europe 2020 – *An agenda for new skills and jobs* and the *Bruges communiqué* (2010) aimed at reviewing the Copenhagen Declaration (2002) launched the European strategy for enhanced cooperation in Vocational Education and Training (VET), commonly referred to as the *Copenhagen process*.

(40) Articles 165 and 166 of the Treaty on the functioning of the European Union foresee the Union to contribute to the development of quality education and to implement a voca-

As a fact, both frameworks are not only offering new grounds for theoretical debate, but also for experimenting with the proactive model.

Again, it is helpful recalling the important lesson drawn by gender legislative developments and policies in that it has contributed to show that simply imposing external norms on a body is unlikely to achieve real change⁽⁴¹⁾. This is why the proactive model is assumed as an attractive one (*supra*, par. 3). This will prove particularly true if the role played by EU structural funds will (also) be taken (more) seriously, in the sense that they might ensure that proactive strategies are firmly centred on fundamental rights rather than political discretion⁽⁴²⁾. Continuing to follow the example of gender mainstreaming, regulations governing the Structural Funds might be likewise “revamped”⁽⁴³⁾ to include greater recognition of the importance of these issues.

In the end, all the key elements of mainstreaming are to be used in order to achieve the prescribed aims and, ultimately, to realize institutional change.

Against the risk that this method of governance may become “purely political”, with no normative dimension, it is suggested to put particular attention «to establishing mechanisms of accountability, and appropriate incentives and sanctions to ensure that the norms are in fact carried out»⁽⁴⁴⁾.

According to the (many) authors that have explored this method of governance, a crucial means of accountability is *peer review*, which

tional training policy by encouraging co-operation between Member States. On this legal basis, several initiatives have been adopted. For the present purposes, see the *Strategic framework for European cooperation in education and training* (“ET 2020”) and the *Council conclusions* of 26 November 2012 on *education and training in Europe 2020 – the contribution of education and training to economic recovery, growth and jobs* (2012/C 393/02). More in particular, see the *Council conclusions on the social dimension of education and training* (2010/C 135/02); with special regard to lifelong learning strategies, see COM/2012/485 *final* and SWD(2012) 253 *final* del 5.9.2012. For a recent analysis, see A. Vimercati (2012).

(41) To tell the truth, such a lesson can be drawn from the very history of labour law, if one thinks to the role played by the social forces and, more in particular, by collective sources of regulation. At the same time – and leaving aside the role played by the courts – it cannot be undervalued the contribution of auxiliary legislation as experimented – in particular – in the Italian context and in the British one.

(42) Suggestion in this perspective are offered by S. FREDMAN (2008), 190. Though the author focuses above all on equality (and gender) issues, she points out that proactive models “also range well beyond the employment focus of traditional anti-discrimination law, to include pensions, tax, education, transport, health, corporate policies, benefits, conflict, violence and criminal justice”.

(43) C. MCCRUDDEN (2007), 78.

(44) S. FREDMAN (2008), 160.

«imposes on implementing “agents” the obligation to justify the exercise of discretion they have been granted by framework-making “principals” in the light of pooled comparable experience. In peer review, the actors at all levels learn from and correct each other»⁽⁴⁵⁾.

Responsibility for change is therefore supposed to be realized progressively and is premised on the continuous participation of all actors through the *policy chain*.

As a conclusive remark, there are reasons to believe that mainstreaming might disclose unexpected results if only the focus will seriously shift to its internal dynamics and their anticipatory and participatory key elements as well as to the necessary integration of the different dimensions involved, which are finally aimed at achieving institutional (and cultural) change.

Responsibility for change is therefore supposed to be realized progressively and is premised on the continuous participation of all actors: the institutional ones as well as the stakeholders. In this perspective, social dialogue as revised by the Laeken Declaration could offer new opportunities for progressing towards this direction if only all the actors involved will interpret their role in a more appropriate way, which basically means succeeding in promoting individual and collective *capabilities* based on a fair and efficient use of rights to monetary and institutional resources for individuals.

As has been argued, the right to education – that has been called a multiplier right because of its attitude to facilitate other rights – proves to be a very good opportunity for all the parties involved to experiment with such an institutional challenge. Education might be indeed «the primary vehicle by which economically and socially marginalized adults and children can lift themselves out of poverty and obtain to participate fully in their communities»⁽⁴⁶⁾.

Bibliography

- ASTON P., *LABOUR RIGHTS AS HUMAN RIGHTS*, OUP, OXFORD, 2005
 ASHIAGBOR D., *The European Employment Strategy*, OUP, Oxford, 2005.
 BARBERA M. (ed.), *Nuove forme di regolazione giuridica: il metodo aperto di coordinamento nel processo di integrazione europea*, Giuffrè, 2006.
 BARNARD N., *New Governance Approach to Economic, Social and Cultural Rights*, in Hervey TY., Kenner J. (eds), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights*, Hart, Oxford, 2003, 255.

(45) *Ibidem*. The definition is quoted by N. BARNARD (2003), 7.

(46) S. FREDMAN (2008), 216.

- BONVIN J.M., CIANFERONI N., WIDMER F., *Promoting Quality of Employment in the European Union and Beyond. The Necessary Contribution of Law*, in S. BORELLI, P. VIELLE (eds), *Quality of Employment in Europe*, P.I.E. Peter Lang, Brussels, 2012.
- S. BORELLI, P. VIELLE (eds), *Quality of Employment in Europe*, P.I.E. Peter Lang, Brussels, 2012.
- CRAIG P., FREEDLAND M., JACQUESON C., KOUNTOURIS N., *Public Employment Services and European Law*, OUP, Oxford, 2007.
- Davidov G., Langille B. (eds), *The Idea of Labour Law*, OUP, Oxford, 2011.
- DEAKIN S., *Social Rights in a Globalized Economy*, in HEPPLER B. (ed.), *Social and Labour Rights in a Global Context*, CUP, Cambridge, 2002, p. 25-60.
- DEAKIN S., *Capacitas: Contract Law; Capabilities and the Legal Foundations of the Market*, in DEAKIN S., SUPLOT A. (eds.), *Capacitas*, Hart Publishing, Oxford, 2009, p. 1.
- DEAKIN S., SUPLOT A. (eds.), *Capacitas*, Hart Publishing, Oxford, 2009.
- DEAKIN S., WILKINSON F., *The Law of the Labour Market: Industrialization, Employment, and Legal Evolution*, OUP, Oxford, 2005.
- DE BÚRCA G., DE WITTE B., (eds.), *Social Rights in Europe*, OUP, Oxford, 2005.
- FREDMAN S., *Transformation or Dilution: Fundamental Rights in the EU Social Space*, *European Law Journal*, 12(1), 2006, 41.
- FREDMAN S., *Human Rights Transformed*, OUP, Oxford, 2008.
- FREEDLAND M., *Employment Policy*, in AA.VV. *European Community Labour Law: Principles and Perspectives*, Clarendon Press, Oxford, 1996, 275.
- GALGANO F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, il Mulino, Bologna, 2005.
- GERBER D. J., *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, OUP, Oxford, 1998.
- GOTTARDI D., *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2010, n. 128, p. 509-569.
- GOYDER D. G., *Ec Competition Law*, OUP, Oxford, 2003.
- HEPPLER B. (ed.), *Social and Labour Rights in a Global Context*, CUP, Cambridge, 2002.
- HEPPLER B., *Diritto del lavoro e crisi economica. Lezioni della storia europea*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2009, n. 123, p. 391-400.
- KAHN-FREUND O., *Labour and the Law*, Stevens & Sons, London, 1977 (II ed.)
- MCCRUDDEN C., *Buying Social Justice*, OUP, Oxford, 2007.
- NAPOLI M. (a cura di) *Globalizzazione e Rapporti di Lavoro*, Vita e Pensiero, Milano, 2006.
- PERULLI A., *Globalizzazione governance e diritti sociali*, in NAPOLI M. (a cura di) *Globalizzazione e Rapporti di Lavoro*, Vita e Pensiero, Milano, 2006, p. 3-43.
- POLLACK M., HAFNER-BURTON E., *Mainstreaming Gender in the European Union*, in *Journal of European Public Policy*, 7:3 Special Issue, 2000, p. 432- 56.
- SCARPONI S. (ed.), *Globalizzazione e Diritto del lavoro: il ruolo degli ordinamenti sovranazionali*, Giuffrè, Milano, 2001.
- SCIARRA S., *Market Freedom and Fundamental Social Rights*, in HEPPLER B. (ed.), *Social and Labour Rights in a Global Context*, CUP, Cambridge, 2002 p. 95-121.

-
- SUPIOT A., *En guise de conclusion: la capacité, une notion à haute potentiel*, in DEAKIN S., SUPIOT A. (eds.), *Capacitas*, Hart Publishing, Oxford, 2009, p. 161.
- VIMERCATI A., *La notion de capacité en droit du travail italien*, in DEAKIN S., SUPIOT A. (eds.), *Capacitas*, Hart Publishing, Oxford, 2009, p. 98.
- VIMERCATI A., *Apprendimento permanente e certificazione delle competenze: strategie, soggetti e funzioni*, in *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013.
- LORD WEDDERBURN, *Common Law, Labour Law, Global Law*, in HEPPLER B. (ed.), *Social and Labour Rights in a Global Context*, CUP, Cambridge, 2002, p. 19-54.

Abstract

The paper aims at (re)considering the potentialities of social rights in the context of the European Union integration process as challenged by globalization trends and by the unfavourable economic context. Following a short description of the most significant developments in the field of social policy, the paper focuses on the growing importance of objectives and strategies as opposed to the traditional structure and function of fundamental rights in European welfare models. It is argued that traditional concepts and categories in this field have to comply with the many difficulties of the current scenario, including the multi-layered structure of EU governance. To this end, the so called transformative approach is used as a conceptual framework to be further explored and better exploited in order to give social rights new potentialities. In this perspective, special attention is paid on mainstreaming approaches and it is argued that recent developments in the field of education and training offer good opportunities for testifying such potentialities, as ultimately suggested by a sort of intrinsic aptitude towards the three key elements of mainstreaming: the anticipatory and participatory ones as well as the necessary integration of the different dimensions (and actors) involved.

L'Arbitro Bancario Finanziario: la particolare configurazione della risoluzione stragiudiziale delle controversie bancarie

Roberto Caratozzolo

Ricercatore di Diritto dell'economia nell'Università di Messina

SOMMARIO: 1. Le ragioni giustificative della disciplina sulle ADR nel sistema bancario e gli obiettivi connessi. - 2. Lineamenti procedurali dell'Arbitro Bancario Finanziario. - 3. La pronuncia dell'Organo Decidente e la risoluzione della controversia. - 4. Conclusioni.

1. Le ragioni giustificative della disciplina sulle ADR nel sistema bancario e gli obiettivi connessi

L'esperienza tratta dalla recente crisi economico-finanziaria e dalle connesse conseguenze recessive, ha fatto emergere, tra l'altro, il convincimento della necessità di individuare una serie di misure volte a restituire ai risparmiatori la fiducia persa nei confronti del sistema finanziario. La diffusione di pratiche degenerative, fondate su inadeguate operazioni di collocamento di prodotti indecifrabili ed eccessivamente rischiosi che hanno indebitamente riversato su soggetti inesperti ed ignari gli effetti di operazioni altamente speculative, ha profondamente incrinato il rapporto fiduciario che lega intermediari e clienti⁽¹⁾, facendo crollare la reputazione dell'intero comparto fino a dubitare della bontà dell'azione delle istituzioni bancarie e del ruolo, storicamente riconosciuto, di principale baluardo per la sicurezza e l'affidabilità della conservazione e dell'impiego dei risparmi delle famiglie. Tali fenomeni, peraltro, hanno comportato una contrazione della raccolta del risparmio dovuta ad una generale ritrosia nell'utilizzo di risorse economiche, oltre ad un peg-

(1) È noto che i clienti, ove non posseggano specifiche e sufficienti conoscenze tecniche per valutare appieno i prodotti offerti sul mercato, si affidano all'esperienza dell'intermediario, con il quale instaurano un rapporto di fiducia. In tal senso M. CANNAVÒ, *Le forme di tutela giudiziale e stragiudiziale del consumatore di servizi finanziari in Europa*, in *Il «Diritto Privato Europeo» dal mercato interno alla cittadinanza europea*, a cura di F.P. Traisci, Napoli, 2010, p. 317 ss.

gioramento della qualità dell'attivo e della domanda dei servizi offerti dagli intermediari⁽²⁾. A causa di ciò, la tutela del risparmiatore ha assunto rinnovato interesse, rappresentando un fattore irrinunciabile per il mantenimento della propensione all'investimento su livelli adeguati a garantire la circolazione di sufficienti flussi di ricchezza nel sistema⁽³⁾.

Per la soluzione di siffatte anomalie, il legislatore ha predisposto un articolato sistema disciplinare, fondato su previsioni dirette a dare piena attuazione ai principi fondamentali di efficienza e stabilità del sistema finanziario, oltre che di correttezza e trasparenza dei rapporti instaurati, di comprensibilità dei servizi e dei prodotti offerti e, conseguentemente, di piena e completa consapevolezza delle scelte effettuate dai clienti. In questa scia si pongono i più recenti provvedimenti normativi che, con tecniche di intervento assolutamente innovative che si affiancano a quelle tradizionalmente applicate al settore bancario, si propongono di offrire nuove soluzioni capaci di realizzare i delineati obiettivi. Così, accanto all'azione preventiva - caratterizzata dall'imposizione sugli intermediari di stringenti obblighi comportamentali, informativi ed organizzativi capaci di garantire lo svolgimento di rapporti corretti e trasparenti - ed a quella di vigilanza - volta a verificare la concreta attuazione delle regole previste ed a reprimere eventuali condotte illecite - il legislatore speciale si è fatto carico di intervenire in quella fase del rapporto negoziale, precedentemente priva di regolamentazione. La normativa dettata in materia di sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie si propone, per l'appunto, di offrire alle parti una serie di strumenti per la composizione di una patologia del rapporto instaurato, con modalità, alternative alle tecniche rimediali civilistiche e processuali, maggiormente compatibili con le loro rispettive esigenze ed indipendenti dalle procedure giudiziali tradizionali⁽⁴⁾.

(2) Come sottolineato da A.M. TARANTOLA, *La Trasparenza sostanziale nei rapporti tra banche e clienti: la visione della Banca d'Italia*, intervento al 7° Convegno *Compliance Aicom-Dexia Crediop Spa «La trasparenza: tutela formale o reale del cliente?»* reperibile sul sito istituzionale della Banca d'Italia, non è un caso che gli intermediari che hanno saputo costruire nel tempo una solida base di raccolta al dettaglio hanno retto alla crisi meglio di altri, proprio grazie alla fiducia che hanno saputo conquistarsi attraverso relazioni corrette e trasparenti con la clientela.

(3) Secondo G. BOCCUZZI e A. VALSECCHI, *Tutela della clientela e regolamentazione bancaria e finanziaria*, in *Quaderni di ricerca giuridica* della Consulenza Legale della Banca d'Italia, n. 68, Roma, 2010, p. 13, «la fiducia del cliente è una componente fondamentale per il buon funzionamento del circuito virtuoso che, convogliando il risparmio verso il sistema finanziario, consente l'immissione dello stesso nel ciclo produttivo, alimentando la crescita economica».

(4) Per F. MAIMERI, *L'Arbitro Bancario Finanziario: dall'iniziativa degli operatori*

Questi nuovi sistemi, infatti, sono stati ritenuti pienamente compatibili con i tipici criteri informativi del mercato finanziario, per le ricadute positive che essi possono comportare non soltanto in capo agli intermediari, in relazione al contenimento dei rischi legali, reputazionali e di liquidità nonché per l'incentivazione del rispetto dei principi di trasparenza e correttezza nello svolgimento della propria attività e per il miglioramento dei rapporti con la clientela, ma anche in favore degli interessi dei clienti, in quanto capaci di fornire, in tempi ristretti, quelle soluzioni concrete che la giustizia ordinaria, purtroppo, non sembra riuscire a dare⁽⁵⁾.

Più in generale, il ricorso a tali nuove tecniche - che, per loro stessa natura, sono dirette a mantenere o a ricucire il rapporto già esistente tra le parti (*c.d. mending justice*), prescindendo da una pronuncia giudiziale spesso incurante dello stesso se non, addirittura, concausa della sua definitiva interruzione - è stato considerato particolarmente utile, nel settore che ci occupa, dal momento che la stabilità e la solidità del rapporto tra cliente e intermediario, oltre a mantenere integra la fiducia sottostante e a garantire correttezza dei comportamenti, può influire su ulteriori aspetti che, travalicando quelli prettamente contrattualistici, possono essere in grado di influire sull'efficienza, e sul buon funzionamento dell'assetto complessivo del mercato finanziario. Relazioni non conflittuali, trasparenti e durature incrementano la fiducia del cliente nell'operato dell'intermediario e mantengono inalterata la sua propensione all'utilizzo dei prodotti e servizi offerti, attenuando, così, le ripercussioni negative sull'economia reale⁽⁶⁾.

all'imperio legislativo, in *Scritti in Onore di Francesco Capriglione*, Padova, 2010, p. 405 ss, l'affidamento delle nuove procedure espressamente disciplinate alla Banca d'Italia costituisce una scelta di politica legislativa generalizzata, in quanto ripetuta anche per quelle attribuite alla Consob.

(5) È interessante richiamare, a tal proposito, la ricostruzione, fondata su presupposti diametralmente opposti, operata da quanti ritengono che il ricorso alla giustizia alternativa non può essere giustificato dalle carenze tipiche che affliggono quella ordinaria ma, al contrario, è direttamente proporzionale all'efficienza di questa. In tal senso C. CONSOLO e M. STELLA, *Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR*, in *Analisi giur. econ.*, 2011, n. 1, p. 128, per i quali «la giustizia ADR, in quanto giustizia alternativa, funziona bene proprio quando la giustizia ordinaria funziona, almeno un poco e dunque quale temibile deterrente. Ché solo allora la parte che ha torto teme il giudizio perché sa essere ridotte le sue chances di restare impunita, e sarà così indotta a percorrere la via conciliativa, che le risparmi una sicura soccombenza e quanto ne consegue».

(6) In tal senso espressamente A.M. TARANTOLA, *La Banca d'Italia e la tutela del consumatore nei servizi bancari e finanziari*, in *La riforma del codice del consumo: la tutela del consumatore-cliente nei servizi bancari e finanziari*, intervento al Ventennale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato reperibile sul sito istituzionale della Banca d'Italia.

Su queste linee direttive si sviluppa, all'interno delle disposizioni relative alla trasparenza bancaria, la disciplina dell'Arbitro Bancario Finanziario che, inserendosi nel più ampio e variegato panorama delle *Alternative Dispute Resolution*, si caratterizza per la presenza di una serie di elementi del tutto peculiari che ne determinano una configurazione assolutamente particolare⁽⁷⁾.

La sua introduzione è dovuta alla l. 28 dicembre 2005, n. 262 sulla tutela del risparmio, il cui art. 29, successivamente modificato dal d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303⁽⁸⁾, ha aggiunto l'art.128 *bis* al Testo unico bancario. La disciplina primaria viene completata dalle previsioni secondarie, contenute nella delibera del Cibr 29 luglio 2008, n. 275, nelle successive disposizioni di attuazione della Banca d'Italia del 18 giugno 2009, del 12 dicembre 2011 e del 13 novembre 2012 e, da ultimo, nel regolamento per il funzionamento dell'organo decidente, adottato dallo stesso ABF.

La presente breve indagine si propone di individuare alcuni elementi salienti che connotano tale nuovo istituto ed i tratti distintivi che ne comportano una configurazione assolutamente particolare, nell'ambito della più vasta categoria degli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie, al fine di sottolinearne le potenzialità e, di contro, gli aspetti di criticità dovuti all'inquadramento delle nuove disposizioni nel complessivo quadro regolamentare finanziario.

2. Lineamenti procedurali dell'Arbitro Bancario Finanziario

Le richiamate disposizioni individuano nella rapidità, economicità ed effettività della tutela apprestata al cliente i principi fondamentali dei nuovi strumenti di risoluzione stragiudiziale. L'Arbitro Bancario Finanziario, infatti, ha lo scopo di dirimere in modo imparziale, rapido, efficace e pienamente autonomo le controversie insorte tra clienti ed intermediari.

La normativa secondaria provvede a dare attuazione a detti principi. Primo tra essi quello di indipendenza ed autonomia dell'organo

(7) Per una attenta ricostruzione sistematica del fenomeno delle ADR nel nostro ordinamento bancario si veda M. PELLEGRINI, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria*, Padova, 2007, *passim*; ID, *Sistemi di ADR in ambito bancario e finanziario*, in *ABF e supervisione bancaria*, a cura di F. Capriglione e M. Pellegrini, Padova, 2011, p. 23 ss., ove vengono sottolineati il ruolo e le funzioni particolari che simili procedure svolgono nel settore di riferimento.

(8) L'originaria formulazione dell'art. 29 prevedeva l'adesione a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con i consumatori. Il citato decreto correttivo ha modificato tale riferimento con il termine clientela, ampliando, nei fatti, l'operatività di tali strumenti.

decidente, in relazione al quale vengono disciplinate le modalità per la nomina dei componenti, da parte della Banca d'Italia, volte ad assicurare neutralità, professionalità e rappresentanza di tutte le categorie di soggetti coinvolte in un'operazione bancaria. A tal fine, è previsto che il presidente e due membri vengano scelti dalla Banca d'Italia e gli altri due designati rispettivamente dagli intermediari e dalle associazioni rappresentative dei clienti⁽⁹⁾. Tutti i componenti dovranno possedere specifici requisiti di esperienza, professionalità in materia bancaria, finanziaria e di tutela dei consumatori, integrità⁽¹⁰⁾ e indipendenza e, per garantire la loro imparzialità, non dovranno aver svolto, nel biennio precedente la nomina, alcun tipo di attività in favore di intermediari ovvero di associazioni di consumatori⁽¹¹⁾.

La presenza di tali requisiti dovrebbe limitare possibili interferenze tra le varie funzioni attribuite alla medesima autorità di vigilanza e garantire autonomia decisionale ed indipendenza dell'attività svolta⁽¹²⁾. Essi, infatti, nelle intenzioni del legislatore, rappresentano una sorta di presidio protettivo del cliente, fondato su elevati livelli di professionalità tecnica e di imparzialità, strumentali al buon funzionamento ed alla regolarità della procedura.

(9) Per N. SOLDATI, *L'Arbitro Bancario Finanziario della Banca d'Italia (ABF)*, in *Contratti*, 2009, p. 858, l'affidamento della scelta della maggioranza dei componenti alla Banca d'Italia dovrebbe garantire che l'organo decidente non sia sede di conflitto tra interessi contrapposti, ma arbitro equidistante a garanzia di un giudizio indipendente nei confronti di entrambe le parti in lite.

(10) Ai sensi dell'art. 3 della Delibera Cicr, non possono essere nominati componenti dell'organo decidente coloro i quali: *a)* siano stati condannati per uno dei reati previsti dalle norme che disciplinano l'attività bancaria, finanziaria, mobiliare, assicurativa, dalle norme in materia di mercati e valori mobiliari e di strumenti di pagamento, ovvero per i reati di riciclaggio e di usura; *b)* abbiano riportato condanne definitive per altri delitti non colposi o a pena detentiva, anche per contravvenzione; *c)* abbiano riportato condanne a pena detentiva, applicata su richiesta delle parti, non inferiore a sei mesi; *d)* siano incorsi nell'interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici; *e)* siano stati sottoposti a misure di prevenzione o di sicurezza.

(11) Ai fini della valutazione di tale competenza sono considerate le esperienze nel settore finanziario (esponenti aziendali, componenti gli organi delle procedure di crisi, dipendenti delle autorità di vigilanza, revisori contabili, consulenti) e quelle maturate in generale nel campo dell'arbitrato o della conciliazione, nonché l'attività di docenza e le pubblicazioni in discipline giuridiche ed economiche.

(12) Critico sulla tecnica legislativa è F. MAIMERI, *op. cit.*, p. 414, secondo cui «la vera novità della normativa in esame consiste nell'aver attribuito il ruolo di solutore delle controversie e di tutela della clientela alla medesima Autorità che vigila sugli intermediari, che mal si concilia con le altre competenze ad essa attribuite generando inevitabili conflitti di interesse, che rimedi formali appaiono in grado di superare più nella forma che nella sostanza».

Tutti gli intermediari, di cui al citato art. 115 t.u.b., sono tenuti ad aderire all'ABF⁽¹³⁾. Tale circostanza costituisce una condizione per lo svolgimento dell'attività bancaria e per la prestazione dei servizi di pagamento, sottoposta a controllo e valutazione da parte della Banca d'Italia. Sebbene le disposizioni di attuazione indichino l'adesione al sistema come un obbligo, il cui inadempimento può essere sanzionato dalla Banca d'Italia, la dottrina specialistica è divisa sulla sua esatta configurazione, potendosi individuare un orientamento legato alla lettera della norma che ritiene trattarsi di vero e proprio obbligo, giuridicamente rilevante⁽¹⁴⁾, ed una diversa ricostruzione che lo ritiene un onere, la cui attuazione è prevista nello specifico interesse dell'intermediario⁽¹⁵⁾.

In effetti, è da sottolineare come l'adesione al sistema di composizione in esame se, per un verso, integra i requisiti che la legge richiede per l'ottenimento dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività dell'intermediario, per altro, tenuto conto del più ampio disegno delineato dalle nuove disposizioni, si rivela indispensabile anche per la realizzazione dei propri interessi, per i diversi aspetti evidenziati. Da ciò sembra più confacente, tenuto conto dell'impianto legislativo complessivo, configurare l'adesione alla stregua di un onere, il cui adempimento, tuttavia, non comporta per l'intermediario alcun formale obbligo né di partecipazione alla procedura né, come sarà esaminato di seguito, di adeguamento alla decisione assunta dall'Organo.

(13) Ai sensi delle disposizioni contenute nella Sezione II delle Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari emanate dalla Banca d'Italia, sono esclusi da tale obbligo di adesione gli intermediari aventi sede in un altro Stato membro dell'Unione Europea che operano in Italia in regime di libera prestazione di servizi, a condizione che aderiscano o siano sottoposti a un sistema di composizione stragiudiziale delle controversie estero partecipante alla rete Fin.Net promossa dalla Commissione Europea. A tali fini questi intermediari comunicano alla Banca d'Italia il sistema stragiudiziale al quale aderiscono.

(14) In tal senso F. AULETTA, *Arbitro Bancario Finanziario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, in *Società*, 2011, p. 83 ss., per il quale gli intermediari sono obbligati ad aderire al sistema ma non anche assoggettati alle determinazioni sulla controversia. Tale obbligo si sostanzia in un *pati* dell'esposizione al procedimento amministrato dell'ABF. In senso conforme anche F. MAIMERI, *op. cit.*, p. 405 ss.; F. CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, p. 261 ss.

(15) A tal proposito S. RUPERTO, *L'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, p. 325 ss., afferma che la norma di cui all'art. 128 bis è integrativa di un requisito previsto nell'interesse dello stesso soggetto onerato e non configurativa di un dovere il cui assolvimento dovrebbe tutelare un interesse altrui. In senso conforme anche M. PELLEGRINI, *Sistemi alternativi di composizione delle controversie bancarie*, in *L'ordinamento finanziario italiano*², a cura di F. Capriglione, Padova, 2010, p. 859 ss, M.R. LA TORRE, *Intermediari finanziari e soggetti operanti nel settore finanziario*, in *Trattato del diritto dell'economia*, a cura di E. Picozza e E. Gabrielli, Padova, 2010, p. 263 ss.

Per il cliente, invece, la scelta di sottoporre la controversia alla cognizione dell'ABF è assolutamente libera, ferma restando la irrinunciabilità del relativo diritto, che va espressamente indicato nel contratto a pena di impugnabilità⁽¹⁶⁾. Sarà, pertanto, ammesso il ricorso ad altri sistemi disciplinati dall'ordinamento ed aventi le medesime finalità, tenuto conto anche del disposto dell'art. 5 del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, che configura una competenza alternativa e concorrente tra le procedure di mediazione e conciliazione, da un lato, e quelle disciplinate rispettivamente dall'art.128-*bis* t.u.b. e dal d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179 dall'altro⁽¹⁷⁾. Da ciò deriva una sostanziale equiparazione tra le diverse procedure, non potendosi rintracciare alcuna riserva esclusiva in favore di una o delle altre, al di fuori di quelle attribuite rispettivamente per materia.

L'art. 1 della delibera CICR definisce la figura di cliente, individuandolo nel soggetto che ha o ha avuto, con un intermediario, un rapporto contrattuale inteso ad ottenere la prestazione di servizi bancari e finanziari e che non svolge in via professionale l'attività di intermediazione nei settori bancario, finanziario, assicurativo e previdenziale. Ne deriva che l'operatività del nuovo sistema è rivolta ai così detti clienti al dettaglio o *retail*, quali soggetti che non possiedono le conoscenze specifiche adeguate e il grado di esperienza tecnica necessaria a comprendere appieno la portata del contratto ed i rischi connessi, con esclusione, di contro, di quelli professionali, capaci di effettuare autonomamente le proprie scelte negoziali.

Gli intermediari obbligati ad aderire a tali procedure sono le banche, gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco di cui all'art. 106 t.u.b. che operano nei confronti del pubblico⁽¹⁸⁾, i confidi iscritti nell'elenco di cui

(16) A tal fine le banche e gli intermediari finanziari devono informare i propri clienti dell'esistenza di simile diritto e delle procedure di ricorso presso l'ABF, attraverso la Guida pratica messa a loro disposizione presso le varie dipendenze, il Documento contenente i principali diritti del cliente ed i Fogli informativi dei singoli servizi e prodotti offerti.

(17) Secondo l'art. 5, co. 1, «Chi intende esercitare in giudizio un'azione (...) è tenuto preliminarmente ad esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'art. 128-*bis* del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate».

(18) Le Disposizioni di attuazione della Banca d'Italia prevedono che le società veicolo (SPV) costituite nell'ambito di operazioni di cartolarizzazione, anche qualora cessionarie di rapporti disciplinati ai sensi del titolo VI t.u.b. (es. mutui ipotecari, finanziamenti *revolving*), possono non aderire all'ABF qualora vi aderisca il soggetto incaricato dell'attività di *servicing*, purché quest'ultimo: a) sia contrattualmente incaricato di gestire il contenzioso relativo ai crediti ceduti per conto dell'SPV; b) abbia la facoltà di dare attuazione alle decisioni dell'ABF, fermo restando che le misure previste dalla sez. VI, par. 5, riguarderanno il soggetto incaricato dell'attività di *servicing*.

all'art. 112 t.u.b., gli istituti di moneta elettronica, Poste Italiane S.p.A. in relazione all'attività di bancoposta, le banche e gli intermediari esteri che svolgono in Italia nei confronti del pubblico operazioni e servizi disciplinati dal titolo VI t.u.b.

La delimitazione della competenza oggettiva è prevista dal medesimo art. 1, per il quale la controversia deve riguardare le operazioni ed i servizi bancari e finanziari, con l'esclusione di quelli non assoggettati al titolo VI del Testo unico bancario, ai sensi dell'articolo 23, co. 4, t.u.f.⁽¹⁹⁾.

Potranno essere, pertanto, sottoposti al vaglio dell'ABF, indipendentemente dal valore del rapporto al quale si riferiscono, le controversie concernenti la materia tipicamente bancaria, come quelle relative a conti correnti, finanziamenti, mutui, carte di credito, carte di debito, *factoring*, con esclusione, al contrario, di quelle in materia di servizi e attività di investimento, di collocamento di prodotti finanziari⁽²⁰⁾, che rientrano nella competenza della Camera di Conciliazione ed Arbitrato istituita presso la Consob.

Ai fini dell'avvio della procedura, non sarà necessaria l'effettiva conclusione di un contratto con l'intermediario, essendo sufficiente anche la presenza di comportamenti tenuti durante la fase precontrattuale o in occasione di contatti di carattere professionale, instaurati tra clienti e intermediari.

Se la richiesta del ricorrente ha per oggetto la corresponsione di una somma di denaro a qualunque titolo, la controversia rientra nella cognizione dell'ABF, a condizione che l'importo richiesto non sia superiore a 100.000 euro⁽²¹⁾. Sono escluse le richieste di risarcimento per i danni che non siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione dell'intermediario, così come quelle relative a beni materiali

(19) L'art. 23, co. 4, t.u.f. esclude l'applicazione del titolo VI t.u.b. ai servizi e alle attività di investimento, al collocamento di prodotti finanziari nonché alle operazioni e ai servizi che siano componenti di prodotti finanziari assoggettati alla disciplina dell'art. 25-bis ovvero della parte IV, titolo II, capo I, del medesimo decreto legislativo. In ogni caso, alle operazioni di credito al consumo si applicano le pertinenti disposizioni del titolo VI t.u.b.

(20) In proposito, il Regolamento Consob del 29 dicembre 2008, disciplinante le procedure di conciliazione e arbitrato in materia di servizi di investimento e gestione collettiva del risparmio previste dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n.179, rimette a un protocollo di intesa tra la Camera di conciliazione e arbitrato istituita presso la Consob e il sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie di cui all'articolo 128-bis t.u.b. la risoluzione delle questioni relative all'ambito delle reciproche competenze.

(21) Per F. AULETTA, *op. cit.*, p. 85, tale limite non è funzionale alla determinazione della competenza dell'ABF, ma segna un limite alla forma di tutela erogabile, inibendo la dichiarazione di condanna al pagamento di somme eccedenti. Per S. RUPERTO, *op. cit.*, p. 341, tale limite si riconnette ad una competenza per valore dell'Organo.

o a servizi diversi da quelli bancari e finanziari, oggetto del contratto tra il cliente e l'intermediario ovvero di contratti ad esso collegati⁽²²⁾.

Anche l'articolazione territoriale in cui viene suddiviso l'Organo decidente, sembra essere volta ad agevolare la clientela. Essa, tuttavia, è stata criticata da quanti hanno sottolineato possibili rischi di disomogeneità delle decisioni assunte, in assenza di criteri uniformi di valutazione cui riferirsi⁽²³⁾. Tale eventualità, benché fondata, non appare oltremodo rilevante, per il fatto che simili criteri non vengono garantiti in nessun campo del nostro ordinamento, sia giudiziale che stragiudiziale va sottolineato che, sul punto, comunque, sono intervenute le disposizioni più recenti della Banca d'Italia, prevedendo che il collegio competente, nel caso in cui rilevi che la questione sottoposta al suo esame abbia dato ovvero possa dar luogo a orientamenti non uniformi tra i singoli collegi, può disporre che il ricorso venga esaminato e deciso da una particolare composizione dell'ABF, denominata collegio di coordinamento. In tal modo si è introdotto un elemento di assoluta novità, volto a garantire una tendenziale uniformità degli indirizzi assunti, confermato dal fatto che qualora i singoli collegi intendano discostarsi da una decisione del collegio di coordinamento, devono esplicitarne le ragioni.

In ottemperanza al principio di economicità, è previsto che il clienterisorrente debba versare un importo esiguo, a titolo di contributo per le spese di procedura, che dovrà essergli rimborsato dall'intermediario in caso di esito positivo della stessa.

L'attivazione del procedimento è sottoposta al ricorrere di due condizioni, costituite dalla mancata attivazione di un ricorso innanzi all'A.G.O. ovvero di altre procedure di conciliazione, avviate anche su iniziativa dell'intermediario a cui l'investitore abbia aderito⁽²⁴⁾ e dalla necessaria

(22) Ad esempio quelle riguardanti eventuali vizi del bene concesso in *leasing* o fornito mediante operazioni di credito al consumo; quelle relative alle forniture connesse a crediti commerciali ceduti nell'ambito di operazioni di *factoring*.

(23) Così F. MAIMERI, *op. cit.*, p. 418, M. PELLEGRINI, *op. ult. cit.*, p. 878, secondo i quali l'articolazione territoriale dell'Organo decidente fa emergere il rischio di possibili conflitti di giudicati a fronte di ricorsi con identico contenuto presentati in diverse sedi.

(24) Ai sensi dell'art. 6, co. 4, della Delibera Cicr, il collegio, d'ufficio o su istanza di parte, dichiara l'interruzione del procedimento qualora consti l'avvio di un tentativo di conciliazione ai sensi di norme di legge. Se la conciliazione non riesce, il ricorso può essere riproposto senza necessità di un nuovo reclamo all'intermediario. Qualora la controversia sia sottoposta all'autorità giudiziaria ovvero a giudizio arbitrale nel corso del procedimento, il collegio, verificato l'interesse del ricorrente alla conclusione di quest'ultimo, può dichiararne l'estinzione. Parte della dottrina, N. SOLDATI, *Le procedure di conciliazione e di arbitrato nella legge sul risparmio*, in *Tratt. di dir. comm. e di dir. pubbl. econ.*, diretto da F. Galgano, *Le nuove regole del mercato finanziario*, LII, Padova, 2009, p. 539, ritiene questa condizione come un'applicazione del principio processuale del *ne bis in idem*, attraverso la

presentazione di un preventivo reclamo⁽²⁵⁾, presso l'ufficio appositamente organizzato dall'intermediario, che non abbia fornito adeguata risposta al cliente⁽²⁶⁾. Tale procedimento, che costituisce un ulteriore rimedio apprestato dall'ordinamento bancario in favore della clientela, è anch'esso caratterizzato da economicità, informalità e celerità e può fornire una prima immediata risposta alle doglianze del cliente. Un'adeguata gestione, anche di questa fase, può agevolare la conservazione del rapporto instaurato, assicurando massima attenzione fin dal verificarsi dei primi segnali del conflitto.

Solo qualora il cliente sia rimasto insoddisfatto ovvero nel caso in cui il reclamo non abbia avuto esito nei termini stabiliti, si potrà presentare ricorso all'ABF sulle medesime contestazioni, dando tempestiva comunicazione all'intermediario, entro il termine di dodici mesi dalla presentazione dello stesso. Il ricorso sarà indirizzato alla segreteria tecnica del collegio competente territorialmente, utilizzando la modulistica predisposta, e potrà essere presentato anche presso ogni Filiale della Banca d'Italia che provvederà, successivamente, ad inoltrarlo al collegio competente.

3. La pronuncia dell'Organo Decidente e la risoluzione della controversia

Elementi di assoluto interesse possono trarsi dall'analisi della disciplina sulla pronuncia dell'Organo Decidente e sugli effetti ad essa ricon-

quale si evita che le parti possano essere invitate più volte a partecipare ad un tentativo di conciliazione vertente sulla medesima controversia.

(25) Per reclamo si intende ogni atto con cui un cliente chiaramente identificabile contesta in forma scritta (es. lettera, fax, e-mail) all'intermediario un suo comportamento o un'omissione.

(26) Le Disposizioni di attuazione della Banca d'Italia stabiliscono, a tal proposito, che gli intermediari sono tenuti a dotarsi di adeguate strutture organizzative e procedure interne, istituendo un ufficio reclami o individuando un responsabile della funzione di gestione dei reclami della clientela. A tali fini gli intermediari applicano le disposizioni relative ai reclami contenute nella disciplina di trasparenza dei servizi bancari e finanziari. Le procedure interne adottate dall'intermediario assicurano, inoltre, che l'ufficio o il responsabile della gestione dei reclami: a) si mantenga costantemente aggiornato in merito agli orientamenti seguiti dall'organo decidente, attraverso la consultazione dell'archivio elettronico delle decisioni dei collegi pubblicato su internet ai sensi della sez. IV, par. 2; b) valuti i reclami pervenuti anche alla luce dei predetti orientamenti, verificando se la questione sottoposta dal cliente rientri in fattispecie analoghe a quelle già decise dai collegi e considerando le soluzioni adottate in tali casi. L'intermediario si pronuncia sul reclamo entro 30 giorni dalla ricezione del medesimo e indica, in caso di accoglimento, i tempi previsti per l'adempimento.

ducibili, in quanto rivelatori della singolarità del nuovo istituto delineato dal legislatore speciale e delle profonde differenze che lo connotano rispetto alle altre procedure di composizione stragiudiziale, riconducibili alla medesima categoria.

Nonostante l'eterogeneità delle forme, le tecniche di risoluzione alternativa delle controversie vengono tradizionalmente suddivise in due grandi categorie, a seconda del risultato che esse mirano ad ottenere e delle modalità di raggiungimento: da un lato vengono ricompresi quegli istituti riconducibili ai così detti modelli valutativi, caratterizzati dalla presenza di una pronuncia proveniente da un terzo e, dall'altro, quelli rientranti tra i così detti modelli conciliativi, nei quali le parti, appositamente coadiuvate, vengono facilitate nell'individuazione di una soluzione della lite insorta. Tutti i procedimenti sono caratterizzati dall'intervento di un soggetto, terzo rispetto ai contendenti, che, tuttavia, assume competenze e svolge funzioni rispettivamente diverse. Nei primi, il cui archetipo è costituito dall'arbitrato, il terzo pone termine alla controversia mediante una decisione autoritativa, riconducibile alla figura della sentenza, mentre, nei secondi, la cui principale figura di riferimento è rappresentata dalla mediazione, egli favorisce un dialogo tra le parti onde farle addivenire ad un accordo, gestito e scelto esclusivamente dalle medesime. L'ABF si inserisce nella più ampia categoria dei procedimenti valutativi, per la presenza di un terzo soggetto, che nella specifica ipotesi è l'organo decidente, cui le parti demandano la risoluzione della controversia insorta. Tuttavia esso si discosta dall'archetipo di tali metodologie, poiché presenta specifici aspetti, che ne configurano, in maniera peculiare, la struttura portante.

Avviato il procedimento, con le modalità sopra evidenziate, in attuazione del principio di immediatezza, l'organo decidente si pronuncerà nel termine di sessanta giorni dal momento in cui ha ricevuto le controdeduzioni dell'intermediario ovvero, in mancanza, dalla scadenza del termine per la loro presentazione.

Se la decisione accoglie il ricorso, totalmente o parzialmente, l'intermediario vi adempierà entro il termine di trenta giorni dal ricevimento della comunicazione della pronuncia, ovvero nel diverso termine previsto dalla medesima. L'eventuale inadempimento alle prescrizioni della decisione, così come il ritardo nell'adempimento da parte dell'intermediario, verrà reso pubblico, attraverso l'inserimento di un'espressa comunicazione sul sito istituzionale dell'ABF e su due quotidiani ad ampia diffusione nazionale, a spese dello stesso soggetto inadempiente.

A ben vedere, proprio in questo momento, emerge una delle maggiori novità dell'ABF, data dal fatto che la decisione assunta dall'organo, a differenza degli altri modelli similari, è del tutto priva di valore precettivo,

non potendo produrre alcun effetto giuridico né nei confronti dell'intermediario né per il cliente⁽²⁷⁾. Mentre il primo, infatti, non è obbligato *ex lege* a dare esecuzione a quanto disposto dalla decisione, al secondo non è riconosciuto alcun diritto alla pretesa né alcuna titolarità di azioni coattive. Se ne deduce che, nonostante la lettera della norma adotti il termine di decisione o di giudizio, in effetti la pronuncia dell'organo difetta degli elementi costitutivi e della tipica efficacia che caratterizzano tali figure in quanto, non potendo incidere sulle posizioni giuridiche delle parti, non può fare stato tra esse, come previsto dal nostro ordinamento. L'unico effetto riconosciuto dalla disciplina, in caso di mancata conformazione dell'intermediario alle determinazioni dell'organo decidente, consiste nell'irrogazione di una "sanzione reputazionale", direttamente connessa alla pubblicità della sua inottemperanza. La *shame culture* su cui si fonda il sistema, ovvero il timore di far conoscere al mercato situazioni di inadempimento ai propri obblighi di comportamento così come eventuali disallineamenti dagli indirizzi individuati da un organo dotato di particolare qualificazione e professionalità, da cui possono derivare rischi di sviamento della clientela e di diffusa diffidenza, può favorire la conformazione dell'intermediario, il cui comportamento viene indirizzato attraverso una tecnica che richiama la *moral suasion* tipica dell'attività di vigilanza.

Per tali ragioni appare giustificato ritenere che l'eventuale soccombenza pronunciata dall'organo decidente sia soltanto virtuale, mentre la definizione concreta della controversia necessiti di un ulteriore elemento. Come è stato puntualmente rilevato in dottrina⁽²⁸⁾, la risoluzione

(27) In tali termini si pone l'orientamento maggioritario in dottrina: *ex multis* F. CAPRIGLIONE, *op. cit.*, p. 261 ss.; A. ANTONUCCI, *ABF e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2011, II, p. 117 ss.; M. SEPE, *Brevi note sulla natura delle decisioni dell'ABF*, in *ABF e supervisione bancaria*, cit., p. 119 ss. Conforme quello giurisprudenziale, rappresentato dalla ben nota ordinanza n. 218 del 4 luglio 2011 con la quale la Corte Costituzionale ha affermato che «la decisione dell'ABF, pur se assunta in base a diritto, è priva di valore cogente, tale non potendo essere ritenuto il meccanismo sanzionatorio reputazionale conseguente all'inottemperanza dell'intermediario».

(28) S. RUPERTO, *op. cit.*, p. 325 ss., il quale, testualmente, ritiene che il consenso espresso dall'intermediario con l'adesione all'ABF non ha la medesima natura di quello posto a fondamento degli altri strumenti di risoluzione alternativa, poiché ad esso non consegue, neppure indirettamente, l'effetto di comporre la controversia. Mentre nei primi, infatti, gli effetti della procedura, vincolanti per le parti, sono direttamente riconducibili al consenso manifestato dagli interessati verso la stessa, donde la natura tipicamente contrattuale di tali procedure, nell'ABF la decisione dell'organo non compone la controversia. Per tale motivo, lo stesso autore ritiene che la formulazione normativa dell'art. 128-bis t.u.b. appare descrittiva ed atecnica stante che la pronuncia dell'Organo non porta a definizione la lite tra banca e cliente e non costituisce, pertanto, atto con funzione transattiva.

definitiva della controversia non consegue direttamente alla conclusione della procedura innanzi all'ABF, in specie all'assunzione del pronunciamento, ma richiede il compimento di un ulteriore atto, costituito dall'adeguamento da parte dell'intermediario che, spontaneamente, da esecuzione alle previsioni ivi contenute. Solo a seguito di questa ulteriore fase, la lite potrà essere considerata risolta; al contrario, essa rimarrà inalterata e potrà, eventualmente, essere sottoposta alla cognizione di altra procedura, giudiziale o stragiudiziale.

Ne deriva che la conformazione dell'intermediario può essere ritenuta un atto di riconoscimento dell'originaria pretesa del cliente e, nel caso in cui venga da questi accettata, avrà funzione risolutiva e transattiva⁽²⁹⁾, favorendo il buon esito dell'intera procedura.

Alla luce di tali considerazioni, è stato ritenuto che la decisione dell'organo abbia la natura giuridica tipica di un parere *pro veritate*⁽³⁰⁾, emesso in esecuzione di un incarico di prestazione di un'opera intellettuale, dal momento che con essa viene espressa una valutazione sulla controversia insorta, priva di rilievo giuridico. La Banca d'Italia, sulla scorta del richiesto parere e nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza, sarà legittimata ad irrogare la sanzione, previo giudizio discrezionale che verifichi l'inerzia rispetto ai comportamenti indicati come necessari⁽³¹⁾.

La natura reputazionale della sanzione irrogabile dall'ABF è stata considerata come un limite del nuovo sistema di risoluzione alternativa⁽³²⁾,

(29) Per F. CAPRIGLIONE, *op. cit.*, p. 261 ss., la decisione di accoglimento del ricorso quando accetta dal cliente è vincolante per l'intermediario.

(30) In tal senso S. RUPERTO, *op. cit.*, p. 335. Conforme anche F. AULETTA, *op. cit.*, p. 88, per il quale la decisione dell'ABF si sostanzia in una determinazione conformativa di un procedimento amministrativo di vigilanza, interno a questo procedimento e di per sé non lesivo della sfera dell'intermediario. *Contra* C. CONSOLO e M. STELLA, *op. cit.*, p. 125 ss., che ritengono che la pronuncia dell'ABF consiste in una valutazione di tipo prognostico sull'esito finale di una lite (ancora potenziale) tra cliente ed intermediario. Essa, avrebbe la finalità di prevenire l'insorgenza di una lite facendo conoscere immediatamente alle parti il probabile esito di una futura controversia giudiziale avente ad oggetto medesime doglianze.

(31) Conforme F. AULETTA, *op. cit.* p. 88, secondo cui tutto il procedimento *ex art. 128-bis t.u.b.* può farsi rientrare in un procedimento amministrativo di vigilanza della Banca d'Italia. *Contra* S. RUPERTO, *op. cit.* p. 330, per il quale questa forma di pubblicità negativa trova legittimazione e giustificazione nell'atto di adesione dell'intermediario al sistema stragiudiziale, con il quale si consente all'Autorità di vigilanza l'irrogazione di tale tipologia sanzionatoria che, al contrario, potrebbe configurare gli estremi di una condotta *ex art. 2043 c.c.*

(32) Per D. SICLARI, *Le ADR nel settore bancario e finanziario: stato dell'evoluzione e problematiche attuali*, relazione al convegno su «La nuova disciplina sulla trasparenza bancaria», Milano 3-4 settembre 2009, la sanzione reputazionale è un punto dolente della procedura innanzi all'ABF; conforme anche M. PELLEGRINI, *op. ult. cit.*, p. 879.

la cui principale novità sarebbe costituita dallo svolgimento del procedimento non più su base volontaristica, come avviene per le altre forme di ADR, ma pubblicistica, stante la presenza di nuovi obblighi in capo agli intermediari imposti dal legislatore. Essa potrebbe essere considerata anche inconciliabile con il principio di effettività della tutela del cliente, cui il nuovo sistema si ispira, poiché non sembra poter garantire una soluzione concretamente e facilmente raggiungibile senza la necessaria cooperazione dell'intermediario.

È da rilevare, tuttavia, anche sulla scorta delle risultanze dell'attività fin qui svolta dal nuovo organismo, come la realtà fattuale sembra smentire le rilevate perplessità, dal momento che, rispetto alla mole di ricorsi pervenuti ed esaminati, si registrano rari casi di inadempimento alle decisioni assunte dall'ABF. Da questo punto di vista, la presenza di un sistema di *enforcement* risulta coerente con il principio di effettività della tutela, sancito dall'art. 128-bis t.u.b., ed è volto ad assicurare efficacia al sistema stragiudiziale per favorire una soluzione concreta della controversia. Ciò, con tutta evidenza, mostra come la sanzione reputazionale, malgrado i rilevati limiti giuridici, sia in grado di conseguire quegli effetti indicati dal legislatore, potendo indirizzare il comportamento degli intermediari ed incentivare la loro collaborazione al corretto funzionamento del sistema⁽³³⁾.

D'altronde tutti i sistemi alternativi richiedono e presuppongono la cooperazione effettiva delle parti, per la definizione della controversia, sebbene manifestata con modalità diverse, tra le quali assume rilevanza quella configurata dalla fattispecie in esame. La collaborazione dell'intermediario, attuata con la sua conformazione alla decisione resa, fa riemergere, in maniera diversa la natura conciliativa ed il carattere tipicamente privatistico di tali metodologie, nonostante la possibile interferenza esterna di opposta natura, manifestantesi nel concreto potere di indirizzo svolto sugli intermediari. In particolare va sottolineato un aspetto, per certi versi criticabile, consistente nel riconoscimento di forme di condizionamento dell'autonomia privata da parte di soggetti, esterni al rapporto contrattuale instaurato, che operano sulla base di criteri diversi. Come è stato, a tal proposito, puntualmente rilevato in dottrina, la particolare tecnica adottata dal legislatore per la configurazione dei sistemi alternativi di composizione delle controversie bancarie, tenuto conto della sostanzia-

(33) A tal proposito, M. SEPE, *op. cit.*, p. 124, ritiene che nei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie, l'effettività della tutela è il portato di regole procedurali uniformi e, più in generale, di una serie di incentivi e di disincentivi che induce ad una volontaria adesione ed esecuzione della pronuncia resa. Proprio la probabilità che le parti aderiscano spontaneamente alla pronuncia dell'organo, garantisce il carattere effettivo della tutela.

le sovrapposizione tra gli obiettivi tipici dell'intervento delle Autorità di settore e quelli propri delle nuove fattispecie in esame, rischia di essere utilizzata a scopi diversi da quelli originariamente prefissati, in maniera da realizzare una «funzionalizzazione» dell'attività svolta per finalità, diverse dal bisogno di giustizia del cliente, inquadrabili tra quelle tipicamente collegate all'attività di vigilanza⁽³⁴⁾.

Sotto questo aspetto, sembrano riproporsi, con modalità diverse ma con portata più ampia, i medesimi criteri che informano l'attività di vigilanza sul mercato bancario, nel momento in cui, per il perseguimento di obiettivi di carattere generale, connessi alla natura dell'attività degli enti creditizi ed ai prodotti offerti, vengono mantenuti incisivi poteri esterni, influenti sulla sfera privata delle parti, che, nonostante la formale affermazione di principi contrari, continuano a limitare la loro autoregolamentazione anche in settori, come quello della composizione della lite, istituzionalmente estranei a tali interventi⁽³⁵⁾. Tale conclusione sembra confermata, peraltro, dalla circostanza per cui la decisione sul ricorso può contenere una serie di indicazioni volta a fornire agli intermediari, con valore di indirizzo, dei suggerimenti di *best practices* per favorire l'impostazione di relazioni con i clienti informate a criteri omogenei, ritenuti adeguati ai fini prefissati. In tal modo gli intermediari possono ricavare elementi importanti per valutare la correttezza delle prassi operative, anche ai fini della quantificazione del rischio legale e reputazionale e, contemporaneamente, le autorità di vigilanza possono influenzare i loro futuri comportamenti⁽³⁶⁾.

(34) Per F. CAPRIGLIONE, *op. cit.*, p. 272, tale conclusione è desumibile dallo schema legislativo da cui emerge l'intento di correlare l'esercizio della funzione decisoria a scopi di vigilanza. Peraltro, la stessa normativa secondaria ritiene che i sistemi stragiudiziali assumono rilievo per le finalità di vigilanza, e, più in generale, per l'efficienza del sistema finanziario. Id., *Il ruolo dell'ABF tra funzione giustiziale e supervisione, in ABF e supervisione bancaria*, cit., p. 7 ss.

(35) A tal proposito, F. MAIMERI, *op. cit.*, p. 414, afferma che l'invasione del campo dei privati operata con tali interventi conferma il disfavore del legislatore verso queste forme di discipline organizzate e fruite dagli operatori.

(36) Sul punto, S. AMOROSINO, *Profili pubblicistici e funzioni di interesse pubblico dell'ABF in ABF e supervisione bancaria*, cit., p. 114-115, si sofferma, a prescindere dalla configurazione pubblica o privata della natura giuridica del nuovo istituto, sul ruolo effettivamente da esso svolto e sulle relative funzioni di interesse pubblico, quali la prevenzione e la deflazione delle controversie, l'indirizzo dei comportamenti degli intermediari verso prassi professionali corrette, il rafforzamento della tutela dei contraenti deboli. Da ciò l'ABF viene inquadrato come un ente privato, o anche a struttura mista, al quale il legislatore affida lo svolgimento di una determinata attività strettamente legata ad interessi di portata generale.

4. Conclusioni

La tematica sulle *ADR* ha ormai assunto, nel nostro ordinamento, rilievo sempre maggiore, soprattutto in settori nuovi rispetto a quelli in cui, tradizionalmente, essa ha avuto origine. Come visto, il sistema bancario, che in realtà già da tempo conosceva simili forme, potendosi inquadrare intorno agli inizi degli anni novanta del novecento la prima esperienza con l'accordo interbancario sull'Ombudsman-giurì bancario e sull'ufficio reclami, sorto per volontà dell'ABI⁽³⁷⁾, ha manifestato rinnovato interesse, regolamentando nuovi istituti, inseriti nel più ampio sistema di riferimento. In quest'ambito, tuttavia, i criteri fondanti la disciplina sulle *ADR*, hanno assunto una specifica connotazione derivante dalla necessaria conformazione alla natura degli interessi coinvolti in un rapporto di natura bancaria. L'opportunità di risolvere in maniera rapida, economica ed efficace una situazione conflittuale, tra banca e cliente, infatti, può favorire la continuazione del rapporto, rafforzandone stabilità e correttezza, e concorrere, altresì, a limitare posizioni di diffidenza e di sfiducia che, esaltando i conflitti piuttosto che attutirli, possono avere ripercussioni negative sull'assetto complessivo del sistema economico e finanziario.

Per tali motivi, la correttezza dei rapporti con la clientela è, addirittura, assurta ad obiettivo istituzionale dell'attività delle autorità di settore, così come previsto dalla nuova formulazione dell'art. 127, co. 01, t.u.b., che la ricomprende, espressamente, tra le finalità del sistema di vigilanza sugli intermediari bancari. Rapporti corretti, trasparenti e duraturi concorrono a realizzare la sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, la tutela degli interessi dei clienti, la stabilità, l'efficienza e la competitività dell'intero sistema bancario-finanziario.

Il legislatore speciale, spinto, per un verso, dall'esigenza di attenuare le gravi conseguenze scaturenti dalla crisi e, per altro, dalla necessità di allinearsi agli orientamenti comunitari, in materia di gestione privata delle controversie, si è preoccupato di garantire che le regole di trasparenza e

(37) In forza della circolare ABI dell'1 febbraio 1993, le banche aderenti si impegnano a costituire al proprio interno un ufficio al quale il clienti possono presentare i propri reclami aventi ad oggetto contestazioni su contratti bancari e finanziari conclusi. In caso di risposta insoddisfacente il cliente potrà rivolgersi all'Ombudsman-giurì bancario che emette una propria decisione. Caratteristica di quest'ultima è che vincola la banca aderente, mentre lascia libero il cliente di adire l'ordinario procedimento giudiziario ovvero altre forme alternative di risoluzione. In caso di mancata conformazione della banca alla decisione, viene irrogata una sanzione reputazionale consistente nella pubblicazione dell'inadempimento a mezzo stampa ed a spese della stessa banca. Le funzioni dell'Ombudsman sono oggi ricomprese tra le attività prestate dal Conciliatore Bancario Finanziario, Associazione per la risoluzione delle controversie bancarie, finanziarie e societarie *ADR*, promossa dalla stessa ABI nel 2006.

di correttezza e, più in generale, quelle relative alla tutela della clientela, fossero percepite dagli intermediari non come un mero adempimento di obblighi normativi ma, al contrario, come fattori determinanti per assicurare gli obiettivi prefissati⁽³⁸⁾.

Per realizzare questo disegno, tuttavia, si è adottata una tecnica che se, per certi aspetti, è apparsa innovativa e confacente alle nuove esigenze, per altri, al contrario, ha continuato a mantenere inalterati caratteri e principi tipicamente radicati nel nostro ordinamento. In tal modo si è incoraggiata la diffusione di tali strumenti, facilitandone l'accesso, ma, contemporaneamente, si è creato un sistema di controllo e di indirizzo sulla loro operatività. In particolare, nonostante la presenza di stringenti requisiti di autonomia, professionalità ed indipendenza, in capo ai componenti l'organo decidente, si è appurato come la Banca d'Italia sia divenuta titolare di ampi poteri di valutazione di tutte le fasi in cui si articola la nuova procedura, da quella iniziale, con l'attribuzione delle funzioni istruttorie in capo alla segreteria tecnica dell'ABF, costituita da dipendenti della stessa autorità, a quella finale, con l'apprezzamento del comportamento dell'intermediario e l'irrogazione finale della sanzione reputazionale. Ne è risultato, in tal modo, un ulteriore incremento dei poteri di vigilanza dell'autorità, svolti anche in quella fase del rapporto negoziale che, in precedenza, veniva gestita esclusivamente dalle parti. Si è dato luogo, così, a quella figura, fortemente criticata, di «giudice-autorità», data la contemporanea presenza delle descritte funzioni in capo ad un unico soggetto, i cui tratti peculiari, del tutto distinti rispetto a quelli dei tradizionali organismi di gestione dei sistemi alternativi, dimostrano la sua preordinazione al rafforzamento dei relativi poteri⁽³⁹⁾.

Da questo punto di vista, la soluzione adottata dal legislatore appare contraddire i criteri ispiratori dei sistemi alternativi dato che, in ultima analisi, la composizione della controversia può essere indirizzata dalle autorità di vigilanza, piuttosto che essere lasciata alla libera determinazione delle parti ed eventualmente solo coadiuvata dall'esterno.

Il Testo unico bancario, che già sotto il vigore della precedente normativa sulla trasparenza delle condizioni contrattuali, aveva attribuito, alle autorità di vigilanza, ampi poteri di intervento per garantire la piena

(38) A.M. TARANTOLA, *La Trasparenza sostanziale nei rapporti tra banche e clienti*, cit.

(39) In tal senso espressamente F. CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari*, cit., p. 274, per il quale risultano poco attendibili le ragioni legislative che fanno leva sulla specificità tecnica della materia bancaria e finanziaria per giustificare una deroga ai comuni criteri di attribuzione della *iurisdictio*, ove sia realizzata con le modalità proprie dei provvedimenti in esame. In particolare possono addirittura apparire minati principi fondamentali del nostro ordinamento quali quello della terzietà del giudice.

conformità del comportamento dell'intermediario e del contenuto del contratto, proposto alla clientela, a criteri predeterminati⁽⁴⁰⁾, ha rafforzato il sistema, allargando la sfera di operatività delle medesime in forza del convincimento che lo squilibrio, che caratterizza la relazione contrattuale tra intermediario e cliente, trova tangibile espressione allorché, in presenza di una irregolarità o scorrettezza effettuata dal primo, il cliente non riesca ad ottenere giustizia, stante l'esiguo valore o le caratteristiche della controversia (c.d. *small claim*) scarsamente compatibili con i tempi e i costi di un procedimento ordinario. Si ripresenta, con caratteri ancor più accentuati, la questione, assai dibattuta nell'ambito della dottrina specialistica, sulla ricerca di una soddisfacente composizione tra gli interessi, di natura diversa, coinvolti in un'operazione bancaria. In questo sistema, le ADR possono rappresentare uno strumento idoneo a comporre adeguatamente la relazione fra tutela soggettiva del risparmio, attraverso il supporto e la facilitazione dell'azione dei singoli risparmiatori, lesi dalla scorretta condotta dell'intermediario, e tutela oggettiva dello stesso, quale bene di interesse collettivo e di rilevanza costituzionale.

Le particolari modalità con le quali tali nuove tecniche hanno ricevuto riconoscimento, nel settore bancario, non possono che confermare l'opinione di quanti, ancor prima dell'emanazione della disciplina esaminata, avevano ritenuto come tale sistema presenti forti profili di limitazione dell'autonomia contrattuale che, legittimati dalla preoccupazione di tutelare il cliente ed il suo ruolo nel sistema del mercato, si atteggiano con modalità effettive difficilmente conciliabili con il riconosciuto carattere privatistico dell'attività creditizia, con la forma e la struttura degli intermediari e con gli obiettivi che le stesse autorità di vigilanza, nei citati

(40) Per una più approfondita disamina sul punto mi sia consentito rinviare a R. CARATOZZOLO, *La responsabilità della banca per la violazione degli obblighi contrattuali*, Milano, 2007, p. 36 ss., ove viene sottolineato come al fine di realizzare un compiuto controllo sulla corretta attività degli intermediari bancari, al duplice dichiarato scopo di fornire, da un lato, adeguata protezione all'insieme dei clienti e alle loro aspettative, e, dall'altro, di garantire che l'esercizio dell'attività bancaria si svolga secondo criteri di efficienza, correttezza e buona fede, al Cicer e alla Banca d'Italia vengono, ancora oggi, riconosciuti ampi poteri volti a configurare un sistema disciplinare da applicare, in modo preciso, alle diverse fasi del rapporto negoziale. In tal modo il legislatore interviene direttamente sull'assetto delle obbligazioni contrattuali, potendone influenzare il concreto contenuto. L'esame della normativa in tema di trasparenza dimostra una certa effettiva limitazione dell'autonomia contrattuale a carico dell'intermediario bancario, il quale, se è vero che continua a prestare la sua attività mediante la predisposizione di moduli o formulari predeterminati, che "impongono" ai clienti, tuttavia deve adeguare il loro contenuto alle disposizioni cogenti emanate dal legislatore ovvero, su apposita autorizzazione, dalle autorità amministrative, predisponendo, inoltre, forme di pubblicità e di informazioni preventive, che vincolano la successiva specificazione del regolamento contrattuale, determinando, pertanto, modalità, termini e forme dell'operazione da concludere.

provvedimenti, si sono preoccupate di rimarcare e, quantomeno a livello di definizione, di fare assurgere a criteri ispiratori dei conseguenti interventi⁽⁴¹⁾.

Nonostante tali rilievi critici, vanno comunque sottolineati gli aspetti positivi, che i nuovi strumenti possono avere sull'intero sistema, specie in considerazione proprio del particolare approccio professionale, qualificato e specializzato richiesto ai soggetti deputati alla loro gestione, capace di garantire contemporanea soddisfazione di tutti gli interessi coinvolti.

Abstract

In our banking system the regulations of Arbitro Bancario Finanziario is very interesting, because it can achieve the rights of the parties to the contract, retaining the same contract. That retains the underlying confidence between bank and customer; also achieving general objectives. This case, however, presents some problems, related to the control of public authorities: in fact, the decision of Organo Decidente doesn't constrain the parties, but it has significant importance, to indicate the principal guidelines for the bank's activities and to ensure all market reliability, efficiency, competition.

(41) In tal senso G. RESTUCCIA, *Obblighi di trasparenza e clausole abusive nei contratti bancari*, in *Violazioni del contratto: danni e rimedi*, a cura di E. Del Prato, Milano, 2003, p. 131 ss., secondo il quale «ancora oggi l'attività bancaria, pur presentando maggiori e più intensi aspetti privatistici, non sembra essersi discostata da un'ottica legislativa in cui l'ente bancario viene ancora considerato, come già nel recente passato, un soggetto esercente un'attività economica che presenta connotati di natura pubblica». Alla luce di tali considerazioni, «sembra più corretto ritenere che la qualificazione imprenditoriale dell'attività bancaria sia una mera enunciazione di principio dato che, sulla scorta della vigente disciplina, sarebbe più appropriato parlare di un regime amministrato dell'attività bancaria».

PARTE II

PAPERS

Riflessioni sulle c.d. nullità di protezione e sul potere-dovere di rilevazione officiosa

Annarita Freda

Dottoranda di ricerca in Diritto Europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro presso l'Università Ca' Foscari Venezia

SOMMARIO: 1. La nullità di protezione quale species della nullità relativa a cavallo tra interesse generale ed interesse individuale. - 2. La rilevabilità d'ufficio. - 3. La rilevabilità d'ufficio nella giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia. - 4. La rilevabilità d'ufficio nel diritto interno. - 5. I poteri del giudice.

1. La nullità di protezione quale species della nullità relativa a cavallo tra interesse generale ed interesse individuale

La crescita del diritto privato europeo richiede un impegnativo sforzo ricostruttivo, proiettato verso la ricerca di principi ordinanti e verso la ridefinizione del rapporto tra le categorie interne tradizionali e le nuove categorie comunitarie⁽¹⁾.

La Comunità ha dedicato i suoi primi trent'anni alla rimozione degli ostacoli al mercato interno, cui ha invece opposto la difesa del principio di libera concorrenza. Il liberismo delle prime scelte di politica economica si è evoluto nei Trattati degli anni Novanta⁽²⁾ che ad esso hanno accostato anche un programma di interventi di politica sociale, e così, mentre il Trattato CE si limitava a indicare come obiettivo dell'azione economica comunitaria un'economia di mercato aperto e in libera con-

(1) Come messo in evidenza anche da A. LA SPINA, *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012, l'internazionalizzazione del diritto privato si percepisce dalla trasformazione-complexificazione subita dal sistema delle fonti, nel quale i molteplici e variegati interessi e valori richiedono una diversificazione degli strumenti giuridici. Il quadro è articolato, e come oggi si usa dire "fluido", anche rispetto alle ipotesi di nullità, ciascuna espressione di una precisa scelta legislativa, determinata da una propria logica e demandata all'assolvimento di una funzione data dalle nuove istanze di tutela, in quanto l'ordinamento giuridico vive nella realtà storica attraverso la formazione di nuove norme che si integrano nel sistema e l'applicazione-interpretazione delle norme ai casi concreti.

(2) AA.VV., *La concorrenza tra economia e diritto*, a cura di N. Lipari, I, Bari, 2000.

correnza, ora il Trattato di Lisbona utilizza una diversa e suggestiva formula: economia sociale di mercato. Alla luce di questa formula vanno riletti gli interventi nel diritto dei contratti⁽³⁾.

«A partire dagli anni Ottanta la normativa comunitaria sugli scambi ha moltiplicato le forme di protezione di situazioni seriali di debolezza contrattuale: consumatori, utenti di servizi, ma anche imprese minori»⁽⁴⁾. Non si tratta, però, di una debolezza di natura socio-economica, ma tecnica⁽⁵⁾: debolezza del ruolo negoziale per ragioni di informazione, distanza, sorpresa, uso di tecnologie, pratiche sleali delle imprese, dipendenza economica, e simili.

«Con interventi dapprima marginali, le direttive hanno armonizzato il diritto contrattuale interno in un nuovo diritto dello scambio»⁽⁶⁾. Il settore di intervento principale è stato la tutela del consumatore, oggetto di una marcata specializzazione di disciplina in ragione dei soggetti protagonisti dell'operazione economica, volta in particolare a predisporre strumenti giuridici capaci di riequilibrare rapporti contrattuali sbilanciati a causa di asimmetrie informative e di diverso potere economico tra le parti interessate⁽⁷⁾.

Tra i meccanismi volti a garantire tale risultato, vi sono le cd. nullità speciali di protezione⁽⁸⁾. La nullità di protezione è il rimedio posto a presidio del contenuto minimo ed inderogabile del contratto del consumatore e volto, innanzitutto, a reagire all'introduzione di clausole abusive, fulminando di inefficacia esclusivamente la parte del regolamento contrattuale o la singola clausola *contra legem*⁽⁹⁾.

(3) A. GENTILI, *I concetti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 761 ss.

(4) V. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 19; ID. in precedenza, *Protezione del consumatore e teoria delle classi*, in *Pol. dir.*, 1975, p. 701 ss., p. 718. *Contra*, G. ALPA, *Diritto privato dei consumi*, Bologna, 1986, p. 22 ss. Una costruzione generale di favor per il contraente debole è ora in A.P. SCARSO, *Il contraente debole*, Torino, 2006.

(5) Come ha evidenziato anche A. GENTILI, *La "nullità di protezione"*, in *Europa dir. priv.*, 2011, n. 4, p. 79.

(6) A. GENTILI, *op. ult. cit.*, p. 82.

(7) DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, p. 45 ss.; nel dettaglio, G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2006, p. 43 ss.; ID., *Introduzione al diritto contrattuale europeo*, Roma-Bari, 2007.

(8) A. GENTILI, *La "nullità di protezione"*, cit., e bibliografia ivi citata, p. 83 ss. La formula "nullità di protezione" è stata adottata, dopo circa un decennio che la fattispecie esisteva come caso di inefficacia, dal legislatore nella rubrica della disposizione del Codice del consumo che modifica in nullità la sanzione contro le clausole vessatorie (il caso dai più ritenuto paradigmatico).

(9) G. D'AMICO, *Nullità virtuale-nullità di protezione, variazioni sulla nullità*, in *Contratti*, 2008, pp. 732, 737 e 744.

Il profilo della configurazione dogmatica delle nullità di protezione⁽¹⁰⁾, fondate su un evidente scopo di tutela del contraente debole, impone un raffronto tra la normativa contenuta nella disciplina consumeristica⁽¹¹⁾ ed il quadro codicistico relativo al regime delle invalidità contrattuali⁽¹²⁾.

Il codice civile non contiene norme dedicate, in generale, all'invalidità del contratto; il nostro legislatore disciplina, infatti, separatamente la nullità e l'annullabilità del contratto⁽¹³⁾.

Distinguendo la nullità dall'annullabilità, il legislatore prevede due reazioni diverse all'invalidità del contratto. Ciò significa che il problema se far cadere un contratto imperfetto, come farlo cadere, con quali conseguenze farlo cadere, non si presenta sempre uguale. E poiché i problemi sono, nel diritto, questioni di interessi contrapposti, il sistema bipartito significa che, per il legislatore, gli interessi di chi vuol far cadere il con-

(10) Parte della dottrina le qualifica come "rimedi di regolamento", V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 459 ss., e G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 191 ss.

(11) La nuova vocazione della nullità di matrice europea si connota di un forte carattere protettivo, come invalidità negoziale in stretto rapporto di dipendenza con le esigenze di tutela che promanano dalla disciplina dei rapporti tra consumatore e professionista. V. al riguardo S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, p. 139 ss.

(12) L. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie e le nullità a tutela della parte debole del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 149 ss.

(13) G.B. FERRI, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. priv. e comm.*, 1977, I, p. 11 ss. Originariamente si riteneva che il criterio distintivo tra nullità ed annullabilità fosse di natura quantitativa, che la nullità fosse caratterizzata dall'assenza o dal difetto di requisiti essenziali o costitutivi della fattispecie (e quindi, per questo, più grave), mentre l'annullabilità fosse caratterizzata dall'assenza o dal difetto di requisiti non essenziali o non costitutivi. Successivamente venne sostenuto il criterio qualitativo: la differenza era dovuta alla diversità della natura degli interessi tutelati, la nullità era la patologia evidenziata dal legislatore con riferimento a quelle situazioni incidenti negativamente su un interesse generale, pubblico, della collettività; l'annullamento, invece, era la patologia prevista dal legislatore con riguardo a quelle situazioni incidenti negativamente su un interesse particolare, privato, del singolo contraente.

L'opinione un tempo pressoché pacifica, ricostruita tra gli altri da R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1995, p. 870 ss., assumeva l'unitarietà del fondamento della nullità, ravvisato sempre e solo nell'esigenza di tutela del pubblico interesse, contrapposto ed astratto rispetto a quello individuale dei contraenti, e corollario di tale considerazione era *in primis* che la nullità operava indipendentemente dalla reazione della parte lesa con la conseguenza della possibilità di rilevarla d'ufficio, con legittimazione cioè assoluta e non relativa, all'opposto il contratto era annullabile solo su iniziativa di parte e non d'ufficio e la legittimazione era riservata alla parte che avesse subito il vizio della volontà. Nel rigore di quella rappresentazione concettuale non vi era spazio per riconoscere rilievo formale alla peculiare *ratio* normativa di nullità poste a speciale tutela di un contraente.

tratto e di chi, invece, lo vuol mantenere, sono da valutare in modo diverso in certe situazioni (quelle che si considerano come ipotesi di nullità) e in certe altre (quelle che considera come ipotesi di annullabilità)⁽¹⁴⁾. Le caratteristiche dei due meccanismi (delle azioni, cioè, e dei loro effetti) rifletteranno quindi una diversa valutazione degli interessi in gioco, che dipende, a sua volta, da come il legislatore considera i vari difetti dell'atto.

La vecchia concezione unitaria dell'invalidità come categoria giuridica omogenea e della sua articolazione in due diverse e distinte ipotesi applicative a seconda della maggiore o minore gravità (rispettivamente nullità ed annullabilità) appare tuttavia inidonea a fornire interpretazioni coerenti⁽¹⁵⁾, anche dal punto di vista sistematico, alle (nuove⁽¹⁶⁾) ipotesi di nullità c.d. speciali⁽¹⁷⁾.

(14) P. ZATTI, *Manuale di diritto civile*⁴, Padova, 2009, p. 654 ss.; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto civile*², Roma, 2010, p. 770 ss.

(15) Secondo la civilistica tradizionale, infatti, le cd. nullità speciali non potrebbero, a rigore, essere considerate ipotesi di nullità né, tantomeno, di annullabilità. In tal senso, d'altronde, si spiega il generale disfavore che la dottrina tradizionale riserva a tale fattispecie.

Il concetto di nullità contenuto nel codice si fonda, poi, sulla tradizionale distinzione tra nullità assoluta e relativa: la prima richiamerebbe una fattispecie caratterizzata da un vizio particolarmente grave, la seconda opererebbe nell'ipotesi di atti relativamente invalidi, operandosi una distinzione sulla base della natura dell'interesse protetto, dei soggetti nei cui confronti la nullità opera, della possibile sanatoria della nullità, nonché dei soggetti legittimati ad esperire la relativa azione. Oggi si ammette che l'unica differenza di valore tra nullità assoluta e nullità relativa risieda nella minore ampiezza della cerchia dei legittimati attivi all'azione di nullità, in quanto per l'attuale dogmatica la figura della nullità relativa viene richiamata fondamentalmente come una tipologia d'invalidità negoziale caratterizzata dal fatto che la legittimazione a farla valere è limitata a priori dalla legge; ma, dalla lettura di alcuni scritti dedicati all'argomento, *ex multis*, L. PUCCINI, *Studi sulla nullità relativa*, Milano, 1967, così come ricordato da A. ARDUINI, *La nullità di protezione tra legittimazione relativa all'azione e rilevabilità d'ufficio condizionata*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 691 ss., emerge che fino a tempi non molto lontani non vi era concordia sul concetto di nullità relativa, tanto che con questo nome si finiva per indicare in generale tutti i casi in cui per un motivo o per l'altro il legislatore aveva previsto delle deviazioni al regime della nullità codicistica.

(16) Per E. GABRIELLI, *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*², diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, II, Torino, 2006, p. 1547 ss., si trovano esempi di nullità speciali e nullità di protezione in particolare, anche nel codice, secondo l'Autore, infatti, la saggezza dei redattori del codice del 1942 aveva messo in chiaro nell'art. 1421 che legittimazione assoluta e rilevabilità d'ufficio sono tratti normali, non necessari, della nullità, ed aveva limitato normalmente alla singola clausola o parte *contra jus* l'effetto chirurgico dell'accertamento giudiziale. Per quest'impostazione positiva si rinvia anche a C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese, Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 549 ss., ed a V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 639 ss.

(17) E. GABRIELLI, *op. ult. cit.*¹, I, 1999, p. 1279 ss. L'Autore distingue tali nullità esterne

Negli ultimi anni, il legislatore ha ripetutamente sanzionato con la nullità fattispecie in cui si ravvisa la lesione di interessi individuali e particolari, relativi alla posizione di contraenti che si trovano in una situazione di fisiologica debolezza rispetto alla controparte e, dunque, in presenza di asimmetria economica e contrattuale. In queste circostanze, lo strumento dell'annullabilità non è più stato ritenuto sufficiente per tutelare l'interesse del singolo.

Al giudice viene, infatti, attribuito un potere di controllo sull'equilibrio dell'accordo, che va ben al di là delle tradizionali ipotesi codicistiche, connotate invece dallo stato di patologia congiunturale in cui viene concluso il negozio. A tale potere di controllo si affiancano il proliferare di nuove figure di nullità, definite di volta in volta dalla dottrina protettive, relative⁽¹⁸⁾, speciali, in quanto caratterizzate da una disciplina giuridica in cui è possibile riscontrare profili, come la legittimazione riservata o ristretta ad agire, che rinviano all'annullabilità e profili, come la rilevabilità d'ufficio, che, invece, rinviano alla nullità classica.

L'art. 1421 c.c., nel codificare la norma generale sulla legittimazione assoluta ad agire in nullità, fa salve le eventuali diverse disposizioni di legge, così ammettendone di fatto la possibile deroga. In questo contesto sembrerebbero porsi le cd. nullità relative che possono essere rilevate non da chiunque vi abbia interesse ma da una ristretta categoria di soggetti protetti. Ma, mentre fino all'ultimo ventennio, previsioni normative in questo senso potevano essere ancora reputate come eccezionali anomalie del sistema, negli ultimi tempi, si è invece affermato il principio di segno opposto, dal momento che le nullità di protezione sono tutte a legittimazione relativa, collocandosi, dunque, sul piano disciplinare, a metà strada tra la nullità e l'annullabilità⁽¹⁹⁾.

al codice in due indirizzi legislativi: una prima categoria è quella delle nullità contrattuali, a volte testuali, a volte virtuali, comminate per fini di difesa della concorrenza e del mercato, un'altra serie di ipotesi viene invece riassunta nella formula delle cd. nullità di protezione. Problemi dogmatici e tecnici provengono proprio da quest'ultime.

(18) La nullità di protezione è una *species* particolarmente importante del più ampio *genus* della nullità relativa: si tratta di una nullità caratterizzata dalla coesistenza della legittimazione ristretta, potendo essere fatta valere dal solo soggetto nel cui interesse è prevista, e della rilevabilità d'ufficio subordinata alla verifica dell'utilità pratica che ne potrebbe derivare al soggetto protetto. A parte questo, però, le varie nullità che potremmo riportare alla nozione di nullità di protezione non hanno molto in comune. A volte sono di carattere solo strutturale, come le nullità dei contratti bancari e finanziari, a volte richiedono invece presupposti fattuali di tipo funzionale, come il non aver negoziato cui è subordinata la nullità delle clausole vessatorie del consumatore o la dipendenza economica cui è legata la nullità dei contratti tra imprese.

(19) L'opinione di S. POLIDORI, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 1029 ss., è che ad oggi permangano differenze tra l'annullabilità e la nullità

Una tale limitazione della legittimazione attiva sembrerebbe, però, mal conciliarsi con i meccanismi della nullità tradizionalmente intesa specie ove si consideri che è in ogni caso riservata al giudice la rilevanza d'ufficio⁽²⁰⁾. E così, il problema della collocazione sistematica della nullità relativa ha assunto un ruolo decisivo con specifico riferimento proprio alle nuove nullità (relative) di protezione, che ricorrono in quelle ipotesi in cui la nullità è comminata per l'inosservanza di norme poste a tutela del contraente che versi secondo la legge in condizione di debolezza rispetto alla controparte contrattuale.

Queste nullità sono, inoltre, casi di nullità parziale, essendo il contratto affetto da nullità esclusivamente nella parte che è in sé contraria a norma imperativa, ponendosi così in un'ottica conservativa del con-

anche se tanto l'una quanto l'altra patologia possono essere caratterizzate dalla riserva di legittimazione a soggetti determinati e dalla conseguente vincolatività *ex uno latere* delle regole divise; tali differenze sarebbero correlate alla diversa patologia di squilibrio presa in considerazione. Nelle fattispecie tipiche di riferimento l'annullabilità non presuppone la debolezza sottesa alle nullità di protezione, ma si collega ad una perturbazione del volere dovuta all'intervento di fattori occasionali e contingenti, in assenza dei quali le parti avrebbero negoziato in posizione paritaria, pertanto, una volta rimossa la causa dello squilibrio con il riacquisto della capacità, la cessazione della violenza o la scoperta del vizio, lo statuto della patologia rimette alla disponibilità dell'interessato l'operare della tutela, essendo escluso ogni potere del giudice di rilevare d'ufficio l'annullabilità del negozio. Così l'ordinamento offrirebbe al contraente la possibilità di riconsiderare la convenienza dell'affare attribuendogli il potere di convalida e, al tempo stesso, responsabilizzandolo attraverso l'onere di esperire l'azione entro il termine di prescrizione quinquennale. Assai diversa sarebbe la matrice dello squilibrio che fa da sfondo alle nullità di protezione. Uno squilibrio non occasionale, ma strutturale, causato da meccanismi distorsivi che, nei fatti, attribuiscono a uno dei contraenti la forza di dettare le regole dello scambio, ora predisponendole unilateralmente, come accade nelle negoziazioni fra professionisti e consumatori, ora facendo valere, in sede di trattative, la posizione preminente acquisita sul mercato (come nella fattispecie dell'abuso di dipendenza economica). In quanto causata da fattori immanenti e non contingenti, questa forma di squilibrio non viene meno con la medesima facilità con la quale può essere rimossa la causa d'annullabilità del negozio: essa, per esempio, è suscettibile di proiettarsi dal terreno sostanziale a quello processuale, legittimando il potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità relativa allorché la parte debole, spesso difesa approssimativamente in ragione degli scarsi mezzi economici che è in grado di impiegare nella vicenda giudiziaria, non abbia valutato appieno le possibilità di tutela offerte dal sistema.

Dello stesso giudizio sono C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 836 ss., e R. TOMMASINI, *Introduzione. L'azione di annullamento e i suoi presupposti*, in R. TOMMASINI e E. LA ROSA, *Dell'azione di annullamento. Artt. 1441-1446*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2009, p. 25 ss.

(20) M. IACONO, *Rilevanza d'ufficio della nullità nel negozio giuridico e nei contratti a favore dei consumatori*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, II, p. 37 ss.

tratto⁽²¹⁾, al fine di preservare l' idoneità dell'atto a produrre effetti. La possibilità di conservare il contratto appare, concretamente, una soluzione razionale e maggiormente rispondente alla finalità di tutela degli interessi dei consumatori. L'intento protettivo a favore del contraente-consumatore si realizza con l'ausilio di strumenti che tendono ad assicurare il mantenimento del contratto piuttosto che la sua demolizione, sempreché il nuovo assetto risponda all'interesse della parte cui si dirige la protezione⁽²²⁾.

La nullità di protezione opera quindi come strumento correttivo dell'assetto contrattuale squilibrato, determinato dalla predisposizione unilaterale di clausole vessatorie, tali da pregiudicare l'interesse del consumatore⁽²³⁾.

Le nuove nullità rispondono, allora, ad opzioni di natura propriamente politica (e pertanto sono necessariamente variegata e multiformi) perché costituiscono lo strumento attraverso il quale il legislatore persegue obiettivi di politica legislativa.

La *ratio* di tali nullità si rinviene, secondo la dottrina maggioritaria, nell'introduzione di un nuovo concetto di ordine pubblico e, quindi, di norma imperativa inderogabile. Un ordine pubblico di protezione⁽²⁴⁾, perché ci sono norme di ordine pubblico che non tutelano un interesse generale della collettività ma che, al contrario, tutelano solo alcuni soggetti giuridici in quanto appartenenti a ceti o a gruppi sociali, caratterizzati da una situazione di particolare debolezza e vulnerabilità e che, conseguentemente, necessitano di una specifica protezione da parte del

(21) M. PENNASILICO, *L'operatività del principio di conservazione in materia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 702 ss.; ID., *La regola ermeneutica di conservazione nei Principi di diritto europeo dei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 272 ss.

(22) M. MANTOVANI, *Le nullità ed il contratto nullo*⁴, in *Tratt. Roppo, Rimedi*, I, a cura di A. Gentili, Milano, 2006, p. 12 ss.

(23) A. NATUCCI, *Invalidità di protezione e nullità delle clausole vessatorie alla luce dei principi costituzionali (italiani ed europei)*, in *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, a cura di G. Iudica e G. Alpa, in *Collana per i 50 anni della Corte Costituzionale*, Napoli, 2006, p. 227.

(24) V. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 277 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione tra "contratti commerciali" e "contratti dei consumatori")*, in *Giur. it.*, 1993, IV, p. 57 ss.; V. CASTRONOVO, *Autonomia privata e costituzione europea*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 29 ss.; S. MAZZAMUTO, *Note minime in tema di autonomia privata nel mercato interno. Le regole. L'informazione come strumento*, in *Europa dir. priv.*, 2001, p. 257 ss.; G. VETTORI, *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 313 ss.; G. PASSAGNOLI, *Fonti europee, successione di leggi e rapporti contrattuali pendenti*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 543 ss.; G. VETTORI, *Contratto e Costituzione in Europa*, Padova, 2005.

legislatore⁽²⁵⁾. Ne consegue che se ci sono delle norme di ordine pubblico poste a tutela degli interessi particolari di alcuni gruppi sociali che sono identificati dal legislatore sulla base di una valutazione discrezionale, legittimati a far valere l'eventuale violazione della norma imperativa sono esclusivamente i soggetti da questa protetti e che, analogamente, anche la rilevabilità d'ufficio è preordinata alla tutela degli stessi interessi essendo subordinata al vantaggio che dalla rilevazione ricaverebbe il contraente cd. debole.

L'introduzione nel sistema delle cd. nullità di protezione, testimonia in modo tangibile la crisi della distinzione fra pubblico e privato nella cura degli interessi sottesi alle patologie negoziali⁽²⁶⁾. La complessità delle nullità protettive è, difatti, irriducibile alla dicotomia pubblico-privato⁽²⁷⁾: «si tratta di patologie tese ad attuare un interesse riferibile al mercato inteso non quale astrazione, ma sintesi delle legittime aspettative degli operatori che quotidianamente ne sono protagonisti (consumatori, utenti, imprese), un interesse destinato ad intrecciarsi inestricabilmente con quello che, a livello macroeconomico, muove il singolo contraente ad invocare la caduta o il riequilibrio della regola contrastante con la comminatoria»⁽²⁸⁾.

La natura pubblica o privata dell'interesse, quindi, non costituisce più una sicura linea di distinzione fra nullità e annullabilità, poiché l'inte-

(25) A. GENTILI, *La "nullità di protezione"*, cit., p. 90 ss.

(26) «La nullità di protezione è la manifestazione più moderna della funzione di protezione storicamente tipica di una delle forme tradizionali di nullità, in cui interagiscono fra loro l'interesse del privato e l'interesse generale», si esprime in questi termini A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2013. In precedenza, S. POLIDORI, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 1022 ss. secondo il quale, la disciplina delle relazioni interindividuali è chiamata oggi a confrontarsi con una rinnovata nozione di interesse pubblico, non più identificato con l'interesse superiore dello Stato o dei gruppi intermedi in quanto tali, oppure con un interesse più importante di quello privato, si tratta piuttosto di un interesse che deve essere soddisfatto affinché altri interessi individuali siano a loro volta soddisfatti. Altrettanto rilevante appare, nel processo in analisi condotto dal Polidori, l'apporto del diritto comunitario, autorevolmente valorizzato nella prospettiva che sottolinea come l'interesse pubblico sia soprattutto rivolto all'introduzione ed alla garanzia del libero competere fra le imprese. Muovendo dalla negazione di qualsiasi carattere di neutralità rispetto al diritto che il mercato tenda ad arrogarsi, egli evidenzia segnatamente che proprio il corretto funzionamento dell'economia necessita di precise determinazioni normative.

(27) G. PASSAGNOLI, *Codice del Consumo*, commentario a cura di G. Vettori, artt. 36-38, Padova, 2007, p. 223 ss.; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Napoli, 2011, p. 33 ss. e p. 62; L. MENGONI, *Programmazione e diritto*, in *Jus*, 1966, p. 10 ss.; e N. IRTI, *I cinquant'anni del Codice Civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, I, p. 227 ss., 233; G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 241 ss.

(28) A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de geometrie*, in *Contratti*, 2006, p. 170.

resse pubblico può trovare gravidanza nell'interesse individuale (di uno o più individui) cui l'ordinamento, alla luce della gerarchia di valori ad esso immanente, attribuisce in un determinato contesto, prevalenza su un altro interesse individuale. Va, piuttosto, riconosciuto che in molti casi di nullità, è proprio l'ordine pubblico (l'interesse pubblico all'efficienza e giustizia degli scambi) che richiede la protezione dell'interesse privato (e per questo si ha nullità)⁽²⁹⁾. Così, nelle nullità di protezione sono contemporaneamente presenti la tutela del singolo e la direzione del mercato, l'obiettivo perseguito è quello all'efficienza ed alla giustizia del contratto⁽³⁰⁾.

Attraverso l'apparente superamento delle differenze tradizionali tra nullità ed annullabilità, si giunge al punto di affermare che, attualmente, la categoria delle nullità di protezione è testimone evidente della cd. frantumazione della nullità, a vale a dire di come non esista più una nullità intesa come vizio originario del contratto, che possa essere fatto valere da tutti e che possa essere sempre rilevato d'ufficio da parte del giudice. Al contrario, si deve ritenere che esista una variegata tipologia di figure di nullità del contratto nell'ambito delle quali rientrano sia le nullità assolute che, poste a tutela degli interessi inderogabili dell'ordinamento, possono essere rilevate dalle parti e dai terzi interessati oltre che, d'ufficio, dal giudice; sia le altre nullità a legittimazione ristretta che, poste a tutela di alcuni ceti sociali e/o di soggetti spesso determinati per *status*, possono essere rilevate solo da questi con il conseguente temperamento della rilevabilità d'ufficio⁽³¹⁾.

L'ulteriore conseguenza è che la ricerca di una qualche forma di razionalità del vigente sistema civile dell'invalidità contrattuale, presuppone il riconoscimento di una moderna concezione della nullità intesa, cioè, in senso funzionale e finalistico⁽³²⁾, con l'abbandono della ricostruzione cd. strutturalistica inidonea a cogliere adeguatamente l'elasticità che lo strumento della nullità presenta, perché troppo legata all'identità strutturale del modello generale di nullità, connotato dai caratteri della inefficacia, insanabilità, imprescrittibilità, assolutezza e rilevabilità

(29) Questo hanno fatto chiaramente intendere le pronunce della Corte Eur. Giust., 4.6.2009 C-241/08 n. 31 e 6.10.2009 C-40/08 n. 30 e 52.

(30) S. POLIDORI, *Disciplina della nullità ed interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 114 ss.; G. BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 861 ss.

(31) M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008, pp. 1 ss. e 322 ss.

(32) Il rapporto tra le nuove nullità e quelle codicistiche è acutamente indagato da A. DI MAJO, *La nullità*, in *Tratt. M. Bessone*, XIII, *Il contratto in generale*, VII, Torino, 2002, p. 31 ss. e p. 127-135.

d'ufficio. La nullità deve essere intesa quale strumento caratterizzato dalla sua funzione, non già per la sua struttura che si scompone e si ricompone in vario modo per adeguarsi al contesto assiologico nel quale è chiamato ad operare.

Per salvare l'unitarietà della categoria, come la recente dottrina insegna, è necessario, quindi, individuare quale dei caratteri della nullità possa considerarsi indefettibile e sufficiente a identificarsi con la stessa al fine di costituire il comune denominatore di tutte le varie ipotesi di nullità⁽³³⁾. Si conviene che tale carattere debba essere ravvisato nella contrarietà alle norme imperative e nell'imprescrittibilità.

L'approccio funzionale del diritto guarda, infatti, al profilo assiologico-sostanziale della norma giuridica, facendo emergere il ruolo assegnato alla nullità nel processo di attuazione degli interessi e così il principio di cd. adattabilità dell'effetto all'atto, in ragione del quale «ogni norma di legge contiene oltre il suo rigido modello formale un criterio sostanziale più elastico di orientamento dell'efficacia e che nei limiti volta per volta più o meno ampi in cui è consentito lo scarto del criterio sostanziale dal modello formale l'effetto deve potersi adattare alle variazioni della fattispecie»⁽³⁴⁾. Cosicché, la nullità si configura come una qualificazione negativa dell'interesse programmato a causa della rilevata non conformità ai valori del sistema che costituiscono i valori preminenti della collettività e, in conclusione, integra uno strumento di controllo sull'esercizio dell'autonomia contrattuale. E, nello specifico, la nullità protettiva è strumento atto a garantire l'obiettivo perseguito dall'ordinamento attraverso la disciplina dell'esercizio dell'autonomia privata, in tutte le situazioni in cui la minorità o debolezza di una delle parti rischia di avallare abusi che inevitabilmente riversano in un programma contrattuale squilibrato, promuovendo ed indirizzandone l'esito verso programmazioni che, essendo ponderate e coerenti, siano funzionali ed efficienti rispetto agli interessi che emergono dalla situazione-operazione complessiva della quale il negozio è espressione.

Tutto quanto sopra spiega perché la legittimazione all'azione per tali ipotesi di nullità è riservata sia alla parte nel cui interesse la nullità opera, sia al giudice, al fine di assicurare una tutela in stretta aderenza e conformità alla *ratio* della protezione. Infatti, proprio la nullità parziale assurge a rimedio in grado di realizzare un assetto contrattuale più equo.

Ciononostante, la nullità di protezione e il regime della rilevabilità

(33) A tal proposito, di grande interesse è lo studio condotto da A. LA SPINA, *Destutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, cit.

(34) Teorizza tale principio A. FALZEA, *Efficacia giuridica (voce)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano-Roma, 1965, p. 457.

d'ufficio⁽³⁵⁾ pongono alcune questioni, che nel prosieguo affronteremo, sulla loro riconciliabilità sia rispetto al profilo della legittimazione relativa, sia in ordine alla disciplina della nullità, che si configura come elemento costitutivo della domanda ed opera come limite alla pronuncia del giudice.

2. La rilevabilità d'ufficio

Individuata l'unica differenza di valore tra nullità assoluta e nullità relativa nella minore ampiezza della cerchia dei legittimati attivi all'azione di nullità, si ripropone con forza la questione della rilevabilità d'ufficio della nullità relativa, ovvero come possano convivere due regole che sembrerebbero doversi elidere a vicenda, in quanto ispirate a principi opposti in ordine alla disponibilità del rimedio⁽³⁶⁾.

Il fondamento dogmatico della rilevabilità d'ufficio risiede, secondo la dottrina classica, nell'esigenza di eliminare un atto idoneo a suscitare affidamenti precari, impedendo la formazione di giudicati sulla validità del contratto nullo. Pertanto, tale regola verrebbe a perdere la propria *ratio essendi* nelle ipotesi in cui la nullità assume natura relativa.

Oggi, invece, la dottrina prevalente ritiene che sussista uno stretto legame tra il fondamento sostanziale della comminatoria di nullità, individuato nella lesione di un interesse generale ed il potere del giudice di rilevarne la causa indipendentemente da una richiesta delle parti in tal senso: alla legge preme garantire, in vista di un interesse generale, il rispetto della norma imperativa. Non essendo estraneo alla nullità di protezione il perseguimento di obiettivi che trascendono la tutela della parte debole del rapporto contrattuale, avendo tale forma di nullità anche l'obiettivo di tutelare un interesse di natura generale rappresentato dal processo di creazione e sviluppo del mercato, la soluzione coerente con il sistema resta quella di ammettere la rilevabilità d'ufficio di una nullità che, benché primariamente ispirata alla finalità di protezione di una parte, soddisfa comunque un interesse a carattere pubblico.

(35) A. ORESTANO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di E. Gabrielli e E. Minervini, Torino, 2005, p. 404 ss.; v. pure G. D'AMICO, *Nullità virtuale - Nullità di protezione*, cit., p. 743, secondo cui, nella prospettiva teorica della nullità è diffusa l'idea che la relatività della legittimazione a far valere la nullità debba comportare, se non l'esclusione, quanto meno una limitazione all'operare della rilevabilità d'ufficio del vizio.

(36) A. GENTILI, *Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contratti*, 2003, p. 204.

Può dunque dirsi ormai giunto a compimento quel processo di «soggettivizzazione strisciante del rimedio della nullità» all'interno del quale «sempre più spesso incidono la posizione e gli interessi soggettivi della parte o delle parti coinvolte nel negozio stesso»⁽³⁷⁾. Questa prospettiva si incentra, dunque, sull'analisi degli interessi particolari e di riflesso generali che la previsione di una nullità relativa di protezione è in grado di soddisfare, e ciò nel senso che «talvolta la migliore realizzazione di interessi fondamentali, quali sono nella interpretazione classica quelli tutelati dalla nullità, può essere affidata all'intervento di determinati soggetti che di quegli interessi sono nella fattispecie data gli occasionali depositari»⁽³⁸⁾. Questo argomento è, così, in grado di provare che anche queste nuove fattispecie si pongono, come la nullità tradizionale, a garanzia di valori fondamentali dell'ordinamento, con la particolarità che nel caso specifico è più corretto parlare di interessi “di serie o di massa” dei quali “la parte è portatrice in forza di una propria condizione oggettiva”⁽³⁹⁾; ove la parte si identifica, di volta in volta, con la figura tipo del consumatore, del cliente, dell'imprenditore che versa in uno stato di dipendenza economica rispetto al diretto interlocutore o comunque del contraente istituzionalmente debole. Siamo, in altre parole, in presenza di interessi meta individuali che vanno al di là di quello che fa capo al contraente legittimato e che sono sussumibili nell'interesse generale dell'ordinamento al corretto funzionamento del mercato⁽⁴⁰⁾.

Chiara in questo senso è l'intenzione legislativa: se la nullità è disposta a protezione del contraente istituzionalmente debole, sia pure nella veste di esponente di una categoria protetta, va da sé che quest'ultimo sia il solo depositario e insieme arbitro del potere di azionare il rimedio.

Alcuni hanno osservato come il potere officioso del giudice, a fronte dell'inerzia del consumatore, possa avere come conseguenza una sostanziale vanificazione della previsione limitativa dell'assolutezza della legittimazione all'azione. In altri termini, il consumatore che intenda avvalersi della clausola nulla, potrebbe di fatto vedere frustrato il suo interesse proprio a seguito della nullità officiosamente dichiarata dal

(37) V. ROPPO, *Il controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 489.

(38) R. TOMMASINI, *Nullità (dir. priv.)* (voce), in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano-Roma, 1978, p. 896 ss.

(39) V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica e Zatti*, Milano, 2011, p. 842.

(40) «L'ibridazione delle tecniche di tutela potrebbe, allora, spiegarsi in considerazione della natura mista e composita degli interessi tutelati, riferibili al singolo contraente e, insieme, al mercato», G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 51.

giudice⁽⁴¹⁾. Ciò, peraltro, solo se la regola della rilevabilità d'ufficio della nullità venisse applicata rigidamente e indipendentemente da ogni valutazione legata alla concretezza del caso⁽⁴²⁾. È noto, infatti, che la regola dell'art. 1421 c.c. deve essere letta anche alla luce di quanto prescrive il codice di procedura civile, per cui la nullità dovrà essere rilevata solo se risulti dagli atti acquisiti in giudizio (115 c.p.c.) e senza violare il principio della domanda (99 c.p.c.) e quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato (112 c.p.c.). In quest'ottica il giudice deve conformare il suo intervento officioso all'effettivo e concreto interesse del consumatore. Ragion per cui è suo onere stimolare il contraddittorio tra le parti sulle questioni rilevabili d'ufficio e provvedere alla dichiarazione di nullità soltanto se dalla nullità il contraente debole non subisca alcun pregiudizio e, in ogni caso, sempre che egli stesso abbia sollevato l'eccezione.

Secondo questa prospettiva, il giudice, in presenza di una nullità di protezione, non può rilevarla nel caso in cui il soggetto legittimato ad agire abbia espressamente o tacitamente dichiarato di convalidare il contratto o la clausola nulli⁽⁴³⁾, e questo risulti agli atti del giudizio e provato.

In definitiva, la nullità di protezione non comporterebbe alcuna deroga alla regola dell'art. 1421 c.c., in tema di rilevabilità d'ufficio, essa infatti è una nullità a tutti gli effetti che, finché sussiste, può essere rilevata officiosamente senza alcun limite⁽⁴⁴⁾. Nell'ottica delineata, si percepisce un legame sostanziale tra la comminatoria di nullità, individuata nella violazione da parte del professionista dei diritti del consumatore, e la rilevabilità officiosa, come espressione di un interesse generale al corretto ed equilibrato funzionamento del mercato e delle sue regole⁽⁴⁵⁾.

(41) S. MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 686 ss.; M. IACONO, *Rilevabilità d'ufficio della nullità nel negozio giuridico e nei contratti a favore dei consumatori*, cit., p. 33; M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. Roppo*, IV, *Rimedi*, a cura di A. Gentili, Milano, 2006, p. 86 ss.

(42) S. NARDI, *Nullità del contratto e potere-dovere del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, p. 169 ss.

(43) G. D'AMICO, *op. ult. cit.*, p. 744 ss; G. BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, cit., p. 899.

(44) In questi termini G. D'AMICO, *Nullità virtuale - Nullità di protezione*, cit., p. 473; M. GIROLAMI, *La nullità relativa di protezione: da eccezione a tertium genus*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009, p. 69, la quale riporta la decisione della Corte di Giustizia CE del 4 giugno 2009, causa C-243/08, *Pannon*, che ha stabilito che il giudice nazionale non debba applicare la clausola abusiva, salvo che il consumatore vi si opponga.

(45) V. ZENO-ZENCOVICH e M.C. PAGLIETTI, *Verso un "diritto processuale dei consumatori?"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 222 ss.

3. La rilevabilità d'ufficio nella giurisprudenza della Corte Europea di giustizia

La soluzione delle questioni finora trattate secondo lo sguardo della dottrina interna, ha visto un'evoluzione sempre più significativa ad opera della Corte Europea di Giustizia, che si è espressa attraverso una serie di pronunce sollecitate da vicende applicative della normativa in materia di clausole abusive nei contratti dei consumatori. Tali sentenze delineano, pur con diversità di accenti, la posizione assunta dai giudici della Corte, che guardano al grado di effettività di tutela giurisdizionale per il consumatore ed ai livelli ottimali di concorrenzialità del mercato comune. Al centro di queste si pone l'affermazione che l'obiettivo di una tutela effettiva che le norme comunitarie hanno voluto conferire ai consumatori non può essere conseguita se non attraverso l'intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto; così, quale rimedio successivo, nell'ambito di un giudizio avviato tra le parti di un determinato rapporto contrattuale, la Corte indica l'intervento riequilibratore del giudice.

Il primo punto fermo in materia è stato fissato dalla Corte di Giustizia europea nella sentenza *Oceano Grupo Editorial*⁽⁴⁶⁾, che ha asseverato l'interpretazione dell'art. 6, par. 1, dir. 93/13 CEE sulle clausole abusive⁽⁴⁷⁾, secondo la quale «il giudice (anche in assenza di espressa previsione normativa) nell'esaminare l'ammissibilità di un'istanza propositagli, possa valutare d'ufficio l'illiceità di una clausola del contratto per cui è causa», rilevando che «il sistema di tutela istituito dalla direttiva si basa sull'idea che la disuguaglianza tra il consumatore e il professionista, per quanto riguarda sia il potere nelle trattative, sia il grado di informazione,

(46) C. Giust. CE, 27 giugno 2000, cause riunite C-240/98 C-244/98, *Oceano Grupo Editorial e Salvat Editores*, in *Racc.*, I, 4941, relativa a ricorsi per il pagamento di somme dovute in esecuzione di contratti di vendita a rate di enciclopedie, promossi dai creditori sulla base di una clausola di elezione del foro di questi ultimi ritenuta vessatoria, e che avevano condotto a pronunce dei tribunali nazionali spagnoli contraddittorie quanto alla possibilità di rilevare d'ufficio la nullità delle clausole abusive nell'ambito di procedimenti relativi alla tutela degli interessi dei consumatori. Il *Juzgado de Primera Instancia* n. 35 di Barcellona, ritenendo che la soluzione delle controversie richiedesse un'interpretazione della direttiva, decideva di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale: «Se la tutela assicurata al consumatore dalla direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, consenta al giudice nazionale di pronunciarsi *ex officio* sul carattere abusivo di una di dette clausole in sede di valutazione dell'ammissibilità di un'istanza proposta dinanzi ai giudici ordinari».

(47) Clausole che determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

possa essere riequilibrata solo grazie a un intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto contrattuale»⁽⁴⁸⁾.

Al riguardo, ancor più chiare, sono le conclusioni dell'Avvocato Generale della Corte di Giustizia europea, relative alle medesime cause riunite nella sentenza *Oceano Grupo Editorial*, nella parte in cui escludono che debba essere attribuito un significato decisivo al comportamento processuale del consumatore: «il consumatore potrebbe non invocare il carattere abusivo della clausola per ignoranza, ovvero, perché ritiene troppo oneroso difendersi in giudizio. In tutti questi casi, l'obiettivo che la direttiva intende perseguire non sarebbe raggiunto, in quanto la clausola, pur manifestamente pregiudizievole nei confronti della parte debole del contratto, raggiungerebbe il suo scopo e sarebbe quindi messo irrimediabilmente a repentaglio l'effetto utile della direttiva». Per il contraente protetto il contratto o la clausola relativamente nulli non devono rappresentare un fardello giuridico più grave di quello che sarebbe un contratto affetto da nullità assoluta, a pena di giungere alla conseguenza paradossale che la nullità relativa, preordinata alla sua protezione, lo costringe ad assumere un'iniziativa processuale, con i costi connessi, per liberarsi dal vincolo obbligatorio.

Una volta stabilito da *Oceano Grupo Editorial* che il giudice nazionale ha il potere di rilevare d'ufficio le nullità di protezione, si trattava di individuare i limiti entro i quali il giudice, anche alla luce degli ordinamenti interni, potesse esercitare tale potere.

Con la coeva sentenza *Cofidis*⁽⁴⁹⁾, il giudice comunitario ha nuova-

(48) La normativa predispone a protezione del contraente debole un sistema di controlli di carattere sostanziale, volti ad impedire che eventuali condotte abusive tenute dal professionista o dall'imprenditore in sede di formazione del contratto incidano sul contenuto del medesimo dando luogo a sperequazioni.

(49) C. Giust. CE, 21 novembre 2002, causa C-473/00, *Cofidis SA e Jean - Louis Fredout*, in *Racc.*, I, 10875, nella quale la Corte si è espressa su una questione di compatibilità con la Direttiva 93/13 CEE di una disposizione interna francese vietante al giudice nazionale, alla scadenza di un termine di decadenza, di rilevare d'ufficio o a seguito di un'eccezione sollevata dal consumatore, l'abusività di una clausola contenuta in un contratto di apertura di credito, classificata quale operazione di credito al consumo, al quale il *Tribunal d'instance* di Vienne aveva ritenuto applicabile il termine di decadenza di due anni previsto dall'art. L. 311-37 del *code de la consommation*, che gli vietava di annullare le clausole di cui aveva accertato l'abusività. Il Tribunale *d'instance* di Vienne sottoponeva alla Corte la seguente questione pregiudiziale: «Premesso che la tutela offerta dalla direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, garantisce a questi ultimi che il giudice nazionale, nell'applicare le disposizioni di diritto nazionale precedenti o successive a detta direttiva, le interpreti nei limiti del possibile alla luce della lettera e della finalità di quest'ultima; se tale esigenza d'interpretazione conforme del sistema di protezione dei consumatori di cui alla direttiva impone al giudice nazionale, adito da un professionista per la condanna al pagamento di un consumatore con il quale ha stipulato un

mente espresso il proprio convincimento, affermando che la dir. 93/13/CEE «osta a una normativa interna che, in un'azione promossa da un professionista nei confronti di un consumatore e basata su un contratto stipulato tra loro, vieti al giudice nazionale, alla scadenza di un termine di decadenza, di rilevare, d'ufficio o a seguito di un'eccezione sollevata dal consumatore, il carattere abusivo di una clausola inserita nel suddetto contratto», poiché questo comporterebbe una ingiustificata diminuzione della tutela che la normativa comunitaria riserva al consumatore.

Più recentemente, con la sentenza *Mostaza Claro*⁽⁵⁰⁾, la Corte ha ribadito tali principi e, in particolare, ha stabilito che la direttiva comunitaria *de qua* «dev'essere interpretata nel senso che essa implica che un giudice nazionale chiamato a pronunciarsi sulla impugnazione di un lodo arbitrale rilevi la nullità dell'accordo arbitrale e annulli il lodo, nel caso ritenga che tale accordo contenga una clausola abusiva, anche qualora il consumatore non abbia fatto valere tale nullità nell'ambito del procedimento arbitrale, ma solo in quello per l'impugnazione del lodo», confermando, così, che la facoltà di rilievo officioso riconosciuta al giudice nazionale, in nessun caso e per nessuna ragione può essere preclusa, in quanto necessaria per garantire al consumatore una tutela effettiva, tenuto conto del rischio non trascurabile che questi ignori i suoi diritti o incontri difficoltà nell'esercitarli.

Nella sentenza *Asturcom*⁽⁵¹⁾, la Corte va in profondità, stabilendo dap-

contratto, di non applicare una disposizione procedurale nazionale di natura eccezionale, come quella prevista dall'art. L. 311-37 del *code de la consommation*, nella misura in cui tale disposizione non consente al giudice nazionale di annullare, su domanda del consumatore o d'ufficio, le clausole abusive che vizino il contratto qualora quest'ultimo sia stato stipulato oltre due anni prima dell'instaurazione del giudizio e consente in tal modo al professionista di avvalersi in giudizio di dette clausole e di fondarvi la propria iniziativa giudiziaria».

(50) C. Giust. CE, 26 ottobre 2006, causa C-168/05, *Mostaza Claro*, in *Racc.*, I, 10421, relativa alla validità di una clausola compromissoria, contenuta in un contratto di abbonamento alla telefonia mobile, la cui abusività non era stata contestata in sede di procedura arbitrale, che si era conclusa in senso sfavorevole al consumatore. Il giudice dell'impugnazione, riconosciuta la natura abusiva della clausola, sottoponeva alla Corte la seguente questione pregiudiziale: «Se la tutela dei consumatori garantita dalla [direttiva 93/13/CEE] possa implicare che il giudice chiamato a pronunciarsi su un ricorso di annullamento di un lodo arbitrale rilevi la nullità del compromesso arbitrale ed annulli il lodo, ritenendo che il detto compromesso arbitrale contenga una clausola abusiva pregiudizievole per il consumatore, quando tale questione è fatta valere nel ricorso di annullamento ma non è stata addotta dal consumatore nell'ambito del procedimento arbitrale».

(51) Sentenza *Asturcom Telecomunicaciones* C. Giust. CE, 6.10.2009, causa C-40/08, in *Racc.*, 2009, p. I-9579, relativa ad una clausola compromissoria inserita in un contratto di abbonamento per la telefonia mobile la cui abusività non era stata sollevata in sede di procedura arbitrale, conclusasi con un lodo, divenuto definitivo, la cui esecuzione forzata era richiesta al giudice spagnolo, il quale constatava che la clausola compromissoria con-

prima che per effetto della potiorietà riconosciuta al diritto comunitario, ogni disposizione nazionale sulla rilevanza, quand'è questione di consumatore, va letta ed intesa non più come attributiva di un potere, bensì come un dovere, senza che il farsi questione di una direttiva di armonizzazione minimale possa assumere un qualche valore ostativo e, successivamente, affermando però che solo ove le norme procedurali interne contemplino la facoltà per il giudice di vagliare officiosamente la contrarietà della clausola compromissoria ai principi dell'ordine pubblico il giudice potrà procedere ad accertare l'abusività di una siffatta clausola ex art. 6 direttiva, e che egli è tenuto a valutare d'ufficio l'abusività di una siffatta clausola solo a partire dal momento in cui dispone degli elementi giuridici e fattuali necessari. Inizia a profilarsi in questo momento il problema del coordinamento della disciplina consumeristica con i principi del diritto processuale interno.

Su questa scia, con la sentenza *Pannon*⁽⁵²⁾, il giudice comunitario ha

tenuta nel contratto d'abbonamento aveva carattere abusivo. Tuttavia, il giudice del rinvio osservava anche che, da un lato, la legge non consentiva agli arbitri di rilevare d'ufficio la nullità delle clausole compromissorie abusive e, d'altro lato, che non era prevista a alcuna disposizione relativa alla valutazione del carattere abusivo delle clausole compromissorie ad opera del giudice competente a statuire su un ricorso per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale divenuto definitivo. In tali circostanze, nutrendo dubbi riguardo alla compatibilità della normativa nazionale con il diritto comunitario, in particolare per quanto riguarda le norme procedurali interne, il *Juzgado de Primera Instancia* n. 4 de Bilbao decideva di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale: «Se la tutela dei consumatori garantita dalla [direttiva 93/13] implichi che il giudice chiamato a pronunciarsi su una domanda di esecuzione forzata di un lodo arbitrale definitivo, emesso in assenza del consumatore, rilevi d'ufficio la nullità della convenzione d'arbitrato e, di conseguenza, annulli il lodo, in quanto la detta convenzione arbitrale contiene una clausola abusiva pregiudizievole per il consumatore»

(52) C. Giust. CE, 4 giugno 2009, causa C-243/08, *Pannon*, in *Racc.*, I, 4812; S. MONTICELLI, *Il commento a Corte di Giust. CE*, sez. IV, 4 giugno 2009, causa C-243/08, *Pres. Lenaerts, Rel. De Lapuerta - Pannon, GSM Zrt. C. Erzsebet Sustikné Györfi*, in *Contratti*, 2009, p. 1115 ss., avente ad oggetto un contratto d'abbonamento relativo alla fornitura di servizi di telefonia mobile, contenente una clausola attributiva di competenza non negoziata tra le due parti. Il giudice del rinvio chiariva che, ai sensi del codice di procedura civile, l'organo giurisdizionale della circoscrizione interessata rileva d'ufficio la questione della sua competenza territoriale. Tuttavia, non trattandosi in quel caso di una competenza esclusiva, esso non avrebbe potuto più rilevare l'incompetenza una volta che il convenuto avesse presentato un primo atto difensivo con deduzioni relative al merito della controversia senza eccepire l'incompetenza. Il giudice adito avrebbe potuto verificare l'esattezza dei fatti adottati al fine di determinare la propria competenza territoriale solo nell'eventualità che questi ultimi fossero stati contrari a fatti noti o a fatti che l'organo giurisdizionale conosceva d'ufficio. Ciò considerato, il *Budaörsi Városi Bíróság*, sottoponeva alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali: «1) Se l'art. 6, n. 1, della direttiva [93/13], ai sensi del quale gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato da un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, possa essere interpretato nel senso che il fatto che il consumatore non sia vincolato da una

precisato che «il giudice nazionale deve esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine. Se esso considera abusiva una siffatta clausola, non deve applicarla, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga». In base a quest'ultima pronuncia deve, dunque, escludersi che il giudice sia obbligato dalla direttiva a disapplicare la clausola solo nell'ipotesi in cui il consumatore, dopo essere stato debitamente informato in merito alla natura vessatoria della clausola e alle conseguenze che ne derivano in base al diritto nazionale, non intenda invocarne la natura abusiva e non vincolante. Con tale pronuncia, la Corte ha in modo più esplicito chiarito gli effetti giuridici della clausola abusiva ed il meccanismo di impugnazione della medesima⁽⁵³⁾.

Per risolvere la questione sottoposta, la Corte rammenta che l'obbligo imposto agli Stati membri dall'art. 6, n. 1, della Direttiva mira ad accordare un diritto al cittadino, in qualità di consumatore e pertanto di soggetto presuntivamente debole, e che il risultato che la direttiva intende conseguire, quello cioè di rafforzare la tutela dei consumatori, non potrebbe essere conseguito se i consumatori fossero tenuti a eccepire essi stessi l'abusività di una clausola contrattuale. Il raggiungimento dello scopo è, infatti, indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità, in particolare per l'innalzamento del livello e della

clausola abusiva predisposta dal professionista non opera *ipso iure* ma, esclusivamente, nel presupposto che il consumatore impugni utilmente tale clausola abusiva mediante una specifica domanda in tal senso. 2) Se la tutela dei consumatori garantita dalla direttiva [93/13] imponga che il giudice nazionale - indipendentemente dalla natura del procedimento, sia esso o meno contraddittorio - anche senza una specifica domanda in tal senso, ossia senza un'impugnazione fondata sull'abusività della clausola, si pronunci d'ufficio sulla natura abusiva di una clausola contrattuale ad esso sottoposta e, in tal modo, verifichi d'ufficio, nel contesto dell'esame della sua competenza territoriale, le clausole stabilite dal professionista. 3) In caso di soluzione affermativa alla seconda questione, quali criteri debbano essere presi in considerazione e ponderati da parte del giudice del rinvio nell'ambito di tale esame».

(53) Tale pronuncia si iscrive in un filone giurisprudenziale coerente, orientato ad assicurare una protezione effettiva dei consumatori, facilitando, sul piano procedurale, l'accesso alla giustizia in caso di contenzioso. L'aspetto innovativo della pronuncia della Corte europea si fonda sul riconoscimento di un'obbligazione, posta a carico del giudice nazionale, di rilevare il carattere abusivo di una clausola contenuta in un contratto concluso da un consumatore. La Corte di Giustizia, nell'*iter* argomentativo della sentenza, pone a carico del giudice uno specifico dovere di rilevare l'eventuale abusività di una clausola contenuta in un contratto di consumo, andando ben oltre il dato normativo che attribuiva al giudice il potere di sindacare il contenuto di una clausola ritenuta abusiva. Le questioni sottese all'orientamento giurisprudenziale espresso dalla Corte di Giustizia in merito alla rilevanza officiosa di una clausola abusiva, pur in assenza di un'azione promossa dal consumatore, sembrano fugare ogni dubbio circa la qualificazione in termini di potere, e non di mera facoltà, del giudice nazionale, di applicare, *ex officio*, i diritti spettanti al consumatore, qualora questi si sia mostrato inerte sul piano processuale.

qualità della vita al suo interno. La Corte sottolinea, in proposito, che se si deve garantire tale facoltà al giudice nazionale, occorre escludere l'interpretazione dell'art. 6, n. 1, della direttiva nel senso che il consumatore non è vincolato da una clausola abusiva esclusivamente nel caso in cui egli abbia presentato una specifica domanda a riguardo, perché siffatta interpretazione escluderebbe, infatti, che il giudice nazionale, nell'ambito dell'esame della ricevibilità della domanda sottopostagli, possa valutare l'abusività di una clausola contrattuale d'ufficio e in assenza di un'esplicita richiesta del consumatore⁽⁵⁴⁾.

Relativamente agli effetti giuridici che devono essere connessi ad una clausola abusiva, la Corte ha precisato, nella sua sentenza 26 ottobre 2006, causa C-168/05, *Mostaza Claro*, che l'importanza della tutela dei consumatori ha condotto il legislatore comunitario a stabilire, all'art. 6, n. 1, della direttiva, che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato tra un consumatore ed un professionista «non vincolano il consumatore». Essa ha sottolineato che si tratta di una norma imperativa che, in considerazione dell'inferiorità di una delle parti contrattuali, mira a sostituire all'equilibrio formale che il contratto determina fra i diritti e gli obblighi delle parti un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza delle parti stesse. Nella citata sentenza, la Corte ha osservato che la natura e l'importanza dell'interesse pubblico su cui si fonda la tutela che la direttiva garantisce ai consumatori, giustificano che il giudice nazionale sia tenuto a valutare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale, in tal modo ponendo un argine allo squilibrio che esiste tra il consumatore e il professionista.

Il giudice adito ha dunque il compito di garantire l'effetto utile della tutela cui mirano le disposizioni della direttiva, di conseguenza il ruolo attribuito al giudice nazionale dal diritto comunitario nell'ambito di cui trattasi non si limita alla semplice facoltà di pronunciarsi sull'eventuale natura abusiva di una clausola contrattuale, bensì comporta parimenti l'obbligo di esaminare d'ufficio tale questione, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine⁽⁵⁵⁾. Se

(54) In dottrina, con particolare riferimento ai principi comunitari in tema di clausole abusive: M. EBERS, *La revisione del diritto europeo del consumatore: l'attuazione nei paesi membri della direttiva sulle clausole abusive (93/13/ Cee) e le prospettive d'ulteriore armonizzazione*, in *Contr. e impr. Eur.*, 2007, p. 696 ss.; L. SALCE, *I principi delle clausole abusive nei contratti dei consumatori: interpretazione alla luce della dir. Ce 93/13*, in *P.Q.M.*, 2005, fasc. 1, p. 33 ss.; E. GRAZIOSO, *L'ultima giurisprudenza della Corte di Giustizia sul recepimento della direttiva 93/13/ Cee in materia di clausole abusive*, in *Dir. com. sc. int.*, 2002, p. 737 ss.; P. SIMONE, *Tutela del consumatore e rilevanza d'ufficio delle clausole abusive*, in *Contratti*, 2000, p. 943 ss.

(55) Il giudice è interdetto dal procedere a misure istruttorie fin quando: voglia porre

esso considera abusiva una siffatta clausola, non la applica, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga⁽⁵⁶⁾.

La Corte di Giustizia, per la prima volta, sancisce testualmente l'obbligo per il giudice nazionale di pronunciarsi d'ufficio sull'eventuale natura abusiva di una clausola relativa ad un contratto concluso tra un professionista ed un consumatore⁽⁵⁷⁾, anche se dalla pronunce precedenti era, bensì di un potere-dovere nel rilevare d'ufficio la nullità della pattuizione abusiva⁽⁵⁸⁾.

Ebbene, poiché nella pratica non è affatto detto che il consumatore dichiari espressamente, *sua sponte*, nei propri scritti difensivi, di non

a fondamento della propria decisione o un fatto rimasto estraneo al dibattito o una qualificazione di quel fatto, seppur dibattuto, differente ed originale; non sia dato registrare, a causa di un'oggettiva ambivalenza delle risultanze probatorie, un dubbio esemplare sulla vessatorietà della clausola predisposta. Se la Corte condiziona la rilevabilità al limite della facoltà del consumatore di opporsi, vuol significare che la questione della non vincolatività, stante l'ineludibile esigenza di rispettare il principio del contraddittorio, è rimessa all'allegazione o alla positiva verifica di un comportamento sanante; se è la condizione di inferiorità nella quale il consumatore versa a rendere obbligatoria la rilevabilità, va da sé che l'argomento non vale più allorché egli abbia maturato piena contezza di quali siano i rimedi opponibili. Il comportamento responsabilmente convalidativo del consumatore deve essere verificato giudizialmente in concreto, perché la nullità non è più soltanto giudizio di liceità ma criterio valutante la meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti alla stregua dei valori di un ordinamento storicamente dato (art. 183, co. 4, e 101, co. 2, c.p.c.); il giudice non rileva la nullità della clausola abusiva ove abbia previamente accertato una responsabile volontà sanante. La nullità di protezione tutela sì l'interesse generale ad un mercato concorrenziale, ma questo interesse è frenato ogni qualvolta il suo inverarsi venga ad inficiare l'interesse privato che vi è sotteso. La convalida è il segno di un prolungamento del potere di autonomia, nel caso delle clausole vessatorie assume la veste di un riappropriarsi della libertà negoziale, attraverso un recupero *in executivis* della libertà di disconoscere oppure no una clausola non negoziata.

(56) La precisazione è opportuna e pienamente rispettosa dell'anima composita propria delle nullità di protezione: infatti, da una lato il qualificare l'esercizio dei poteri officiosi nel rilevare la nullità di un contratto o di una clausola di esso come un potere-dovere e non già una semplice facoltà del giudicante è congruente con l'interesse pubblico alla regolamentazione del mercato su cui si fonda la direttiva, nonché funzionale alla tutela effettiva di tale interesse (cd. effetto utile), dall'altro all'esercizio del potere-dovere in oggetto non è assoluto ed incondizionato, come nelle nullità cd. tradizionali, bensì trova un possibile limite, di tipo sostanziale, nel concorrente e prioritario interesse del consumatore a mantenere in vita la clausola abusiva. Da un punto di vista processuale, inoltre, la precisazione garantisce l'equilibrio del contraddittorio, consentendo ad entrambe le parti di affrontare il tema della nullità.

(57) M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., p. 87 ss.; S. PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa secondo il canone delle Sezioni Unite: "eppur si muove"?*, *Cass. Civ., Sez. Un.*, 4 settembre 2012, n. 14828, in *Contratti*, 2012, p. 874 ss.

(58) Capo 38 della nota a sentenza CGCE, 26 ottobre 2006, n. 168, *causa Mostaza Claro c/Centro Movil Milenium SL*, in *Riv. arb.* 2006, p. 673 ss., ed in *Foro it.*, 2007, p. 374 ss.

volersi avvalere del diritto ad impugnare la clausola vessatoria, sarà onere del giudicante, preliminarmente all'esercizio dei propri poteri d'ufficio, d'interpellare il consumatore per accertare se la mancata impugnativa della clausola costituisca il frutto di una scelta consapevole e non, piuttosto, di una carenza difensiva. Solo all'esito dell'interpello, ed in assenza di un'espressa dichiarazione del consumatore di non volere invocare la natura abusiva e non vincolante della clausola, il giudice nazionale dovrà dichiararne la nullità. Dunque, in definitiva, si tratta di un potere-dovere condizionato nell'esercizio anzitutto all'interpello del consumatore e, quindi, all'insussistenza di un'opposizione di questi. Nella ricorrenza di tale ultima ipotesi, il giudice non dovrà rilevare d'ufficio la nullità perché altrimenti tradirebbe lo spirito della legge privilegiando l'astratta tutela dell'interesse pubblico ai concreti e prioritari profili di protezione dell'interesse individuale del consumatore, che verrebbero addirittura sacrificati.

La procedimentalizzazione dell'esercizio dei poteri d'ufficio del giudicante, attraverso il preventivo necessario interpello del consumatore, li rende così pienamente funzionali e coerenti con l'obiettivo primario di tutela di questi che, da un lato, rimane arbitro del diritto a vedere caducata o meno la clausola abusiva, dall'altro si giova di quel ruolo attribuito al giudice di supplenza, proprio attraverso il potere-dovere conferitogli di rilevare d'ufficio la nullità, di una difesa che potrebbe essere carente non solo al momento della stipulazione del contratto ma, anche, nel processo⁽⁵⁹⁾.

Dalle parole della Corte si evince, in conclusione, che la nullità di protezione incorpora un controllo di meritevolezza funzionalizzato ai valori dell'equità, dell'equilibrio e della giustizia, ma che c'è rilevanza officiosa se e soltanto se il giudice può procedere ad una siffatta valutazione nell'ambito di ricorsi analoghi di natura interna e solo se si tratta di un potere/dovere officioso azionabile negli stretti limiti previsti dalle norme processuali vigenti nei singoli ordinamenti.

Tali precisazioni sono rafforzate dalla successiva sentenza *Eva Martín Martín*⁽⁶⁰⁾, nella quale la Corte ribadisce che un giudice nazionale ha il

(59) A. ORESTANO, *Rilevanza d'ufficio della vessatorietà della clausole*, in *Europa dir. priv.*, 2000, p. 1184 ss.

(60) Sent. 17 dicembre 2009 CGCE, causa C-227/08 *Eva Martín Martín* contro *EDP Editores SL*, relativa ad un contratto di acquisto di dischi e di un lettore dvd, concluso presso il domicilio del consumatore, il quale non era stato debitamente informato del suo diritto di revoca del consenso entro 7 giorni dal ricevimento della merce né delle condizioni e conseguenze dell'esercizio di tale diritto. Il consumatore non aveva mai fatto valere la nullità, né dinanzi al giudice di primo grado né con il ricorso in appello. Orbene, tenuto conto della circostanza che l'art. 4 della l. n. 26/1991 esige che fosse il consumatore a chiedere

potere dovere di rilevare d'ufficio la nullità di un contratto ancorché questa non sia mai stata opposta dal consumatore e che come limite opera la sola circostanza che il suddetto consumatore, debitamente interpellato dal giudice dichiararsi di non volersi avvalere di questa nullità, ed infine che il diritto comunitario non obbliga il giudicante nazionale a rilevare officiosamente l'infrazione a questa o quella direttiva consumeristica quando ciò possa importare un travalicare dei limiti della lite così come le parti li hanno definiti, oltretutto basandosi su fatti e circostanze diversi da quelli che la parte processuale ha posto a fondamento della propria domanda.

Come correttamente osservato già con riferimento alla sentenza *Pannon*⁽⁶¹⁾, ad oggi restano aperti alcuni interrogativi in merito ai poteri del giudice nazionale di rilevare la nullità. In particolare ci si è chiesti: 1) se il giudice possa rilevare d'ufficio la nullità anche in caso di contumacia del consumatore; 2) se il giudice possa rilevare d'ufficio la nullità nel caso in cui abbia interpellato il consumatore in merito alla possibilità di avvalersi della nullità di protezione disposta in suo favore, e il consumatore non si sia pronunciato; 3) se il giudice possa rilevare d'ufficio la nullità nel caso in cui il consumatore abbia radicato la controversia in conformità della clausola abusiva che in ipotesi gli è sfavorevole.

Riguardo al punto 1) la dottrina più recente ha ritenuto che la contumacia non sia di per sé indice della volontà di non avvalersi della nullità e, pertanto, che il giudice sia libero di rilevare la nullità d'ufficio⁽⁶²⁾.

la dichiarazione di nullità del contratto concluso in violazione delle condizioni fissate all'art. 3 della stessa legge e che, nel diritto spagnolo, nei procedimenti civili di norma vige il cosiddetto principio «dispositivo», in forza del quale il giudice non può prendere in considerazione d'ufficio fatti, prove e domande non presentati dalle parti, l'*Audiencia Provincial de Salamanca* si chiede se, per potersi pronunciare sull'appello interposto avverso la decisione di primo grado, dovesse prendere in considerazione unicamente i motivi dedotti nell'ambito dell'opposizione e nel procedimento d'appello oppure se, invece, le disposizioni della direttiva consentissero di dichiarare d'ufficio l'eventuale nullità del contratto. In tale contesto l'*Audiencia Provincial de Salamanca* sottoponeva alla Corte la seguente questione pregiudiziale: «Se l'art. 153 CE, letto in combinato disposto con gli artt. 3 CE e 95 CE, con l'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 (GUL 364, pag. 1)], nonché con la [direttiva], e in particolare con l'art. 4 di quest'ultima, debba essere interpretato nel senso che consente al giudice investito del ricorso d'appello avverso la sentenza di primo grado di dichiarare d'ufficio la nullità di un contratto rientrante nell'ambito di applicazione della suddetta direttiva, qualora risulti che tale nullità non è mai stata eccepita in alcun momento dal consumatore convenuto, né nell'ambito dell'opposizione al procedimento ingiuntivo, né in sede di udienza, né nel ricorso di appello».

(61) S. MILANESI, *Le pronunce Pannon ed Eva Martin Martin sulla rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione*, in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 801 ss.; P.F. PATTI, *Oltre il caso "Pannon": poteri istruttori del giudice e tutela del consumatore*, in *Contratti*, 2011, p. 113 ss.

(62) L'interpretazione ora citata è stata accolta dalla decisione *Asturcom*. È, dunque,

Le questioni di cui ai punti 2) e 3), paiono invece più complesse. La dottrina più recente ammette che il comportamento processuale del consumatore rilevi nel senso di una rinuncia ad avvalersi della clausola; se dal punto di vista processuale l'opinione pare certamente corretta, oltre che condivisa dalla giurisprudenza interna, che ammette la possibilità di una rinuncia tacita ad avvalersi della nullità, resta tuttavia da capire se questo pensiero sia condiviso negli stessi termini dalla Corte di Giustizia, la quale richiede al giudice di non applicare la clausola nulla tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga, presupponendo così un intervento attivo al fine di evitare la declaratoria di nullità⁽⁶³⁾.

Ad ogni modo, sono presenti ancora ampie zone d'ombra. Le incertezze non riguardano tanto il contenuto del principio e le condizioni alle quali la sua applicazione è subordinata, ciò che resta ancora oggi imprecisato è se il principio della rilevabilità d'ufficio si imponga in quanto tale al giudice nazionale, indipendentemente da come l'ordinamento interno si attegga sul punto, ovvero se l'applicazione del principio sia subordinata alla verifica che l'ordinamento consenta o addirittura imponga che la violazione della direttiva sia rilevata dal giudice d'ufficio. La portata del principio sarebbe molto più ampia seguendo la prima opzione che seguendo la seconda.

4. La rilevabilità d'ufficio nel diritto interno

Le sentenze, che attestano l'intendimento del giudice comunitario di fare dell'obbligo di rilevare d'ufficio un fattore imprescindibile del sistema protettivo consumerista, come corollario dell'esigenza di ovviare alle distorsioni del mercato⁽⁶⁴⁾, esprimono principi che, pur nell'ambito

questa la ragione sottesa alla rilevabilità d'ufficio: l'ordinamento non può accettare un atto di consumo abusivo perpetrato a danno del consumatore e concretamente lesivo del suo interesse, non tanto o non solo perché parte debole del contratto da difendere, quanto perché consentendo l'abuso pregiudizievole verrebbe minacciata la correttezza dello scambio e, quindi, la stessa idea di libertà del mercato, che non consente di lasciare interamente la qualificazione di inefficacia nella disponibilità della parte contraente tutelata. La tutela effettiva del consumatore non può che passare anche attraverso l'intervento positivo e riequilibratore da parte del giudice.

(63) S. MILANESI, *Le pronunce Pannon ed Eva Martin Martin sulla rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione*, cit., p. 810.

(64) Per un completo quadro degli istituti e del contesto di riferimento, si rinvia a S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida: lettera da Parigi e dalla Corte di Giustizia*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009, e a S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012.

della materia della tutela dei consumatori e delle nullità di protezione, paiono fare eccezione ad alcuni principi dell'ordinamento processuale interno⁽⁶⁵⁾, in particolare la Corte non chiarisce se l'applicazione d'ufficio delle direttive si imponga al giudice di per sé, cioè indipendentemente dal modo di essere del diritto interno⁽⁶⁶⁾.

Questa è la questione che ora si propone: la rilevabilità d'ufficio affermata nelle sentenze dovrebbe valere soltanto nei casi in cui tale potere già spetti al giudice in base alle norme interne d'attuazione delle direttive sui diritti dei consumatori ovvero sia ricavabile da norme interne di portata più ampia, applicabili anche alla materia coperta dalle direttive?

In alcune delle sentenze esaminate⁽⁶⁷⁾ la Corte ricorre allo strumento utilizzato dalla giurisprudenza per superare la mancanza di efficacia diretta orizzontale delle direttive, l'obbligo di interpretazione conforme, ricavato dal principio di leale collaborazione secondo cui i giudici, nell'applicare il proprio diritto nazionale, soprattutto se si tratta di norme adottate per l'attuazione di direttive, devono interpretarlo, quanto più possibile, conformemente alle esigenze del diritto dell'Unione.

Applicato alla questione della rilevabilità d'ufficio, l'obbligo di interpretazione conforme comporterebbe a carico del giudice l'obbligo di fare tutto il possibile, anche ricorrendo ai principi generali del proprio

(65) Sul principio di equivalenza, fondante uno dei filoni giurisprudenziali più significativi in funzione della produzione di pronunce pregiudiziali a rilevanza processuale negli ordinamenti processuali nazionali, G. RATTI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003, p. 358 ss., che dedica attenzione alla questione della resistenza del giudicato civile nazionale nell'impatto con le asserite violazioni dell'ordinamento comunitario. Proprio la sentenza *Asturcom Telecomunicaciones*, sopra citata, ha escluso che il giudice spagnolo fosse tenuto a disattendere il giudicato già formatosi, a meno che non avesse accertato egli stesso di essere obbligato o quantomeno facultizzato a ciò dal sistema processuale del proprio ordinamento nazionale, facendosi così applicazione del c.d. principio di equivalenza nel trattamento processuale di analoghe posizioni di interesse sostanziale, indipendentemente dal loro sorgere negli ordinamenti nazionali o in quello comunitario. Argomentando al contrario, l'esigenza di affermazione del diritto comunitario sostanziale attraverso la rimozione di ostacoli processuali negli ordinamenti nazionali, ad esempio il superamento dei giudicati nazionali anti-comunitari quale immediato corollario della *primauté* dell'ordinamento comunitario su quelli nazionali, travolgerebbe fondamentali presidi di civiltà processuale, quali la certezza giuridica, confondendo inopportuno il piano delle riflessioni sull'istanza di effettività delle tutele con quello sul rapporto tra le fonti di produzione delle norme.

(66) L. DANIELE, *Direttive per la tutela dei consumatori e poteri d'ufficio del Giudice nazionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2011, p. 683 ss.

(67) In questa logica si muove anche la sentenza *Oceano Grupo Editorial*, dove la Corte conclude che nell'applicare disposizioni di diritto nazionale precedenti o successive a tale direttiva, il giudice nazionale deve interpretarle quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della stessa.

ordinamento, per leggere nelle norme interne la possibilità o persino l'obbligo di rilevare d'ufficio la violazione delle direttive a tutela dei consumatori, dal momento che ciò gli è richiesto dalle stesse direttive.

Ma, esistono casi in cui tale obbligo di interpretazione conforme non trova applicazione, esso vale, infatti, nei limiti del possibile e cessa quando l'interpretazione conforme porterebbe ad un'interpretazione *contra legem* delle norme interne. In tale contesto, è al giudice nazionale che, in ultima istanza, spetta valutare fin dove si può arrivare.

Tutto ciò spiega come mai nelle sentenze più recenti in cui si è posto il problema della rilevabilità d'ufficio, la Corte abbia ommesso ogni riferimento all'obbligo di interpretazione conforme, ed abbia percorso una strada più sicura: valorizzando la natura procedurale del principio della rilevabilità d'ufficio e qualificando le norme delle direttive come norme imperative o d'ordine pubblico.

La prima via consente alla Corte di sganciare il problema della rilevabilità d'ufficio dallo scoglio dovuto all'assenza di effetti diretti orizzontali delle direttive. Se, infatti, la rilevabilità d'ufficio è questione procedurale, essa ricade, come tutte le questioni di questa natura, nell'autonomia procedurale degli Stati membri⁽⁶⁸⁾ e rimane pertanto soggetta al diritto processuale nazionale salvo il rispetto dei principi di effettività e d'equivalenza. L'altra, invece, permette alla Corte di richiamarsi al secondo di questi principi, poiché affermando che le norme delle direttive hanno la natura di norme imperative o d'ordine pubblico, la Corte può pretendere che esse ricevano lo stesso trattamento processuale sotto il profilo della rilevabilità d'ufficio delle norme di pari natura ma di origine puramente interna⁽⁶⁹⁾.

(68) L'ampiezza del potere officioso del giudice va considerato tenendo conto del principio dell'autonomia processuale degli Stati membri, fissato dalla Corte stessa, in virtù del quale, in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, compete al singolo Stato dettare le modalità processuali per garantire la salvaguardia dei diritti di cui i soggetti godono ai sensi dell'ordinamento comunitario.

(69) Così, nella sentenza *Mostaza Claro*, la Corte ha affermato che, se in un giudizio sull'annullamento di un lodo arbitrale, il diritto nazionale prevede che il giudice competente possa *ex officio* annullare il lodo per motivi di ordine pubblico, altrettanto deve poter fare in caso di violazione delle norme della direttiva. E nello stesso senso la Corte giudica nel caso *Asturcom* che, se secondo il diritto processuale interno il giudice, nell'ambito di un giudizio d'opposizione contro l'esecuzione di un lodo arbitrale non impugnato, deve o almeno ha la facoltà di sollevare d'ufficio la violazione di una norma di ordine pubblico, ugualmente deve poter rilevare d'ufficio il carattere abusivo della clausola compromissoria in base alla quale il lodo è stato emesso.

Anche in questi casi, pertanto, la soluzione da dare alla questione della rilevabilità d'ufficio viene fatta dipendere dal diritto interno e non dalle stesse direttive. Tuttavia, a differenza delle sentenze in cui essa ricorre all'obbligo di interpretazione conforme, nelle sentenze

Mentre in Italia la giurisprudenza ha da sempre tentato di restringere notevolmente il potere di rilevare d'ufficio la nullità del contratto, disposto dall'art. 1421 c.c., le pronunce della Corte di Giustizia in materia di clausole abusive si muovono in senso opposto, tendendo ad estendere il più possibile il potere officioso del giudice di valutare la natura abusiva della clausola e dunque di rilevarne la nullità. Ma, fino a che punto può spingersi il giudice? Anche al limite di sostituirsi al consumatore che non si attiva nel far valere i propri diritti e di travalicare i principi processuali interni, ed in particolare il vincolo posto dal principio della domanda di cui agli artt. 2097 c.c., 99 e 112 c.p.c. e dal principio del contraddittorio di cui all'art. 101, co. 2, c.p.c.?

L'art. 1421 c.c. attribuisce la legittimazione a far valere la nullità del contratto a chiunque sia portatore di un interesse ed al giudice, il quale può rilevarla d'ufficio. L'intervento giudiziale nell'orizzonte della nullità dell'atto di autonomia privata, si spiega guardando alla natura dell'interesse protetto e dunque alla funzione pubblicistica che in tale ambito è chiamato a svolgere il giudice.

Affinché non si pongano problemi di coordinamento della disciplina con i principi del diritto processuale, l'art. 1421 c.c. deve essere letto nel senso di lasciare alle parti il compito di offrire al giudice l'*input* per l'esercizio del potere di rilevare d'ufficio la nullità, cosicché il rilievo officioso della nullità può avvenire anche in assenza di un'espressa domanda di parte, ma solo qualora la valutazione venga resa possibile dagli atti processuali⁽⁷⁰⁾.

Il giudice, quindi, ha l'obbligo di condurre la valutazione di abusività, ma ha pure l'obbligo di garantire il contraddittorio sulla specifica questione, perché il diritto comunitario non impone ai giudici nazionali di sollevare d'ufficio un motivo basato sulla violazione di disposizioni comunitarie, qualora tale motivo li obblighi ad esorbitare dai limiti della lite quale è stata circoscritta dalle parti, basandosi su fatti e circostanze diversi da quelli che la parte processuale che ha interesse all'applicazione di dette disposizioni ha posto a fondamento della propria domanda⁽⁷¹⁾.

più recenti la Corte determina autonomamente che alle direttive debba essere riconosciuto rango di norme imperative o d'ordine pubblico; ciò impone ai giudici nazionali, passando per il principio di equivalenza, di mobilitare a favore delle direttive tutte le potenzialità che il diritto interno offre in termini di rilevanza d'ufficio.

(70) R. SENIGAGLIA, *Il problema del limite al potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità di protezione*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 835 ss.

(71) Occorre, comunque, considerare quell'atteggiamento della giurisprudenza europea che guarda con sospetto le categorie processuali conosciute dai diritti nazionali, le quali possono rappresentare un ostacolo all'implementazione della disciplina comunitaria.

In tal modo il consumatore diviene il sovrano della valutazione relativa alla caducazione o meno della clausola, può decidere se paralizzare l'esercizio dei poteri officiosi o se manifestare il proprio interesse alla nullità della regola contrattuale.

Negli ultimi anni si è assistito anche ad un fiorire di studi riguardo alla sanabilità e rinunziabilità della nullità di protezione, ed in particolare alla questione se con riguardo ad essa sia ammissibile la convalida in deroga a quanto previsto dall'art. 1423 c.c.⁽⁷²⁾.

Una recente dottrina ha ritenuto di dover leggere il dato della relatività proprio in termini di sanabilità, nel senso che ove la legge prevede che l'unico soggetto legittimato ad invocare il difetto del negozio o di una sua clausola sia il contraente debole, allora si deve conseguentemente ammettere che questi sia anche in grado di consolidare la medesima fattispecie e sia l'unico a ciò abilitato. Per altri, invece, dal comportamento processuale del consumatore che preferisce non far valere la nullità, per quanto stimolato sul punto dal giudice nel rispetto del principio del contraddittorio, non possono conseguire effetti sostanziali, ma effetti circoscritti al processo, con la conseguenza che lo stesso consumatore ove, relativamente allo stesso rapporto sia successivamente chiamato in un diverso giudizio, potrà optare per una diversa scelta difensiva e, se del caso, far valere la nullità.

Invero, la nullità di protezione, per quanto relativamente eccepibile, coinvolge interessi anche generali quale la tutela del mercato, della concorrenza, dei traffici giuridici, e se il legislatore non avesse voluto perseguire un interesse generale avrebbe optato per l'annullabilità, pertanto la scelta del consumatore dovrebbe essere considerata come una mera scelta processuale e così la scelta del contraente debole di non eccepire la nullità posta a suo favore non dovrebbe comportare una convalida⁽⁷³⁾, che urterebbe con le finalità della norma posta a tutela del contraente debole e comporterebbe effetti dismissivi di diritti non ancora sorti e, perciò indisponibili⁽⁷⁴⁾, in ciò violando l'art. 143 c. cons. In questa maniera, l'inerzia del soggetto legittimato ad intentare l'azione

Anche nella sentenza *Pannon* i giudici affermano, infatti, che «le caratteristiche specifiche del procedimento giurisdizionale, che si svolge nel contesto del diritto nazionale tra il professionista e il consumatore, non possono costituire un elemento atto a limitare la tutela giuridica di cui deve godere il consumatore in forza delle disposizioni della direttiva».

(72) S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, spec. p. 195 ss.

(73) G. PAGLIANTINI, *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 409.

(74) S. MONTICELLI, *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Not.*, 2009, p. 186.

di nullità, come la spontanea esecuzione del contratto nullo ad opera del medesimo, non determinano la convalida del contratto. Certamente potranno darsi ipotesi in cui tale comportamento assuma rilevanza in sede processuale e determini la reiezione dell'eventuale domanda o eccezione volta ad ottenere la declaratoria di nullità, ma ciò avverrà sulla base delle regole processuali quante volte la situazione complessiva palesi in capo al richiedente la mancanza di un interesse attuale e concreto.

La relatività dell'azione e la convalida, anche nelle ipotesi in cui conducano al medesimo risultato di conservare la piena efficacia del contratto, attengono a piani differenti: la convalida opera sul piano sostanziale confermando come effettiva una scelta *ab origine* compiuta in modo non del tutto libero e consapevole a causa di incapacità o vizi del consenso; la relatività dell'azione di nullità integra esclusivamente uno strumento processuale mediante il quale la formazione del giudicato (anche implicito) sulla validità del contratto rende completa e stabile l'efficacia allo stesso, *ab origine* vincolante solo per uno dei contraenti. Nello specifico, in sede processuale, il mancato rilievo dell'eccezione di nullità e l'inibizione del rilievo officioso, più che convalidare il contratto sul piano sostanziale, consentono sul piano processuale che si formi il giudicato sulla validità, che lungi dal determinare una sanatoria, semplicemente preclude ulteriori indagini sulla medesima questione⁽⁷⁵⁾.

La nullità di protezione è, piuttosto, una nullità che può semplicemente non essere eccepita dall'interessato per espressa scelta difensiva né rilevata d'ufficio se non a beneficio del contraente nei cui confronti è prevista, ma che rimane in ogni caso tale, tanto da poter essere successivamente fatta valere in un diverso giudizio, considerata l'imprescrittibilità dell'azione, ovvero da essere oggetto di un'inibitoria⁽⁷⁶⁾.

L'opzione difensiva in questione, dunque, va interpretata come un mero accadimento che si attua tutto nel processo e resta nel processo, ambito nel quale esclusivamente si consumano i suoi effetti⁽⁷⁷⁾. Essa, perciò, avrà la valenza sia d'impedire l'esercizio dei poteri officiosi, in quanto altrimenti esercitati in contrasto con l'interesse del consumatore come esternato nel contegno processuale, sia di non consentire al consu-

(75) A. LA SPINA, *op. cit.*, p. 346-351.

(76) R. SENIGAGLIA, *op. cit.*, p. 859; in giurisprudenza, Corte di Giust., sez. IV, 4 giugno 2009, causa C-243/08, in *Contratti*, 2009, p. 1115 ss., con nota di S. MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo "atto" della Corte di Giustizia*, ed anche S. NARDI, *Risoluzione di contratto nullo e rilevabilità d'ufficio della nullità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 201 ss.

(77) E. D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli artt. 817 co. 2 e 829 n. 1 c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 693 ss.

matore, vincolato dal principio del non venire *contra factum proprium*, un gravame incentrato sulla *quaestio nullitatis*.

5. I poteri del giudice

Nel caso *Pannon GSM Zrt c. Sustiknè Gyorf* la Corte ha decretato che il giudice ha l'obbligo di rilevare d'ufficio la vessatorietà di una clausola, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di fatto e di diritto necessari a tal fine. La formula non chiarisce se questi elementi sono da intendere come condizione preliminare per la rilevabilità ovvero ne costituiscono l'oggetto, legittimando così degli autonomi poteri di iniziativa istruttoria del giudice ad integrazione delle prove che le parti non hanno dedotto⁽⁷⁸⁾.

Due sono le letture possibili dell'art. 115 c.p.c.: per la prima, il sintagma « disponibilità delle prove » sta per « monopolio delle parti » sul materiale probatorio della decisione⁽⁷⁹⁾, pertanto il diritto europeo non obbliga i giudici nazionali a procedere ad un'istruttoria d'ufficio; per la seconda, se l'articolo proibisce al giudice di ricorrere alla sua scienza privata, non statuisce anche un dovere per costui di decidere esclusivamente sulla scorta di quanto provato dalle parti, poiché il fatto che si riconosca come ammissibile un potere istruttorio del giudice non compromette di per sé il diritto alla prova delle parti, almeno se si legge questa istruttoria d'ufficio nella cornice di un diritto alla prova integralmente tutelato⁽⁸⁰⁾, come un potere volto ad assumere proprio quelle prove, rilevanti per il *decisum*, non dedotte dalle parti.

Il riparto dell'attività probatoria pone essenzialmente una “questione di tecnica del processo”, senza quindi alcuna diretta connessione col principio dispositivo in senso proprio ed anzi, l'espansione delle misure istruttorie officiose potrebbe essere il correlato processuale o il completamento di un'interpretazione ormai indirizzata unicamente a

(78) S. PAGLIANTINI, *L'interpretazione più favorevole per il consumatore ed i poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 291 ss.

(79) E. FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile*, *Contributo al chiarimento del dibattito*, I, Napoli, 2008, p. 567 ss.

(80) M. TARUFFO, *L'istruzione probatoria*, in *La prova nel processo civile* (a cura di), in *Trattato dir. civ. comm.*, già diretto da A. Cicu e M. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 2012, p. 93; *Id.*, *Per una rilettura dell'art. 115 c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, num. speciale, *La disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo)*, p. 120; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, p. 411 ss.; ed ancora, S. PATTI, *La disponibilità delle prove*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, num. speciale, p. 81 ss.

conseguire un effetto utile, da identificarsi in una tutela preferenziale per il consumatore quale soggetto attore del mercato⁽⁸¹⁾.

Vista la confusione di questo panorama interpretativo, non si poteva non avere la sentenza *Penzugyi Lizing Zrt*, Corte di Giust. 9 novembre 2010, causa C-137/08⁽⁸²⁾, ove viene statuito un obbligo imposto al giudice dal diritto dell'Unione, di adottare misure istruttorie⁽⁸³⁾.

Diviene facile avvertire come il medio di un convincimento del giudice, che deve svolgere valutazioni sostanziali concrete sulla particolarità del singolo caso e sull'intera operazione economica, occasionato da non contestazioni (od ammissioni) delle parti, «diventa decisivo per dare ingresso, nel processo, a quei fatti che sovvertono (o rendono diversa dall'abituale) la configurazione del contesto tipico di ogni rappor-

(81) N. LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 721 ss; V. CALDERAI, *Interpretazione dei contratti ed argomentazione giuridica*, Torino, 2008, p. 83 s; diffusamente, M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti*, Napoli, 2011, p. 273 ss.

(82) Controversia relativa ad un contratto di mutuo destinato a finanziare l'acquisto di un autoveicolo, contenente una clausola attributiva di giurisdizione che designava un organo giurisdizionale avente la propria sede più prossima a quella del professionista che al domicilio del consumatore, sebbene le norme di procedura civile prevedessero che il giudice territorialmente competente a conoscere di quella controversia fosse quello nella cui circoscrizione si trova la residenza del convenuto. Il *Budapesti II. és III. kerületi bíróság* (Tribunale dei distretti II e III di Budapest) sottoponeva, perciò, alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali: «1) Se la tutela dei consumatori garantita dalla direttiva (...) richieda che il giudice nazionale valuti d'ufficio - indipendentemente dalla natura del procedimento, sia esso o meno contraddittorio - anche senza una specifica richiesta al riguardo, nell'ambito dell'esame della sua competenza territoriale, il carattere abusivo di una clausola contrattuale ad esso sottoposta. 2) In caso di risposta positiva alla prima questione, quali aspetti possa prendere in considerazione il giudice nazionale nel contesto di tale esame, in particolare quando una clausola contrattuale non attribuisce la competenza territoriale all'organo giurisdizionale nella cui circoscrizione si trova la sede del professionista ma a un altro organo giurisdizionale, sebbene ubicato nelle vicinanze di tale sede. 3) Se, ai sensi dell'art. 23, primo comma, dello [Statuto della Corte], sia esclusa la possibilità che il giudice nazionale informi d'ufficio relativamente al procedimento pregiudiziale il Ministro della giustizia del suo stesso Stato membro, contemporaneamente all'avvio del procedimento in questione».

(83) F.P. PATTI, *Oltre il caso Pannon: poteri istruttori del giudice e tutela del consumatore*, cit., p. 122. In giurisprudenza, per la vessatorietà della clausola di deroga al foro del consumatore Cass. 26 aprile 2010, n. 9922, in *Rep. F. it.*, 2010, voce *Competenza civile*, n. 47 e soprattutto Cass. 8 febbraio 2012, n. 1875, in *Dir. e Giust.*, 2012, fasc. 2, per l'interessante statuizione che il consumatore può adire un giudice diverso dal foro riservatogli *ex lege*, competente per territorio in virtù di uno dei criteri di cui agli artt. 18, 19 e 20 c.p.c., «senza che, in accoglimento della relativa eccezione sollevata dal professionista ovvero d'ufficio, questo diverso giudice possa dichiararsi incompetente anche a svantaggio e cioè in pregiudizio dell'interesse, del consumatore»; v. anche, F.P. LUIO, *Diritto processuale civile*, p.118 e E. GABRIELLI e A. ORESTANO, *Contratti del consumatore*, in *Digesto, disc. priv.*, sez. civ., Agg., IV, Torino, 2000, p. 250 ss.

to di consumo»⁽⁸⁴⁾. In questa direzione spinge d'altronde il nuovo co. 2 dell'art. 101 c.p.c. perché nel fatto che il giudice, a condizione che solleci il contraddittorio delle parti, possa «indicare una diversa via decisionale»⁽⁸⁵⁾ è implicita un'attività officiosa completiva (e correttiva) dell'istruttoria di parte.

Anche la Grande Camera si è così pronunciata sul tema, stabilendo che il giudice nazionale ha l'obbligo di procedere all'adozione di tutte le misure istruttorie necessarie ad accertare se una data clausola rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 93/13, non in forza dell'argomento, già esposto nella *Pannon*, che un obbligo di rilevabilità officiosa della vessatorietà, se assoggettato alla pre-condizione di una deduzione probatoria delle parti, troppo si verrebbe ad appannare fino a degradare al rango di un dovere evanescente in caso di contumacia del consumatore, ma dal rilievo principale che se l'art. 6, n. 1 della direttiva 93/13, quanto alla non vincolatività delle clausole vessatorie, è norma imperativa di ordine pubblico (par. 47), allora il giudice ha il dovere di acquisire la prova funzionale al compiersi di questo accertamento.

Quindi, un potestà che origina direttamente dal diritto dell'Unione. La Corte muove, infatti, dall'assunto che, se l'accertamento della vessatorietà è rilevante ai fini della decisione, epperò non sono state dedotte prove o lo si è fatto in maniera insufficiente, ove il giudice appuri autonomamente il ricorrere di una clausola sospetta di abusività, allora dovrà procedere *ex se* a determinare se “la clausola controversa sia stata o meno oggetto di un negoziato individuale” tra professionista e consumatore, poiché solo se il giudice acquisisce la prova, rende per ciò stesso possibile l'accertarsi “della verità del fatto”⁽⁸⁶⁾.

In generale, però, al giudice è interdetto procedere a misure istruttorie fin quando:

«- stante il potere riconosciutogli di indicare la previsione di legge da applicarsi nella fattispecie concreta dedotta in giudizio, questi voglia porre a fondamento della propria decisione, sempre osservando a

(84) M. FARNETI, *Sub art. 34*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di G. De Cristofaro e A. Zaccaria, Padova, 2010, p. 346; ma anche, A.M. AZZARO e P. SIRENA, *Il giudizio di vessatorietà delle clausole*, in E. GABRIELLI e E. MINERVINI (a cura di), in *I contratti dei consumatori*, Torino, 2005, I, p. 44 ss e A. FICI, *Sub art. 34*, in *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta ed A. Orestano, IV, p. 800 ss.

(85) S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, p. 256, secondo il quale, il giudice conosce i fatti secondo quanto esposto e prodotto dalle parti, le quali hanno l'esclusivo interesse al riconoscimento della propria posizione e non già all'applicazione del diritto oggettivo.

(86) M. TARUFFO, *L'istruzione probatoria*, cit., p. 131; negli stessi termini A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 410-412.

pena di nullità quanto disposto nell'art. 101, comma 2° c.p.c., o un fatto rimasto fino ad allora estraneo al dibattimento o una qualificazione di quel fatto, seppur dibattuto, "differente ed originale"; oppure - non sia dato registrare, a causa di un'oggettiva ambivalenza delle risultanze probatorie, un dubbio esemplare sulla vessatorietà di una clausola predisposta: un dubbio così tanto stringente che, se non si desse ingresso ad una potestà (integrativa) di impulso probatorio *ex officio*, verrebbe ad ingenerarsi il risultato di una decisione avulsa da un accertamento veritiero dei fatti perché imperniata sulla qualificazione di una clausola, forse da intendere come vessatoria, ma rimasta allo stato valutativamente incerta (per motivi di fatto o di diritto).

Sicché, ferma rimanendo l'esclusività dell'autonomia delle parti nell'allegazione dei fatti o delle circostanze principali, quel che sembra prospettabile è un potere istruttorio officioso di tipo completivo (e non sostitutivo), per prove che si rendono indispensabili a cagione dell'insufficienza (o parzialità) di quelle raccolte, dando così luogo ad un potestà concorrente finalizzata a governare quella corposa "zona grigia di incertezza" posizionata tra le fattispecie opposte di una mancata (dove il rigetto della domanda) ed una per contro piena dimostrazione della vessatorietà ai sensi degli artt. 33 e 34, co. 1. Una potestà che, lungi dal venire orientata in un senso o nell'altro da un "principio quantitativo - proporzionale", si lascia poi evidentemente direzionare tanto da quel bisogno di tutela differenziata che è tipico di situazioni soggettive semindisponibili (artt. 143 c. cons. e 25 dir. 2011/83 UE) quanto, se compiuta nel rispetto del principio del contraddittorio, da una modificabilità della qualificazione del fatto rispetto alle "prospettazioni dibattimentali" »⁽⁸⁷⁾.

Così, il giudizio di vessatorietà si sostanzia in una disamina complessa condotta non soltanto sulla scorta di risultanze documentali, più o meno evidenti, ma svolgendo una "minuziosa indagine"⁽⁸⁸⁾ su di un contesto situazionale per altro difforme da quello cui rimanda l'art. 1362, comma 2° c.c sui criteri di interpretazione dei contratti.

In sostanza, al fine di garantire la convivenza di due elementi apparentemente configgenti, quali la rilevabilità d'ufficio della nullità della clausola abusiva e la legittimazione all'azione limitata, s'impone al giudice un esercizio ragionato e non acritico del potere di rilevare *ex officio* la

(87) S. PAGLIANTINI, *L'interpretazione più favorevole per il consumatore ed i poteri del giudice*, cit., p. 291.

(88) F.P. LUISO, *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, p. 65; v. inoltre V. ZENO ZENCOVICH - M.C. PAGLIETTI, *Globalizzazione, delocalizzazione, europeizzazione orientata alle conseguenze*, in *Id. Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Saggi, Milano, 1996, p. 91 ss.

nullità del contratto, così a conformare il potere officioso in modo da non essere contrastante rispetto agli interessi del consumatore⁽⁸⁹⁾, essendo le nullità di protezione il principale mezzo tecnico di gestione e controllo del regolamento contrattuale⁽⁹⁰⁾.

Abstract

The dogmatic configuration of the nullity of protection, based on a clear aim of protecting the weaker party, requires a comparison of the regulations contained in the consumers' protection law and the rules of contractual legal disability. In particular, strenghtly comes to light the issue of the role of judge in the relative nullity field. This paper, retracing the steps of the academical jurisprudence and cases law in this area, aims to illustrate the current framework.

(89) S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida*, in *Pers. merc.*, 2009, p. 26 ss.; S. MONTICELLI, *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 cc e le nullità contrattuali*, in *Studi in onore di C. M. Bianca*, III, Milano, 2006, 604.

(90) V. SCALISI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, cit., richiamato da M.P. MANTOVANI, *Il sistema delle nullità di protezione e l'esercizio del potere giudiziale nel diritto dei consumatori*, in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 444 ss.

Shareholders' rights: qualche considerazione a margine dei recenti interventi normativi, con uno sguardo all'ordinamento dell'Unione europea

Alessandra Zanardo

Ricercatore di Diritto commerciale nell'Università Ca' Foscari Venezia

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Modifiche in tema di convocazione dell'assemblea: avviso di convocazione e relazioni sulle materie all'ordine del giorno. - 3. (segue) Integrazione dell'ordine del giorno, diritto di porre domande e maggiorazione del dividendo. - 4. Rappresentanza, deleghe di voto e sollecitazione delle deleghe. - 5. Cenni sulle modifiche in materia di società cooperative quotate. - 6. *Shareholder identification*: la scelta di (non) intervento in sede di decreto correttivo. - 7. Le (ulteriori) sollecitazioni provenienti dall'ordinamento dell'Unione europea. - 8. Qualche considerazione conclusiva.

1. Premessa

Con il recente d.lgs. 18 giugno 2012, n. 91, il legislatore italiano ha provveduto ad apportare modifiche ed integrazioni al d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 27, attuativo della Direttiva 2007/36/CE, relativa all'esercizio di alcuni diritti degli azionisti di società quotate, secondo quanto previsto dall'art. 1, co. 5, della legge comunitaria 2008.

Detto intervento si inserisce all'interno di un quadro normativo, non solo nazionale, caratterizzato da grande fermento e da forte attenzione alle diverse questioni che coinvolgono profili di *corporate governance*, tra cui spicca, quale macro-area, quella degli *shareholders' rights* di società con azioni quotate.

Soffermando, in particolare, l'attenzione sull'ordinamento dell'Unione europea, negli ultimi anni si sono ivi susseguiti importanti iniziative e interventi mirati a migliorare e modernizzare l'attuale sistema di governo societario delle società europee. La Commissione europea, dopo aver pubblicato due *Green Papers*, l'uno sul governo societario negli istituti finanziari e le politiche di remunerazione nel 2010, l'altro sul

quadro dell'Unione europea in materia di governo societario nel 2011⁽¹⁾, con i quali ha avviato due consultazioni volte a valutare l'efficacia del quadro vigente in materia, ha presentato, nel dicembre del 2012, un Piano d'azione - frutto di una consultazione pubblica lanciata sempre nel 2012⁽²⁾, di discussioni con le parti interessate e di una propria analisi -, nel quale ha riassunto le iniziative da intraprendere nel corso del biennio 2013-2014⁽³⁾.

In tale sede, la Commissione, preso atto che la partecipazione attiva degli azionisti di società quotate costituisce un fattore rilevante per il governo societario e che detti azionisti hanno, in maggioranza, un atteggiamento passivo e sono spesso interessati (solo) a profitti di breve periodo, ha evidenziato la necessità di riflettere sul loro ruolo, al fine di incentivare l'assunzione da parte degli stessi di un impegno adeguato in seno alla società. In questa cornice è stata inserita, nel novero del programma di interventi da intraprendere nel breve-medio periodo, la modifica di taluni istituti in materia di diritti degli azionisti, se necessario anche mediante una revisione della citata Direttiva 2007/36/CE, al fine di incoraggiare gli azionisti a partecipare maggiormente al governo societario⁽⁴⁾.

All'*Action Plan* ha fatto seguito, all'inizio del 2013, una discussione informale tra i servizi della Commissione - che lavorano sulle azioni programmate nel Piano d'azione e, in particolare, sulle misure volte ad

(1) V., rispettivamente, COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde. Il governo societario negli istituti finanziari e le politiche di remunerazione*, 2 giugno 2010, COM(2010) 284; EAD., *Libro verde. Il quadro dell'Unione europea in materia di governo societario*, 5 aprile 2011, COM(2011) 164.

(2) Il testo della consultazione sul futuro del diritto societario europeo, che ha avuto inizio il 20 febbraio 2012 e si è conclusa il 14 maggio 2012, è disponibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2012/company_law_en.htm.

(3) Per un'ampia e dettagliata panoramica sul Libro verde del 2011 e sul Piano d'azione del 2012 si v. CONSOB, *Le linee di azione della Commissione europea in materia di corporate governance e i riflessi sull'ordinamento italiano*, Quaderno giuridico n. 3, a cura di Alvaro, Lupini, aprile 2013, consultabile su http://www.consob.it/main/consob/pubblicazioni/studi_analisi/quaderni_giuridici/qg3.html, 11 ss.

(4) V. COMMISSIONE EUROPEA, *Piano d'azione: diritto europeo delle società e governo societario - una disciplina giuridica moderna a favore di azionisti più impegnati e società sostenibili*, 12 dicembre 2012, COM (2012) 740. Detto Piano d'azione, nell'illustrare le iniziative che la Commissione intende adottare per modernizzare il quadro in materia di diritto delle società, indica, tra le principali linee di intervento, il coinvolgimento degli azionisti, argomentando dal fatto che «[u]n impegno efficace e sostenibile degli azionisti costituisce uno dei fondamenti del modello di governo societario delle società quotate, basato tra l'altro su controlli ed equilibri tra i vari organi e le varie parti interessate. Se, ad esempio, la maggior parte degli azionisti rimane passiva, non cerca di interagire con la società e non vota, il funzionamento dell'attuale sistema di governo societario è meno efficiente» (ivi, par. 3).

aumentare il coinvolgimento, nel lungo periodo, degli azionisti - e un certo numero di *stakeholders* (tra cui *asset owners*, *asset managers*, emittenti, *proxy advisors*, consulenti, autorità pubbliche, dipendenti). I risultati della discussione sono stati raccolti in un *summary*, il quale offre una panoramica dei principali argomenti e questioni sollevate dagli *stakeholders*, in particolare proprio con riguardo ad una possibile revisione della Direttiva 2007/36/CE⁽⁵⁾.

Nel presente lavoro si analizzeranno le modifiche apportate dal d.lgs. n. 91/2012 al complesso e variegato panorama dei diritti degli azionisti di società quotate che hanno riguardato istituti oggetto di recenti riflessioni (anche) a livello europeo⁽⁶⁾. Questo approccio, oltre a dar conto degli interventi del legislatore nazionale per rendere la normativa più uniforme alle disposizioni e ai principi della Direttiva 2007/36/CE o per correggere inefficienze della stessa che hanno influito sullo scarso - sino ad oggi - uso di alcuni diritti, consente di gettare uno sguardo alle molte sollecitazioni derivanti dal panorama europeo con riguardo a prospettive e auspici di riforma; sollecitazioni che condizioneranno e indirizzeranno, nel prossimo futuro, lo stesso dibattito nazionale. Inoltre, verranno presi in considerazione istituti recepiti nel nostro ordinamento ma non toccati dagli ultimi interventi correttivi, su cui pure, a livello di Unione europea, istituzioni, esperti e *practitioners* hanno cominciato una intensa riflessione.

Si tralasceranno, invece, le pur rilevanti modifiche apportate dal d.lgs. n. 91/2012 alla generale disciplina codicistica (si pensi, a titolo esemplificativo, all'art. 2369 c.c., in materia di convocazione unica dell'assemblea), poiché le stesse esulano dal campo di applicazione della predetta Direttiva.

2. *Modifiche in tema di convocazione dell'assemblea: avviso di convocazione e relazioni sulle materie all'ordine del giorno*

La prima questione, indubbiamente centrale nel dibattito sulle moderne regole di diritto societario e sulle buone pratiche di *governance*

(5) EUROPEAN COMMISSION, *Summary of the Informal Discussions Concerning the Initiative on Shareholder Engagement* (March 2013), 17 April 2013, consultabile su http://ec.europa.eu/internal_market/company/shareholders/indexa_en.htm.

(6) Ad esempio, non si prenderanno in considerazione nel presente scritto le modifiche alla disciplina della gestione accentrata, poiché la Direttiva 2007/36/CE non reca alcuna disposizione in merito e, quindi, il riordino di detta disciplina, a cura del d.lgs. n. 27/2010, non ha costituito attuazione della presente direttiva.

delle società, della quale è opportuno occuparsi alla luce delle premesse fatte nel paragrafo introduttivo, riguarda taluni profili che si inseriscono nella più ampia finalità di rafforzare la trasparenza e l'informazione dei soci di società quotate.

Precisamente, il d.lgs. n. 91/2012 è intervenuto a chiarire taluni aspetti e/o a risolvere alcuni nodi critici con riguardo alla pubblicazione dell'avviso di convocazione dell'assemblea, all'integrazione dell'ordine del giorno e al diritto di porre domande prima dell'assemblea, modificando gli artt. 125-*bis* ss. t.u.f.

In primo luogo, quanto all'avviso di convocazione, si è previsto che il requisito della pubblicazione entro il trentesimo giorno precedente la data dell'assemblea riguardi la pubblicazione sul sito internet della società, demandandosi ad apposito regolamento Consob i termini relativi alle altre modalità di diffusione nell'ambito del regime delle informazioni regolamentate. Si è inoltre riconosciuta la legittimità, sulla falsariga di quanto già avviene nella prassi e vista la centralità che riveste, nella Direttiva 2007/36/CE, la diffusione delle informazioni tramite il sito internet della società, della pubblicazione dell'avviso sui giornali quotidiani *solo* per estratto⁽⁷⁾.

In secondo luogo, è stato chiarito che l'anticipazione del termine di pubblicazione dell'avviso al quarantesimo giorno precedente la data dell'assemblea riguarda esclusivamente le assemblee convocate per il rinnovo, mediante *voto di lista*, dei componenti dell'organo di amministrazione e di controllo. Come emerge dalla Relazione al decreto legislativo, infatti, il termine più lungo è strettamente legato all'esigenza di lasciare un periodo di tempo adeguato agli azionisti legittimati per la presentazione delle liste - che può avvenire anche tramite mezzi di comunicazione a distanza, nel rispetto degli eventuali requisiti strettamente necessari per l'identificazione dei richiedenti, indicati dalla società (cfr. art. 147-*ter*, co. 1-*bis*, t.u.f.) - e di consentirne la pubblicazione in tempo utile⁽⁸⁾. Sempre con riguardo alla presentazione delle liste per l'elezione dei componenti degli organi sociali si è poi statuito, mediante inserimento di una nuova disposizione nell'ambito dell'art. 125-*bis*, co. 4, t.u.f., che l'avviso di convocazione debba contenere, *inter alia*, l'indicazione delle relative modalità e termini.

Nessuna modifica rispetto a quanto stabilito dal d.lgs. n. 27/2010 è stata invece introdotta con riguardo alle ipotesi di riduzione a ventuno

(7) Cfr., tuttavia, in favore della pubblicazione integrale delle informazioni sulla stampa quotidiana, i pareri delle Commissioni II e VI riunite, sia della Camera dei Deputati che del Senato, sullo schema di decreto legislativo (Atto del Governo n. 446).

(8) V. Relazione al d.lgs. n. 91/2012, *sub* art. 3, co. 2.

giorni del termine “ordinario” di convocazione assembleare. Le esigenze di tutela degli azionisti, in particolare di minoranza, in considerazione della rilevanza dell’oggetto della delibera, hanno indotto il legislatore a non estendere il regime di convocazione dell’assemblea previsto per talune operazioni (riduzione del capitale sociale per perdite e nomina e revoca dei liquidatori) anche a quella di aumento del capitale, seppure per la convocazione delle assemblee chiamate a deliberare detta modificazione statutaria possano sussistere le medesime esigenze di celerità e urgenza che sussistono con riguardo alle prime⁽⁹⁾.

Il d.lgs. n. 91/2012 è poi intervenuto a sciogliere i dubbi suscitati dal testo del previgente art. 125-ter t.u.f. nell’ipotesi in cui all’ordine del giorno dell’assemblea siano poste materie per le quali sono stabiliti termini di convocazione diversi. In tal caso, le relazioni da predisporre da parte dell’organo amministrativo devono essere messe a disposizione del pubblico entro il termine di pubblicazione dell’avviso di convocazione previsto per la materia alla quale ciascuna relazione si riferisce, quindi anche non contestualmente alla pubblicazione dell’avviso stesso e anche con tempistiche differenziate (possibilità, quest’ultima, già sfruttata da un numero significativo di società, sulla cui legittimità si erano già pronunciate sia la Consob che Assonime⁽¹⁰⁾). La medesima soluzione è stata estesa alla pubblicazione sul sito internet della società dei documenti da sottoporre all’assemblea, ai sensi dell’art. 125-quater t.u.f. (v. art. 125-quater, co. 1, lett. a)).

Quanto, infine, alle convocazioni successive alla prima, la soluzione prescelta dal legislatore è stata quella di prevedere, esplicitamente, che l’assemblea in seconda o successiva convocazione debba *svolgersi* (e non solo essere convocata) nei trenta giorni successivi alla data dell’assemblea in prima convocazione. Il disposto dell’art. 126 t.u.f. è stato poi integrato estendendo la riduzione del termine di convocazione prevista per il caso in cui l’elenco delle materie da trattare non venga modificato

(9) V. ASSONIME, *Consultazione sul documento illustrativo di alcune misure integrative e correttive del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 27 di attuazione della direttiva 2007/36/CE relativa all’esercizio di alcuni diritti degli azionisti di società quotate*, n. 2/2012, consultabile su <http://www.assonime.it>, p. 6 s.; NEGRI-CLEMENTI, FEDERICI, *Commento al documento illustrativo di alcune misure integrative e correttive del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 27 di attuazione della direttiva 2007/36/CE relativa all’esercizio di alcuni diritti degli azionisti di società quotate, sottoposto dal Ministero dell’Economia e delle Finanze a pubblica consultazione*, 29 febbraio 2012, punto V. Il medesimo rilievo era stato sollevato anche dalle Commissioni II e VI riunite del Senato nel proprio parere sullo schema di decreto legislativo.

(10) Lo rileva ASSONIME, *Le assemblee delle società quotate: il d.lgs. n. 27 del 27 gennaio 2010, le prime esperienze applicative nel 2011 e il decreto correttivo del 2012 (d.lgs. n. 91 del 18 giugno 2012)*, Note e Studi n. 14/2012, consultabile su <http://www.assonime.it>, p. 21 s., testo e nt. 36, nell’ambito di una recente indagine sull’applicazione, da parte delle proprie associate, della disciplina sui diritti degli azionisti introdotta dal d.lgs. n. 27/2010.

(termine portato a 21 giorni, a fronte dei 10 previgenti) anche alle assemblee convocate per l'elezione, mediante voto di lista, dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo. Per queste assemblee, inoltre, il legislatore ha introdotto un'apposita disciplina quanto al deposito delle liste di candidati, nella quale è ammessa, nei termini all'uopo indicati dall'art. 126, co. 2, ult. per., t.u.f., la presentazione di nuove liste.

3. (segue) Integrazione dell'ordine del giorno, diritto di porre domande e maggiorazione del dividendo

Proseguendo nell'analisi delle novità in tema di convocazione e adunanza assembleare, la disciplina dell'istituto dell'integrazione dell'ordine del giorno, dettata dall'art. 126-bis t.u.f., è stata rivista ed integrata per estendere l'applicazione della procedura ivi prevista anche alle ipotesi di presentazione, da parte dei soci, di proposte di deliberazione su materie già all'ordine del giorno.

Detta modifica, attraverso la quale il testo della disposizione normativa si è "allineato" a quello dell'art. 6 della Direttiva 2007/36/CE, risponde alla finalità di garantire una migliore informazione preassembleare (anche alla luce della facoltà di conferire deleghe di voto ed esercitare lo stesso per corrispondenza) e, in generale, un più partecipato, funzionale ed efficiente svolgimento dell'assemblea⁽¹¹⁾.

Analizzando, in dettaglio, l'art. 126-bis t.u.f., va detto, in primo luogo, che - in parziale difformità rispetto a quanto originariamente previsto nello schema di decreto correttivo posto in consultazione dal Ministero e contenuto nel documento illustrativo del 13 febbraio 2012 e in virtù degli esiti della consultazione stessa - il legislatore ha ritenuto comunque opportuno mantenere la possibilità per il socio (*recte*: per colui a cui spetta il diritto di voto) di presentare individualmente proposte di deliberazione direttamente in assemblea (v. art. 126-bis, co. 1, terzo per., t.u.f.). In secondo luogo, è stato stabilito che debba essere data notizia, nelle medesime forme prescritte per la pubblicazione dell'avviso di convocazione, della (*sola*) presentazione di ulteriori proposte di deliberazione, mentre le proposte stesse sono messe a disposizione del pubblico con le modalità previste dall'art. 125-ter, co. 1, t.u.f. per le relazioni sulle materie all'ordine del giorno⁽¹²⁾.

(11) V. Relazione al d.lgs. n. 91/2012, *sub* art. 3, co. 6.

(12) Cfr., sul punto, i chiarimenti sollecitati nel parere approvato dalle Commissioni II e VI riunite del Senato.

Il decreto correttivo è poi intervenuto a chiarire talune modalità procedurali relative alla presentazione delle domande di integrazione dell'ordine del giorno e/o di nuove proposte, nonché a disciplinare, opportunamente, sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 2367, co. 2, c.c., l'ipotesi in cui l'organo di amministrazione (ovvero l'organo di controllo, in caso di inerzia del primo) non provveda all'integrazione. Sotto il primo profilo, è stato specificato, tra l'altro, che le domande possono essere presentate anche per corrispondenza o in via elettronica. Quanto, invece, al secondo e più interessante profilo, si è esplicitato che, se l'organo di amministrazione non vi provvede, il tribunale ordina l'integrazione con decreto ove il rifiuto di provvedere risulti ingiustificato (v. art. 126-*bis*, co. 5, t.u.f.): previsione che consente altresì di concludere che agli amministratori debba essere riconosciuto il diritto di rifiutare l'inserimento della materia (o della proposta) nell'elenco di quelle da trattare qualora vi sia una causa che giustifichi detto rifiuto⁽¹³⁾.

Non ha subito, invece, adeguamenti il comma 3 dell'articolo in commento, il quale continua a stabilire che la sola integrazione dell'ordine del giorno non è ammessa per gli argomenti su cui l'assemblea delibera su proposta dell'organo amministrativo o sulla base di un progetto o di una relazione dal medesimo predisposti, senza alcun richiamo alla presentazione di ulteriori proposte di deliberazione, con conseguente incertezza circa l'estensione della disposizione anche a tale ultima ipotesi⁽¹⁴⁾. Siffatto richiamo compariva, invece, nello schema di decreto correttivo posto in consultazione dal Ministero nel febbraio 2012.

Per ciò che concerne il diritto di porre domande prima dell'assemblea, il decreto correttivo ha provveduto a riformulare l'art. 127-*ter* t.u.f., al fine di superare le criticità che erano emerse in sede di prima applicazione della disciplina (ad esempio, per quanto riguarda la notevole dilatazione dei tempi delle adunanze) e, come già accennato per l'istituto dell'integrazione dell'ordine del giorno, di renderla più aderente alle finalità di consentire la massima informazione preassembleare e di attribuire maggiore considerazione alle esigenze di adeguata preparazione dell'assemblea e di corretto svolgimento della stessa⁽¹⁵⁾. Nell'ambito delle soluzioni adottate dal legislatore, le più rilevanti erano già state efficacemente anticipate dalla prassi delle società⁽¹⁶⁾.

(13) In tal senso, già prima della modifica in oggetto, MONTALENTI, *La Direttiva azionisti e l'informazione preassembleare*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 688.

(14) Cfr., sul punto, ASSONIME, *Le assemblee*, cit., p. 29 s., la quale, peraltro, si pronuncia nel senso dell'estensione.

(15) V. Relazione al d.lgs. n. 91/2012, *sub* art. 3, co. 7.

(16) V., ancora, ASSONIME, *Le assemblee*, cit., pp. 8, 34 s.

Precisamente, si è dapprima chiarito che sono legittimati all'esercizio del diritto di porre domande coloro ai quali spetta il diritto di voto e non più genericamente i "soci", come in precedenza statuito⁽¹⁷⁾. Il Governo, su sollecitazione delle Commissioni parlamentari, ha comunque escluso, nella Relazione al decreto legislativo, che la società sia tenuta a fornire una risposta *solo* a chi risulti azionista alla *record date*⁽¹⁸⁾. Si è poi espressamente riconosciuta la legittimità della previsione di un termine di *cut-off*, prevedendo che l'avviso di convocazione indichi il termine (non superiore a tre giorni antecedenti la data dell'assemblea) entro il quale le domande poste prima dell'assemblea devono pervenire alla società. Il termine può essere esteso fino a cinque giorni qualora l'avviso di convocazione preveda che la società fornisca, *prima* della riunione assembleare, una risposta alle domande pervenute; in tal caso la risposta deve essere fornita almeno due giorni prima della data dell'assemblea, anche mediante pubblicazione in un'apposita sezione del sito internet della società (v. art. 127-ter, co. 1-bis, t.u.f.). Infine, si è modificato il co. 2 dell'art. 127-ter per prevedere (così come già avviene per le informazioni disponibili in formato "domanda e risposta" nell'apposita sezione del sito internet) che, nell'ipotesi in cui la risposta sia stata pubblicata con le modalità da ultimo indicate, la società non sia obbligata a rispondere *individualmente* al socio, neppure in assemblea: l'obbligo della società si esaurisce nel fatto di rendere *disponibile* la risposta, o meglio l'informazione richiesta, ai soci⁽¹⁹⁾.

La disciplina del diritto di porre domande, al pari di quella di altri istituti qui commentati, ha subito una parziale modifica nel corso dell'*iter* di approvazione del provvedimento governativo: la prima proposta del Governo, infatti, prevedeva che la società esercitasse la sua scelta circa l'introduzione di una *cut-off date* attraverso una *clausola statutaria*. Come sopra visto, a detta ipotesi, anche alla luce delle perplessità suscitate dall'opportunità di una soluzione di questo tipo⁽²⁰⁾, si è sostituita, nel testo definitivo, la previsione di indicazione del termine di *cut-off* direttamente nell'avviso di convocazione, senza rimettere la scelta allo statuto.

(17) Cfr., nel vigore della precedente versione dell'art. 127-ter t.u.f., BUSANI, *Il diritto di porre domande prima dell'assemblea e l'obbligo della società di rispondere*, in *Società*, 2011, p. 431 s.

(18) V. Relazione al d.lgs. n. 91/2012, *sub* art. 3, co. 7; v., tuttavia, in favore di una diversa e più condivisibile lettura, il parere approvato dalle Commissioni II e VI riunite del Senato, nonché ASSONIME, *Le assemblee*, cit., p. 41.

(19) Conf. ASSONIME, *Le assemblee*, cit., p. 41.

(20) V. ASSONIME, *Consultazione*, cit., p. 8; nonché il parere approvato dalle Commissioni II e VI riunite del Senato.

Va, infine, evidenziato l'inserimento, nell'art. 127-ter t.u.f., di un ultimo comma, volto a stabilire che l'obbligo informativo si intende assolto dalla società in caso di risposta in formato cartaceo messa a disposizione di ciascuno degli aventi diritto al voto all'inizio dell'adunanza.

Il d.lgs. n. 91/2012 è intervenuto anche sull'art. 127-*quater* t.u.f., relativo alla maggiorazione del dividendo, al fine di chiarire talune incertezze applicative e tentare di risolvere le difficoltà operative che potrebbero aver influito sul finora scarso "successo" della previsione⁽²¹⁾.

L'istituto, introdotto, nel nostro ordinamento, dal d.lgs. n. 27/2010, è chiaramente volto ad incentivare l'investimento di lungo periodo e si pone nell'alveo degli interventi, ampliamenti sollecitati a livello europeo – ove si pone l'accento sull'opportunità che gli azionisti, spesso interessati soltanto a conseguire profitti a breve termine, si interessino invece a risultati duraturi e guardino ad una prospettiva di lungo periodo –, diretti a contrastare fenomeni di *short-termism*⁽²²⁾.

Al riguardo, è interessante segnalare che, oltre all'integrazione delle condizioni richieste per il riconoscimento, a livello statutario, del beneficio, che comprendono ora la detenzione continuata delle azioni per il periodo (se inferiore ad un anno) intercorrente tra due date consecutive di pagamento del dividendo annuale, e ad un chiarimento, mediante riformulazione del comma 2 della disposizione, sulle condizioni ostative all'ottenimento di detto riconoscimento, è stato altresì esplicitato che l'introduzione, nello statuto, del meccanismo di maggiorazione del dividendo non legittima i soci che non hanno concorso all'approvazione della deliberazione ad esercitare il recesso, ai sensi dell'art. 2437, co. 1, lett. g), c.c. (in quanto modificazione dello statuto concernente i diritti di voto o di partecipazione).

Inoltre, al fine di facilitare l'emittente nella verifica, è stato posto a carico di colui che abbia ottenuto l'assegnazione della maggiorazione del dividendo l'onere di dichiarare, *su richiesta* della società⁽²³⁾, l'insussistenza delle condizioni ostative alla concessione del beneficio e di esibire

(21) V. ASSONIME, *Le assemblee*, cit., p. 71, dalla cui indagine emerge che nessuna delle società del campione esaminato (42 società) ha adottato statutariamente la previsione sulla maggiorazione del dividendo.

(22) In favore dell'introduzione di un meccanismo di questo tipo, al fine di favorire partecipazioni di lungo periodo e il coinvolgimento degli azionisti, si è recentemente espresso il REFLECTION GROUP, *Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law*, 5 April 2011, consultabile all'indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf, par. 3.1.3.

(23) V. quanto esplicitato dalla Relazione al d.lgs. n. 91/2012, *sub* art. 3, co. 8, circa la possibilità che gli emittenti e gli intermediari delineino una procedura "standard" per l'implementazione del meccanismo.

le attestazioni relative alla sussistenza delle condizioni alle quali, invece, lo stesso è subordinato.

4. Rappresentanza, deleghe di voto e sollecitazione delle deleghe

Al 10° *considerando* della Direttiva 2007/36/CE si legge che «[i]l buon governo societario richiede procedure agevoli ed efficienti per l'esercizio del voto per delega. Le limitazioni e i vincoli esistenti che rendono il voto per delega difficile e oneroso dovrebbero pertanto essere eliminati».

Il legislatore italiano, con il d.lgs. n. 91/2012, è intervenuto anche sull'istituto delle deleghe di voto, quale ulteriore ed importante strumento per facilitare e incoraggiare l'espressione del diritto di voto, introducendo, oltre a modifiche meramente redazionali o rese necessarie dall'esigenza di coordinamento con le novità nel frattempo introdotte in altri settori normativi (il riferimento è, in particolare, al Codice dell'amministrazione digitale e alla possibilità di conferire la delega con documento informatico), talune modifiche di carattere sostanziale, di cui è opportuno dare brevemente conto.

Quanto al primo profilo, ci si limita a segnalare che è stato modificato l'art. 135-*novies* t.u.f. statuendosi, al comma 6, che la delega possa essere conferita con documento informatico sottoscritto in forma elettronica, ai sensi dell'art. 21, co. 2, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, al quale è conferita l'efficacia della scrittura privata *ex art. 2702 c.c.*

Soffermandosi, invece, sulle modifiche c.d. di carattere sostanziale, il legislatore ha opportunamente previsto, sulla scorta dei rilievi emersi in sede di consultazione sullo schema di decreto correttivo contenuto nel documento illustrativo del 13 febbraio 2012, che le Sgr, le Sicav, le società di gestione armonizzate, nonché i soggetti extracomunitari che svolgono attività di gestione collettiva del risparmio possano conferire la rappresentanza per più assemblee, così derogando all'art. 2372, co. 2, c.c. Lo scopo della rimozione del limite del conferimento della rappresentanza solo per singole assemblee è quello di agevolare la partecipazione assembleare e l'esercizio del diritto di voto da parte degli investitori istituzionali italiani ed esteri, in conformità alla prassi internazionale⁽²⁴⁾. Inoltre, è stato espressamente disposto, al fine di risolvere un problema

(24) V., sul punto, le osservazioni di ASSOGESTIONI, *Risposta alla consultazione su un documento illustrativo di alcune misure integrative e correttive del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 27 di attuazione della direttiva 2007/36/CE relativa all'esercizio di alcuni diritti degli azionisti di società quotate*, 2 marzo 2012, p. 2.

di coordinamento tra disciplina speciale e disciplina codicistica, che, in caso di conferimento della delega ad un rappresentante in conflitto di interessi, non si applichi la norma generale di cui all'art. 1711, co. 2, c.c., in materia di limiti del mandato, escludendosi quindi che il rappresentante cui siano state attribuite deleghe di voto possa discostarsi dalle istruzioni ricevute (v. art. 135-*decies*, co. 1, ult. per.).

Per quanto concerne, poi, specificamente la sollecitazione di deleghe, il decreto correttivo ha chiarito, sebbene alla medesima conclusione si potesse giungere anche prima, sulla scorta, in particolare, delle disposizioni di regolamentazione secondaria (cfr. art. 138, co. 2 e 4, reg. emittenti)⁽²⁵⁾, che l'emittente rientra tra i soggetti che possono farsi promotori di una sollecitazione.

Ulteriori interventi di modifica hanno poi riguardato l'estensione della disciplina della sollecitazione di deleghe di voto alle assemblee dei titolari di strumenti finanziari diversi dalle azioni ammessi alla negoziazione su mercati regolamentati (v. art. 137, co. 4-*bis*, t.u.f.), in linea con le semplificazioni - che ne hanno ridotto in misura significativa i costi - e le nuove caratteristiche dell'istituto della delega introdotte dal d.lgs. n. 27/2010⁽²⁶⁾; nonché la distinzione tra fondato sospetto di violazione delle disposizioni in materia di sollecitazione di deleghe e accertata violazione delle stesse. L'attività di sollecitazione può essere vietata dalla Consob solo in tale ultimo caso, limitandosi, invece, la medesima, nella prima ipotesi, a sospenderne l'attività (v. art. 144, co. 2, lett. b) t.u.f.).

È, infine, opportuno dar conto, per esigenze di completezza, di una figura che, ancorché non contemplata dalla Direttiva 2007/36/CE, è stata introdotta dal d.lgs. n. 27/2010 per facilitare l'espressione del voto per delega da parte dei soci e la cui disciplina è stata parimenti modificata dal decreto in commento: la figura del rappresentante designato dalla società (v. art. 135-*undecies* t.u.f.).

L'art. 135-*undecies* t.u.f. è stato integrato prevedendosi la possibilità di conferire la delega al rappresentante designato anche nelle convocazioni successive alla prima, non ostandovi esigenze organizzative. Ancora, si è precisato, al fine di meglio garantirne il ruolo, che al medesimo non possano essere conferite deleghe se non nella suddetta qualità

(25) Detta circostanza è evidenziata ASSONIME, *La nuova disciplina del funzionamento dell'assemblea delle società quotate*, Circolare n. 14/2011, in *Riv. soc.*, 2011, p. 531; nonché da PETRAZZINI, *Il d. lgs. 91/2012 e le modifiche alla disciplina dell'assemblea di società per azioni quotate*, in *Nuovo dir. soc.*, 2012, n. 16, p. 22.

(26) V. Relazione al d.lgs. n. 91/2012, *sub* art. 3, co. 16, la quale dà anche conto di una prassi in tal senso con riferimento all'assemblea degli obbligazionisti.

e quindi attraverso le procedure previste dall'articolo in commento⁽²⁷⁾. In sede di redazione del testo *definitivo* del decreto correttivo è stato invece eliminato il divieto, originariamente previsto nello schema di decreto posto in consultazione dal Ministero nel febbraio 2012, di delegare statutariamente agli amministratori la scelta se designare o meno un rappresentante. Siffatta eliminazione, che consente alle società di avere una certa flessibilità nelle proprie scelte, sembra la soluzione preferibile, anche alla luce della scarsa utilizzazione dell'istituto⁽²⁸⁾.

5. Cenni sulle modifiche in materia di società cooperative quotate

Per concludere questo breve *excursus* sulle modifiche ed integrazioni apportate dal d.lgs. n. 91/2012 e prima di spendere qualche parola sulle sollecitazioni provenienti dall'Unione Europea, è opportuno dare conto di un ulteriore intervento, che riguarda, più in generale, l'ambito soggettivo di applicazione delle disposizioni in materia di esercizio dei (o meglio, di alcuni dei) diritti degli azionisti.

Precisamente, il d.lgs. n. 91/2012 ha abrogato le norme della sezione II-*bis*, capo II, titolo III, parte IV, del t.u.f., ad eccezione del solo art. 135-*bis* (oggetto, però, di significativa rivisitazione), riconsiderando l'esclusione delle società cooperative quotate dall'ambito di applicazione delle norme sulla convocazione e sulla informativa preassembleare. L'esclusione era stata operata dal d.lgs. n. 27/2010, in attuazione del criterio direttivo di cui all'art. 31, co. 1, lett. a), della legge comunitaria 2008, la quale a sua volta sfruttava un'opzione contenuta nella Direttiva 2007/36/CE (v. art. 1, par. 3, lett. c), della Direttiva⁽²⁹⁾).

A seguito di detta abrogazione e della contestuale riformulazione dell'art. 135-*bis* t.u.f. - il quale continua ad elencare le disposizioni in materia di diritti degli azionisti *non* applicabili alle cooperative -, trovano oggi applicazione alle società cooperative quotate le previsioni concernenti l'avviso di convocazione dell'assemblea, le relazioni sulle materie all'ordine del giorno, il sito internet della società, le convocazioni successive alla prima, l'integrazione dell'ordine del giorno e la presentazione di nuove proposte di delibera, oltre al voto per corrispon-

(27) Cfr. Relazione al d.lgs. 91/2012, *sub* art. 3, co. 14.

(28) V. ASSONIME, *Consultazione*, cit., p. 9 s.; nonché il parere delle Commissioni II e VI riunite del Senato.

(29) Detta disposizione prevede, infatti, che gli Stati membri possano escludere dall'ambito di applicazione della Direttiva alcuni tipi di società, tra cui appunto le società cooperative.

denza o per via elettronica, le quali non sono incompatibili con il tipo “società cooperativa”. È stata, invece, confermata la non applicabilità a dette società degli artt. 127-*ter* (diritto di porre domande prima dell’assemblea) e 127-*quater* t.u.f. (maggiorazione del dividendo), che non trovano riscontro in disposizioni anteriori alla novella del 2010; nonché degli artt. 127-*bis* (annullabilità delle deliberazioni e diritto di recesso) e 125-*bis*, co. 4, lett. *b*), n. 3, e lett. *c*) (quanto a talune indicazioni da inserirsi nell’avviso di convocazione), in considerazione di altre esclusioni espressamente previste da singole disposizioni del t.u.f. (si pensi alle norme della sezione II-*ter*, in materia di deleghe di voto, e al sistema della *record date* di cui all’art. 83-*sexies*, co. 2, t.u.f.).

Tra le eccezioni all’omogeneità di trattamento rispetto alle s.p.a. quotate figurano anche la mancata estensione alle cooperative del termine più lungo (di 40 giorni) di convocazione dell’assemblea chiamata ad eleggere, mediante voto di lista, i componenti degli organi sociali (art. 125-*bis*, co. 2, t.u.f.) e la riduzione da quindici a dieci giorni del termine entro cui dare notizia dell’integrazione all’ordine del giorno o delle ulteriori proposte di deliberazione (v. art. 135-*bis*, co. 3, t.u.f.).

Nonostante la Direttiva sui diritti degli azionisti consentisse agli Stati membri di escludere dal suo ambito di applicazione le società cooperative, e la legge comunitaria 2008 si sia prontamente avvalsa di detta facoltà, le disposizioni in materia di convocazione e di informativa preassembleare (con le eccezioni sopra viste) non sembrano in contrasto con le specificità di detto tipo sociale, né paiono idonee ad intaccare le peculiarità del relativo modello di *governance*⁽³⁰⁾.

In conseguenza dell’applicazione alle società cooperative dei termini di convocazione dell’assemblea e di pubblicazione della documentazione assembleare previsti dall’art. 125-*bis* ss. t.u.f., viene meno la necessità di rendere ad esse inapplicabili altre previsioni contenute nel capo II (si pensi, ad esempio, all’art. 147-*ter*, co. 1-*bis*, t.u.f., relativo al deposito delle liste di candidati), le quali, in effetti, non compaiono più tra le disposizioni elencate nell’art. 135-*bis* t.u.f.

6. Shareholder identification: la scelta di (non) intervento in sede di decreto correttivo

Dopo aver illustrato i principali interventi correttivi e integrativi contenuti nel decreto legislativo in oggetto, è opportuno spendere qualche

(30) V. Relazione al d.lgs. n. 91/2012, nel commento *sub* art. 3, co. 9, 10 e 11 - Modifiche alla sezione II-*bis*.

parola su un istituto alla cui disciplina non è stata apportata alcuna modifica sostanziale, ma che, tuttavia, merita attenzione essendo uno degli istituti al centro del dibattito europeo: l'identificazione degli azionisti (*shareholder identification*), prevista e regolata dall'art. 83-*duodecies* t.u.f.⁽³¹⁾.

Quanto all'ordinamento italiano, la ragione espressamente addotta dal legislatore a giustificazione della scelta di non procedere ad alcun intervento correttivo o integrativo è stata l'assenza di un quadro di armonizzazione comunitaria in materia⁽³²⁾. Il legislatore non è quindi intervenuto sulla discussa⁽³³⁾ facoltà concessa all'azionista di negare il consenso alla trasmissione dei propri dati e neppure ha provveduto a sciogliere i dubbi ed eliminare gli elementi di criticità presenti nell'attuale disciplina (si pensi all'incertezza sui costi della procedura o, appunto, alla facoltà degli azionisti di rimanere nell'anonimato). Al riguardo, è stato ad esempio rilevato che la norma non specifica se i dati ricevuti a seguito della richiesta di identificazione debbano essere messi a disposizione di tutti i soci o dei soli richiedenti, limitandosi a prevedere, al comma 4, che i dati ricevuti siano messi a disposizione dei soci senza oneri a loro carico⁽³⁴⁾.

Passando all'ordinamento dell'Unione europea, la questione della *shareholder identification* è divenuta, negli ultimi anni, oggetto di crescente interesse ed attenzione, alla luce dei possibili vantaggi che dalla medesima potrebbero conseguire nei rapporti intrasocietari (anche sotto il profilo dell'accrescimento dell'impegno attivo degli azionisti nelle società in cui essi investono).

Il Libro Verde del 2011, nell'ambito degli argomenti posti in consul-

(31) Detto articolo è stato inserito nel t.u.f. dal d.lgs. n. 27/2010. Per una dettagliata analisi dell'istituto della *shareholder identification* e delle problematiche ad esso connesse si rimanda a GARGANTINI, *Identificazione dell'azionista e legittimazione all'esercizio del voto nelle S.p.a. quote*, Torino, 2012.

(32) In tal senso si esprime il Ministero dell'economia e delle finanze (Dipartimento del Tesoro) nella relazione illustrativa di alcune misure integrative e correttive del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 27 contenute nel documento di consultazione del 13 febbraio 2012, *sub art. 83-duodecies* t.u.f.

(33) Trattasi di facoltà che non ha mancato di sollevare perplessità tra gli interpreti. Cfr., a mero titolo esemplificativo, DE LUCA, *La nuova disciplina della gestione accentrata e della legittimazione degli azionisti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, p. 259 s.; diversamente, nel senso cioè che l'approccio normativo meriti, in linea generale, apprezzamento, sembra invece esprimersi GARGANTINI, *op. cit.*, p. 73 s.

(34) Cfr. ASSONIME, *Consultazione*, cit., p. 5 s., secondo la quale sarebbe opportuno un intervento a correzione dell'attuale disciplina, soprattutto con riguardo alla facoltà per i soci di restare nell'anonimato, le cui osservazioni sono riproposte anche nel parere approvato dalle Commissioni II e VI riunite del Senato.

tazione, ha chiesto agli interessati se fossero d'accordo sulla necessità di un meccanismo europeo, tecnico e/o giuridico, volto a consentire agli emittenti di identificare i propri azionisti, così da facilitare il dialogo tra i medesimi in materia di governo societario, e se un simile meccanismo potesse favorire la cooperazione tra investitori⁽³⁵⁾, ricevendone in netta prevalenza una risposta affermativa. Precisamente, la gran parte di coloro che hanno risposto al quesito condividono l'opinione che sia necessaria l'introduzione di un meccanismo a livello europeo, sebbene siano emerse divergenze tra gli stessi circa il modo e la soluzione migliore per procedere in siffatta direzione⁽³⁶⁾. In particolare, opinioni differenti sono state espresse con riguardo alla circostanza se l'identificazione debba essere resa accessibile alla sola società o anche agli altri azionisti, mentre una certa concordanza emerge relativamente alla necessità che gli Stati membri siano tenuti al reciproco riconoscimento degli attuali meccanismi nazionali di identificazione degli azionisti.

La Commissione europea, preso atto che gli strumenti esistenti non sono sufficientemente precisi o sono privi della necessaria dimensione transfrontaliera e che maggiori informazioni sull'identità dei possessori delle azioni di società quotate possono migliorare il dialogo in materia di *corporate governance* tra la società e i suoi azionisti, ha inserito nel proprio Piano d'azione la proposizione, nel corso del 2013 (nel quadro del suo programma di lavoro nel settore dei valori mobiliari), di un'iniziativa legislativa per migliorare la visibilità delle partecipazioni azionarie in Europa⁽³⁷⁾.

Per concludere, e in attesa di conoscere i dettagli dell'iniziativa dell'Unione europea, è interessante segnalare che da una recente indagine promossa da Assonime sull'effettiva utilizzazione, nel territorio nazionale, dell'istituto della identificazione degli azionisti, emerge la scarsa tendenza ad avvalersi delle potenzialità offerte dalla disciplina legislativa, dovuta, probabilmente, alle zone d'ombra e di incertezza che ancora la caratterizzano⁽³⁸⁾.

(35) V. Libro verde del 2011, par. 2.6.

(36) V. EUROPEAN COMMISSION, *Feedback Statement. Summary of Responses to the Commission Green Paper on the EU Corporate Governance Framework*, 15 November 2011, consultabile su http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2011/corporate-governance-framework_en.htm, *sub question 20*, nel quale sono riassunte le soluzioni proposte dai soggetti interessati.

(37) V. Piano d'azione del 2012, par. 2.3.

(38) Oltre a quanto già accennato nel testo, un ulteriore limite dell'attuale disciplina della *shareholder identification* si ravvisa nella mancanza di una disposizione comunitaria cogente, che imponga agli intermediari esteri di collaborare nell'identificazione degli azionisti. V. ASSONIME, *Le assemblee*, cit., p. 68.

7. Le (ulteriori) sollecitazioni provenienti dall'ordinamento dell'Unione Europea

Oltre a quanto si è detto, nel precedente paragrafo, in merito alla *shareholder identification*, il legislatore italiano, in sede di decreto correttivo, non ha affrontato altre questioni di rilievo in materia di diritti degli azionisti, che sono, invece, oggetto dell'attuale dibattito a livello europeo internazionale. Di talune di esse si è espressamente occupata la Commissione in sede di preparazione e redazione dell'*Action Plan*; altre, dalla medesima parimenti trascurate, sono state recentemente riportate al centro del dibattito dagli operatori (*practitioners* ed *experts*).

Trattasi in ogni caso di profili che meritano, senza alcuna pretesa di completezza o di esaustività date le finalità del presente scritto (v. *supra*, par. 1), almeno qualche cenno di approfondimento.

Una prima questione è quella relativa ai consulenti in materia di voto (*proxy advisors*), il cui ruolo nell'*equity chain* è, secondo un'opinione condivisa, importante specie per gli investitori (istituzionali) stranieri, i quali tendono a fare maggiore ricorso ai loro servizi e maggiore affidamento sui loro consigli di voto (soprattutto se detentori di portafogli titoli estremamente diversificati, che rendono difficile valutare in dettaglio come votare sui punti iscritti all'ordine del giorno delle varie assemblee)⁽³⁹⁾. Detti consulenti, quindi, esercitano - *recte*: sono nella condizione di esercitare - un'influenza notevole sul voto nelle assemblee generali delle società quotate. Nonostante questo, ad oggi l'attività dei *proxy advisors*, che si sta gradualmente diffondendo in Europa e ha assunto negli ultimi anni un'importanza crescente, non è oggetto di regolamentazione, né a livello comunitario, né a livello di Unione europea - e, per quanto riguarda il nostro ordinamento, scarsa è pure l'utilizzazione di tale figura⁽⁴⁰⁾-.

Uno dei maggiori problemi evidenziati con riguardo alla predetta attività è proprio l'assenza di regole e di trasparenza circa i metodi utilizzati per preparare le consulenze in materia di voto, oltre al frequente rischio dell'insorgenza di conflitti di interesse (per il fatto che gli stessi *proxy advisors* operino anche in qualità di consulenti in materia di governo societario per le società partecipate o forniscano consigli di voto relativamente a risoluzioni proposte da uno dei propri clienti)⁽⁴¹⁾. La

(39) Cfr. tanto il Libro verde del 2011 (par. 2.5), quanto il Piano d'azione della Commissione europea del 2012 (par. 3.3).

(40) V. quanto rilevato da CONSOB, *Le linee di azione della Commissione europea*, cit., p. 87.

(41) Tali criticità sono state ampiamente evidenziate nel Libro verde del 2011 (par. 2.5) e nelle risposte alla consultazione avviata con il medesimo (v. EUROPEAN COMMISSION, *Feedback Statement*, cit., *sub question* 18), ove più di ¾ dei rispondenti al quesito si sono

manca di trasparenza, in particolare, contribuisce ad inficiare l'accuratezza e l'affidabilità delle consultazioni rese. Infine, l'indice è stato puntato anche sulla mancanza di concorrenza del settore, che potrebbe ripercuotersi sulla qualità e adeguatezza rispetto alle esigenze degli investitori delle consulenze medesime⁽⁴²⁾.

Alla luce di quanto sopra, la Commissione ha affermato nel proprio *Action Plan*⁽⁴³⁾ che procederà a valutare l'opportunità di un'iniziativa, da assumere nel corso del 2013, eventualmente in sede di revisione della Direttiva 2007/36/CE, al fine di migliorare le discipline relative alla trasparenza e ai conflitti di interesse applicabili ai consulenti in materia di voto. La stessa sembra inoltre intenzionata a dare rilievo, in detta valutazione, ai risultati dell'analisi e della consultazione, avviata dall'ESMA (*European Securities and Markets Authority*) nel marzo del 2012 e conclusasi nel giugno dello stesso anno, e riassunti in un *final report* avente ad oggetto il ruolo dell'industria dei *proxy advisors*⁽⁴⁴⁾.

Altra questione centrale sulla quale la Commissione europea si è ampiamente soffermata nell'ambito del più ampio tema dell'impegno attivo degli azionisti riguarda la trasparenza delle politiche di voto adottate dagli investitori istituzionali (e, più in generale, da ogni *asset manager* o gestore degli attivi); questione che, oltretutto, sembra destinata a suscitare un crescente interesse anche nel nostro ordinamento – il quale, diversamente da altri Paesi europei, non contempla alcuna specifica regolamentazione in materia⁽⁴⁵⁾ – alla luce dell'incremento della partecipazione degli investitori istituzio-

espressi in favore della previsione, a livello europeo, di maggiore trasparenza dell'attività dei consulenti in materia di voto.

(42) Ulteriori criticità sull'industria ed attività dei *proxy advisors* sono state evidenziate da EUROPEAN COMMISSION, *Summary of the Informal Discussions Concerning the Initiative on Shareholder Engagement*, cit., p. 5.

(43) V. Piano d'azione del 2012, par. 3.3.

(44) EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY, *Final Report. Feedback statement on the consultation regarding the role of the proxy advisory industry*, 19 February 2013, ESMA/2013/84, consultabile all'indirizzo <http://www.esma.europa.eu/system/files/2013-84.pdf>. Detta Autorità, alla luce degli *inputs* e dei contributi ricevuti, ritiene che l'approccio appropriato, allo stato, sia quello di incoraggiare l'industria dei *proxy advisors* a sviluppare un proprio codice di condotta e ha proposto una serie di principi volti a fungere da guida nella redazione del codice. All'ESMA *Final Report* è seguita l'elaborazione, da parte del *Best Practice Principles Group* (che riunisce i rappresentanti delle principali industrie del settore), di una serie di principi di *best practices* da applicare nello svolgimento di alcuni servizi di consulenza. Sul relativo documento è stata lanciata, lo scorso 28 ottobre, una consultazione pubblica conclusasi il 20 dicembre 2013; la versione definitiva di detti principi è stata pubblicata in marzo 2014.

(45) Cfr. CONSOB, *Le linee di azione della Commissione europea*, cit., p. 80 s., testo e nt. 202.

nali in assemblea in conseguenza del recepimento del meccanismo della *record date*.

La conclusione cui la Commissione è giunta, sulla scorta delle risultanze delle consultazioni promosse con i *Green Papers* del 2010 e del 2011, è che la divulgazione di informazioni sulle politiche di voto e di impegno attivo degli investitori istituzionali nelle società partecipate possa facilitare il dialogo tra gli investitori e le società, avere un impatto positivo sulla consapevolezza degli investitori stessi, consentire agli investitori ultimi di ottimizzare le proprie decisioni di investimento⁽⁴⁶⁾. Per questi motivi, e alla luce del suo obiettivo generale di coinvolgimento attivo degli azionisti, la Commissione intende proporre, sempre nel 2013, eventualmente modificando la Direttiva 2007/36/CE, un'iniziativa sulla divulgazione delle predette informazioni, nonché dei dati relativi al voto degli investitori istituzionali.

L'ultima questione degna di nota, legata ai temi affrontati nel presente scritto, e sulla quale nessun intervento è stato parimenti operato dal d.lgs. n. 91/2012, riguarda l'esercizio con mezzi elettronici del diritto di voto.

Al riguardo, si rammenta che il precedente d.lgs. n. 27/2010 aveva modificato l'art. 2370 c.c. al fine di prevedere, in conformità al dettato dell'art. 8 della Direttiva 2007/36/CE, che lo statuto delle società potesse consentire l'intervento in assemblea mediante mezzi di telecomunicazione ovvero l'espressione del voto per corrispondenza o in via elettronica.

L'espressa previsione di un possibile utilizzo di strumenti elettronici ai fini della partecipazione assembleare dovrebbe favorire soprattutto l'esercizio transfrontaliero del diritto di voto e, quindi, l'interazione della società con il proprio azionariato *cross-border*. Come ben emerge, infatti, dalla stessa Direttiva 2007/36/CE, «[p]ercentuali significative di azioni delle società quotate sono detenute da azionisti che non risiedono nello Stato membro nel quale la società ha la propria sede legale. Gli azionisti non residenti dovrebbero essere in grado di esercitare i loro diritti in relazione all'assemblea con la stessa facilità degli azionisti che risiedono nello Stato membro nel quale la società ha la sede legale. Questo comporta la necessità di eliminare gli ostacoli che impediscono attualmente agli azionisti non residenti di avere accesso alle informazioni rilevanti per l'assemblea e di esercitare i diritti di voto senza intervenire fisicamente all'assemblea» (v. il 5° considerando della Direttiva).

Nonostante la centralità delle connesse questioni dell'*electronic voting* e del *cross-border voting*, nulla si legge al riguardo nell'*Action*

(46) V. Piano d'azione del 2012, par. 2.4.

Plan del 2012⁽⁴⁷⁾. La ragione è probabilmente da ravvisare nel fatto che la Commissione si proponeva di esaminare il problema nel contesto dei lavori sull'armonizzazione della normativa in materia di strumenti finanziari. Merita, comunque, di essere segnalato che operatori ed esperti lamentano la permanenza, tuttora, di ostacoli di carattere giuridico o finanziario all'esercizio transfrontaliero del diritto di voto e di inefficienze, quanto all'effettivo funzionamento del voto elettronico, in alcuni Stati membri, tali da limitarne le potenzialità, e ribadiscono la necessità che tali barriere siano (effettivamente) rimosse⁽⁴⁸⁾.

8. Qualche considerazione conclusiva

Dal generale quadro sopra tratteggiato, volto essenzialmente a dar conto della recente evoluzione normativa in materia di diritti degli azionisti, emerge con evidenza la centralità dell'argomento nell'ambito del dibattito sulle migliori prassi di governo societario. È infatti ampiamente diffusa, tra gli operatori, la convinzione che il riconoscimento effettivo dei diritti degli azionisti costituisca un prerequisito "chiave" per il loro coinvolgimento e la loro partecipazione attiva nelle società con azioni quotate: lungo questa direttrice si muove la stessa Commissione europea, che ha più volte ribadito detto concetto e la necessità di darvi adeguato rilievo ai fini della modernizzazione e del miglioramento delle regole di *corporate governance*.

Tuttavia, quantomeno a livello nazionale, se alcuni istituti introdotti negli ultimi anni e volti, in linea generale, a rafforzare le prerogative degli azionisti hanno prodotto esiti positivi – ci si riferisce, in primo luogo, all'adozione del meccanismo della *record date*, il quale ha incentivato e

(47) Cfr. Libro Verde del 2011 (al par 2.4.2), nel quale si sottolinea che la Direttiva 2007/36/CE ha contribuito sensibilmente a migliorare la situazione con riguardo all'esercizio transfrontaliero del diritto di voto e che, per quanto concerne le difficoltà che ancora permangono – si pensi, in particolare, al problema della circolazione *effettiva* di informazioni pertinenti tra emittente e azionista –, la Commissione è al corrente delle difficoltà ed esaminerà il problema nel contesto dei lavori sull'armonizzazione della normativa in materia di strumenti finanziari. V., inoltre, le raccomandazioni del *Reflection Group* (nel suo *Report of the Reflection Group*, cit., p. 50), secondo cui agli emittenti dovrebbe essere richiesto di garantire ai propri azionisti la possibilità di votare elettronicamente, organizzando efficienti sistemi di votazione (ad eccezione delle società quotate più piccole, alle quali dovrebbe essere consentito di avvalersi di una clausola di *opt-out*).

(48) EUROPEAN COMMISSION, *Summary of the Informal Discussions Concerning the Initiative on Shareholder Engagement*, cit., p. 6.

favorito la presenza di investitori istituzionali, soprattutto stranieri⁽⁴⁹⁾, nelle assemblee⁽⁵⁰⁾, o all'esercizio del diritto di porre domande prima dell'assemblea (seppure, in tale ultimo caso, per ragioni a volte pretestuose, di mero disturbo)⁽⁵¹⁾ -, ben maggiori sono gli istituti o strumenti che hanno avuto poco o scarso successo, non essendosene gli azionisti avvalsi. Si pensi, in particolare, alla facoltà di prevedere statutariamente una maggiorazione del dividendo, alla previsione (statutaria) e all'esercizio della facoltà di identificazione degli azionisti, all'utilizzo del voto elettronico e alla partecipazione in assemblea mediante mezzi di telecomunicazione, nonché all'esercizio del diritto di chiedere l'integrazione dell'ordine del giorno⁽⁵²⁾.

In taluni casi la scarsa utilizzazione di certi istituti sembra dettata da criticità e lacune delle rispettive discipline e/o da incertezze quanto ai costi delle relative procedure, sebbene gli sforzi fatti dal legislatore del 2012, (anche) sulla base dei rilievi sollevati dalla comunità scientifica e dal mondo imprenditoriale con riguardo alle disposizioni introdotte dal d.lgs. n. 27/2010, meritino complessivamente apprezzamento. In altri casi, però, detta scarsa utilizzazione potrebbe plausibilmente suggerire un ripensamento degli istituti stessi - o meglio di alcuni di essi - per valutare, ad esempio, la possibilità, già autorevolmente adombrata⁽⁵³⁾, di limitarne l'esercizio a minoranze qualificate, anche al fine di evitare un uso distorto e improprio di certi strumenti.

Un "ripensamento" dell'attuale disciplina legislativa - certamente opportuno - dovrebbe comunque porsi nel solco tracciato dalle principali linee di intervento suggerite a livello di Unione europea, non solo affrontando problematiche che, seppur (ancora) poco significative a livello nazionale, sono quanto mai attuali nel contesto europeo, ma anche affrontandole alla luce dei tanti rilievi e sollecitazioni ivi emersi. Da questo punto di vista, un'attenzione particolare dovrebbe essere posta sulla figura e, soprattutto, sul ruolo dei *proxy advisors*, di cui la crescente partecipazione degli investitori istituzionali alle assemblee delle società quotate ha fatto emergere l'importanza.

(49) Il dato emerge da LINCIANO, CIAVARELLA, NOVEMBRE, SIGNORETTI, *Rapporto 2013 sulla corporate governance delle società quotate italiane*, 18 novembre 2013, p. 20 s.

(50) V. ASSONIME, *Le assemblee delle società quotate*, cit., p. 4, testo e nt. 3, e p. 73.

(51) *Ivi*, p. 38 s.

(52) *Ivi*, rispettivamente a pp. 71, 66 s., 43 s., 26.

(53) V. MONTALENTI, *op. cit.*, p. 686 s., secondo il quale, in un sistema progressivamente orientato alla costruzione di diritti dei soci correlati al possesso azionario qualificato, non sarebbe affatto incongruo o contrario ai principi rapportare alla percentuale della partecipazione anche il diritto di informazione e, soprattutto, di intervento in assemblea.

Abstract

At the beginning of 2010 the Italian Parliament adopted legislative decree No. 27/2010, containing provisions on shareholder voting rights. This legislative decree, which amended some articles of the Italian Consolidated Law on Finance (hereinafter CLF), was adopted to comply with Directive 2007/36/EC on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies. In 2012, the Italian Legislator introduced significant amendments to the abovementioned provisions for improving the domestic legislation and eliminating the previous inefficiencies. The article provides, on the one hand, a brief overview of the new sections of the CLF regarding shareholder rights, on the other hand some hints on the future EU initiatives and proposals in this key area of corporate law.

La pluralità di proposte nel concordato fallimentare

Mauro Pizzigati

Docente di Diritto fallimentare nell'Università Ca' Foscari Venezia

Come è noto, l'art. 124 l.fall. dispone che la proposta di concordato, oltre che dal fallito (o da società cui esso partecipi o sottoposta a comune controllo) possa essere presentata da uno o più creditori o da un terzo.

È sostanzialmente sulla scorta di tale norma che è possibile affermare che, a seguito dell'introduzione della riforma della legge fallimentare, è oggi possibile una pluralità di proposte in tema di concordato fallimentare (provenienti dal fallito o da terzi) rispetto alla precedente disciplina, nel cui ambito la domanda di concordato poteva, invece, essere presentata solo dal fallito.

Ma, parlare di proposte plurime nel concordato fallimentare⁽¹⁾ significa parlare, contestualmente, di aste competitive nell'ambito di siffatto concordato ed allora si deve osservare che, per risolvere tutta una serie di incertezze interpretative e applicative, sorte con riferimento a questi argomenti, il legislatore, successivamente alla riforma, è intervenuto con delle modifiche (che, tra l'altro, hanno avuto la funzione di elevare a rango normativo anche alcune delle prassi già consolidate in giurisprudenza e recependo, talora, anche delle soluzioni dottrinali) e, in questo modo, ha reso più agevole l'applicazione dell'istituto.

In che cosa consistono questi mutamenti normativi?

Innanzitutto l'art. 9 d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169 ha eliminato quella disposizione⁽²⁾ che prevedeva che le proposte dovessero essere portate in votazione contemporaneamente, anche se debbo dire (e non sono l'unico) che questo mutamento non solo non ha risolto, del tutto, i dubbi

(1) In via generale, sul tema in oggetto, v. soprattutto P. FARINA, *Il concorso tra più domande di concordato fallimentare*, in *Dir: fall.*, 2010, p. 199 ss.; A. CAIAFA, *Le nuove disposizioni in materia di proposta di concordato fallimentare*, in *Dir: fall.*, 2010, p. 211 ss.; L. PANZANI, *La disciplina del concordato fallimentare nel caso di pluralità delle proposte*, in *Fall.*, 2009, p. 69 ss.

(2) Trattasi dell'ultima parte dell'art. 125, co. 3, l.fall.

pregressi ma, addirittura, ha lasciato spazio ad una diversa chiave di lettura (che parte della dottrina ha affermato essere corretta), secondo cui l'eliminazione di questa disposizione avrebbe sostanzialmente inteso favorire quell'interpretazione che sosteneva che la proposta presentata per prima (una volta conseguita l'approvazione dei creditori) preclude altre proposte⁽³⁾.

L'altro mutamento è quello di cui all'art. 61, l. 18 giugno 2009, n. 69, in tema di sviluppo economico, semplificazione e competitività.

Questa disposizione si occupa di una modifica della legge fallimentare volta a tentare di superare alcuni dubbi connessi alla (ancora) incerta interpretazione, in ordine all'ipotesi che sussistano proposte plurime di concordato.

Sostanzialmente le modifiche riguardano gli artt. 125 e 128 della legge fallimentare⁽⁴⁾.

L'art. 125, co. 2, prevede ora che, ove vi siano più proposte di concordato o ne sopraggiunga una nuova, sta al comitato dei creditori decidere quale sia quella da presentare ai creditori per l'approvazione, sempre che il giudice delegato non abbia già provveduto a disporre la comunicazione della precedente proposta ai creditori stessi.

La norma, poi, dispone ulteriormente che, se vi è la richiesta del curatore, il giudice delegato può ordinare la comunicazione ai creditori di una o più altre proposte, tra quelle non scelte dal comitato dei creditori, nel caso in cui esse siano ritenute parimenti convenienti.

Ed ancora - qui a modifica non dell'art. 125, ma dell'art. 128 (in materia, cioè, di approvazione della proposta) - viene previsto che, se il giudice delegato ha ammesso al voto più proposte di concordato, si deve considerare come approvata la proposta che abbia ottenuto più consensi e, in caso di parità di voti, la proposta presentata per prima, come la prassi giurisprudenziale e una parte della dottrina avevano, per la verità, già affermato in precedenza⁽⁵⁾.

(3) Cfr., sull'argomento, G. MINUTOLI, *Vincolatività del parere negativo nel concordato fallimentare e controllo giurisdizionale*, in *Fall.*, 2008, p. 216; A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2009, p. 285; L. PANZANI, *op. cit.*, p. 70 ss; *Fallimento e concordati*, a cura di Celentano e Forgillo, Torino, 2008, p. 1050; S. SANZO, *L'approvazione del concordato fallimentare*, in *Il concordato fallimentare*, a cura di De Marchi, Bologna, 2008, p. 183 s.; P. VALENSISE, *Il procedimento di presentazione della proposta di concordato fallimentare*, in *Il concordato fallimentare*, cit., p. 108; V. ZANICHELLI, *Il concordato fallimentare*, in *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d. lg. 12 settembre 2007*, n. 169, Torino, 2008, p. 362.

(4) Cfr. su queste modifiche normative, in particolare, A. CAIAFA, *loc. cit.*; P. FARINA, *loc. cit.*; G. TARZIA, *Le norme integrative degli artt. 125 e 128 l. fall.*, in *Fall.*, 2009, p. 914 ss.

(5) Così P. FARINA, *op. cit.*, p. 206.

Vorrei, a questo punto, fare alcune rapide considerazioni su queste modifiche.

Innanzitutto, nonostante l'eliminazione della disposizione originaria, che prevedeva la possibilità della contemporanea votazione su più proposte, credo che questo possa essere, ancora oggi, tranquillamente ammesso⁽⁶⁾.

La seconda considerazione è che, per ciò che riguarda l'ultima parte dell'art. 125, co. 2, l.fall., in tema di poteri del comitato dei creditori, credo che siano condivisibili le perplessità da altri espresse, là ove si è sostenuto che tale soluzione del legislatore non appare del tutto congrua⁽⁷⁾.

Si deve riflettere, infatti, che la composizione del comitato dei creditori non rappresenta, spesso, quella della maggioranza dei creditori e non rappresenta sempre gli interessi di quest'ultima, per cui la volontà del comitato dei creditori potrebbe, in qualche maniera, confliggere con quella della maggioranza del ceto creditorio⁽⁸⁾.

La terza considerazione che vorrei fare è che, anche se la legge non prevede l'obbligatorietà della motivazione del parere formulato dal comitato dei creditori, si deve ritenere che, su tutte le proposte di concordato che vengono presentate, il comitato dei creditori debba motivare (e, aggiungerei, adeguatamente) le ragioni per cui una proposta viene considerata dallo stesso più conveniente rispetto alle altre ⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾.

(6) Nel senso del testo, A. CAIAFA, *loc. cit.*; P. FARINA, *loc. cit.*; M. FABIANI, *La competizione fra più proposte di concordato fallimentare*, in *Fall.*, 2009, p. 351; N. NISIVOCCIA, *Il nuovo concordato fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 983; S. BONFATTI, P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007, p. 372; Id., *Le procedure diverse dal fallimento nel decreto correttivo*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 112 s.; L. GUGLIELMUCCI, in *Codice commentato del fallimento*, Milano, 2008, sub artt. 124-141, p. 1235; G. MINUTOLI, *op. cit.*, p. 216 e, in giurisprudenza, Trib. Milano, 13 ottobre 2008 (decr.), in *Fall.*, 2009, p. 342 ss.; Trib. Roma, 21 novembre 2007 (decr.), in *Fall.*, 2008, p. 245 (solo massima); *contra*, P. PAJARDI, A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 695; F. GUERRERA, *Aspetti problematici della nuova disciplina del concordato fallimentare*, in *Fall.*, 2008, p. 1083; C.I. RISOLO, *La novella sul concordato fallimentare: la prospettiva del legislatore ed i risvolti applicativi*, in *Fall.*, 2009, p. 919; S. AMBROSINI, *Il concordato fallimentare*, in S. Ambrosini, G. Cavalli, A. Iorio, *Il Fallimento*, in *Tratt. dir. comm.*, a cura di G. Cottino, Torino, 2008, XI, II, p. 718; P. VALENSISE, *op. cit.*, p. 108; S. PACCHI, *Il concordato fallimentare*, Collana diretta da L. Panzani, p. 48.

(7) Sul punto, conformemente a quanto esposto nel testo, M. FABIANI, *op. cit.*, p. 351 s.; S. SANZO, *op. cit.*, p. 184; P. FARINA, *loc. cit.*; *contra*, in senso favorevole alla modifica normativa, F. GUERRERA, *Il concordato fallimentare nella riforma: novità, problemi, prospettive, anche alla luce del decreto correttivo*, in *Dir. fall.*, 2007, p. 827; L. PANZANI, *op. cit.*, p. 73.

(8) Così, in particolare, S. AMBROSINI, *op. cit.*, p. 713 s.

(9) Cfr. P. FARINA, *op. cit.*, p. 208.

(10) Nell'ipotesi di omessa od insufficiente motivazione, è da ritenere che sia reclamabile,

In ordine alla “nuova” versione dell’art. 125, co. 2, l.fall., occorre, poi, porre in luce che viene attribuita al curatore la facoltà di richiedere al giudice delegato di decidere se porre in votazione anche altre proposte, ritenute parimenti convenienti.

Questa previsione normativa è destinata, come già da altri è stato correttamente sottolineato, a bilanciare la circostanza che la valutazione preventiva (tendenzialmente vincolante) sulla convenienza di una proposta deve essere affidata, appunto, in via esclusiva al comitato dei creditori.

Peraltro siffatto bilanciamento, che si fonda sulla possibilità, per il curatore, di richiedere (come si è detto) l’intervento del giudice delegato, ha destato in qualche interprete la preoccupazione che possa essere, così, attribuito a quest’ultimo un potere officioso, andando in direzione diversa e, anzi, opposta rispetto a quella che è la linea della legge fallimentare, volta (come è noto) ad eliminare, perlomeno il più possibile, il potere officioso⁽¹¹⁾.

Ora mi sembra, francamente, che tale preoccupazione non sia del tutto condivisibile.

Anzitutto perché l’intervento del giudice delegato è possibile solo quando sia il curatore a richiederlo.

Inoltre, anche se al giudice delegato fosse stato attribuito un potere diretto (senza, cioè, la necessità - come è - di una previa richiesta del curatore) neppure questo, in ogni caso, avrebbe potuto determinare una reale influenza “officiosa”, ove si consideri che, alla fine, sono sempre e solo i creditori a decidere, con le maggioranze prescritte, quale sia la proposta da approvare⁽¹²⁾.

Certo è che, nel momento in cui il giudice delegato viene coinvolto in questo ruolo “suppletivo”, una decisione di merito sicuramente la può assumere e, quindi, sotto questo profilo il potere riconosciuto gli può avere un significato non indifferente, seppure da inquadrare nel contesto e con i limiti testé delineati.

Analoghe osservazioni possono essere svolte in ordine al fatto che l’art. 125 novellato richiama, come applicabile, l’art. 41, co. 4, l.fall.

Pure qui, infatti, viene riconosciuto al giudice delegato un ruolo “suppletivo”, nel senso che egli è chiamato a provvedere sulla pluralità di

ex art. 26 l.fall., il decreto con il quale il giudice delegato abbia disposto la comunicazione ai creditori della proposta reputata più conveniente: così, in giurisprudenza, Trib. Milano, 13 ottobre 2008 (decr.), *loc. cit.*

(11) Cfr., in questo senso, P. FARINA, *loc. cit.*

(12) V., con questa impostazione, C.I. RISOLO, *op. cit.*, p. 920 s.; P. FARINA, *loc. cit.*

Per un approfondimento, in generale, del ruolo del giudice nel concordato fallimentare post - riforma, cfr. N. NISIVOCCIA, *I poteri dell’autorità giudiziaria nel nuovo concordato fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 716.

proposte, in caso di inerzia o di impossibilità di funzionamento del comitato dei creditori, ovvero in caso di urgenza, ma l'intervento in questione, anche in questa ipotesi, è possibile solo se vi sia la richiesta del curatore o del presidente del comitato o di qualunque altro interessato⁽¹³⁾.

Passando, ora, all'ipotesi in cui tutte le proposte di concordato presentate siano risultate approvate, è da rilevare che il "nuovo" quarto comma dell'art. 128 l.fall. (che rappresenta, cioè, quel secondo mutamento normativo cui facevo riferimento all'inizio) si basa, ai fini della scelta da operare, sul criterio della prevalenza della proposta che abbia riportato il maggior numero di consensi – io, direi, il minor numero di dissensi, più correttamente – e, in caso di parità, fa ricorso al criterio della prevenzione temporale, con conseguente prevalenza della domanda presentata per prima, come in dottrina già si è detto⁽¹⁴⁾.

Si discute, tuttora, se tale ultima scelta sia corretta ed io opterei, in verità, per una condivisione della stessa, così come operata dal legislatore, tenendo conto che chi ha presentato, per primo, la proposta di concordato è quello che si è esposto di più, consentendo a chi viene dopo di poter prendere la stessa a modello e di ragionare sulla base del contenuto della medesima, per formulare poi, a sua volta, la sua successiva proposta⁽¹⁵⁾.

Mi sembra dunque che, sotto questo aspetto, debba essere all'evidenza preferito – a parità, ovviamente, di condizioni – chi ha proposto per primo la proposta.

Del resto, questa previsione ha anche un effetto di accelerazione sulla procedura⁽¹⁶⁾.

Non dobbiamo dimenticare, sul punto, che uno degli obiettivi della riforma della legge fallimentare è stato anche quello di favorire una conclusione, in termini di "ragionevole" durata, del processo fallimentare e si sa che lo Stato italiano è, tuttora, quello più condannato, all'interno della UE, per ciò che concerne l'attuale "irragionevole" durata dello stesso.

(13) V., in tema, G. MINUTOLI, *Commento all'art. 41*, in M. FERRO, *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, 2007, p. 310; G. CAVALLI, *Gli organi del fallimento*, in S. Ambrosini, G. Cavalli, A. Iorio, *Il fallimento, cit.*, p. 286 ss.; A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *op. cit.*, p. 117; A. PENTA, *Il comitato dei creditori*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di G. Fauceglia, L. Panzani, Torino, 2009, p. 376; G. SCHIAVON, *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di A. Iorio, coordinato da M. Fabiani, Torino, 2006, sub artt. 40-41, p. 680; N. ROCCO di TORREPADULA, *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli, Torino 2006, sub. art. 40-41, p. 272 ss.

(14) Con questa precisa impostazione, P. FARINA, *op. cit.*, p. 210.

(15) Su questo punto cfr., in particolare, M. FABIANI, *op. cit.*, p. 353; C.I. RISOLO, *op. cit.*, p. 922.

(16) Così anche E. BERTACCHINI, *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro e M. Sandulli, II, sub artt. 104-215, p. 767; P. FARINA, *op. cit.*, p. 210.

Sotto questo profilo, dunque, l'effetto acceleratorio - definiamolo così - che ho testé ricordato, appare sicuramente come un ulteriore strumento che può consentire la realizzazione di un giusto processo fallimentare, posto che - come è ben noto - il concordato fallimentare è un modo di chiusura del fallimento.

Vorrei, giunto alla fine, segnalare una sentenza della Corte di legittimità⁽¹⁷⁾, che, abbastanza di recente, si è posta il problema - in tema di plurime proposte di concordato fallimentare - di che cosa accada quando viene a verificarsi - ovviamente nel rispetto delle regole - una contrapposizione fra la proposta di terzi rispetto a quella eventualmente presentata dal fallito.

Nel rispetto delle regole - ho sottolineato - perché, come si sa, il fallito può presentare una proposta di concordato solo dopo decorso un anno dalla dichiarazione di fallimento ed entro due anni dal decreto di esecutività dello stato passivo, cosicché la ricordata contrapposizione non può che essere riferita a questo arco temporale.

Orbene: ferma questa doverosa precisazione si è discusso se, a parità di condizioni, debba essere preferita (o meno) la proposta dal fallito rispetto a quella di terzi.

La Corte di Cassazione, con la sentenza indicata, ha affermato che deve essere preferita, in questo caso, la proposta del fallito, ponendo in luce che, poiché quest'ultimo sostanzialmente «*certat de damno vitando*», mentre i terzi «*certant de lucro captando*» (così, letteralmente, nella motivazione della sentenza), appare giusto e corretto che, ad effettiva parità di condizioni, debba essere data priorità alla proposta del fallito.

E se, in ipotesi, in sede di omologazione, il Tribunale fallimentare, investito di ciò, dovesse preferire la proposta del terzo, tale scelta deve essere, allora, adeguatamente e convenientemente motivata, perché, in caso contrario, essa sarebbe da ritenersi illegittima.

Finisco ricordando ancora, come ho detto all'inizio, che siamo partiti da una situazione di prassi, spesso diffuse e consolidate, la cui portata si è poi ridotta, a seguito degli interventi normativi cui ho fatto riferimento.

D'altronde non dobbiamo dimenticare che la prassi è una fonte solo suppletiva ed integrativa e, quindi, è bene che la stessa sia stata, così, ristretta entro ambiti più accettabili.

Il bilancio di siffatti interventi è dunque positivo, anche perché, sicuramente, il fatto di avere più proposte di concordato, a seguito dell'intervenuto ampliamento della legittimazione, consente di creare una competitività e una concorrenza che favoriscono, senz'altro, la possibilità che il ceto creditorio sia soddisfatto in modo migliore.

(17) Cass., 12 febbraio 2010, n. 3327, in *Guida dir.*, 2010, n. 15, p. 62.

Questi interventi, inoltre, sul piano delle prospettive, credo che consentano di ipotizzare che vi potranno essere delle applicazioni più certe e meno diversificate - come avveniva prima di questi mutamenti - anche se io appartengo alla schiera di coloro che pensano che il confronto e il dibattito fra diverse soluzioni interpretative siano ... il sale del diritto.

Abstract

Bankruptcy - Arrangement with creditors - Plurality of proposals: problems.

La disciplina italiana in tema di gestione delle crisi delle banche e degli intermediari finanziari

Anna Maria Antonietta Carriero
*Direttore principale, Area Vigilanza bancaria e finanziaria
della Banca d'Italia*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il modello italiano di gestione delle crisi. - 3. Le prassi operative nella gestione delle crisi di banche e intermediari finanziari. - 4. I sistemi di garanzia dei depositanti. - 5. La liquidazione dei fondi comuni di investimento: modifiche all'art. 57 t.u.f. - 6. La proposta di direttiva su *Banking Recovery and Resolution*.

1. Premessa

La disciplina in materia di crisi bancarie ⁽¹⁾ è stata costruita dal legislatore del Testo unico bancario sulle solide fondamenta della legge bancaria del '36/38 (r.d.l. 12 marzo 1936, n. 375), che già recava un *corpus organico* di disposizioni dedicate alle procedure speciali di gestione delle crisi bancarie (Titolo VII, artt. da 57 a 86-*bis*). Più in generale, la legge bancaria ha costituito per molti anni un *framework* di riferimento per la disciplina del sistema finanziario italiano, le cui doti di flessibilità e neutralità, anche in termini di pluralità di obiettivi perseguibili, sono state largamente apprezzate perché hanno consentito alla normativa una grande capacità di adattamento alle trasformazioni del mercato finanziario ⁽²⁾.

(1) Il testo riproduce, con le necessarie modifiche e sistematizzazioni, la lezione tenuta al Dottorato di ricerca «*Diritto, mercato e persona*» presso l'Università Ca' Foscari Venezia il 16 gennaio 2013. Le opinioni espresse nel testo riflettono esclusivamente il pensiero dell'Autore e non impegnano la responsabilità dell'Istituto di appartenenza. L'Autore intende ringraziare, in modo particolare, il dott. Dino Donato Abate per la collaborazione fornita nella preparazione delle *slide* utilizzate a corredo dell'intervento, nella rilettura critica dello scritto e nello svolgimento della diurna attività lavorativa.

(2) Tra i numerosi scritti dedicati alla legge bancaria del '36/38 si rinvia *ex multis* a SANGIORGIO, CAPRIGLIONE, *La legge bancaria: evoluzione normativa e orientamenti esegetici*, in *Quaderni di ricerca giuridica* della Consulenza Legale della Banca d'Italia, n. 7, Roma, 1986 e CARBONETTI, *I cinquant'anni della legge bancaria*, ivi, n. 10, Roma, 1986. Per

Negli anni successivi all'emanazione del Testo unico è emersa l'esigenza di dettare apposite disposizioni per le crisi che cominciavano a interessare gli intermediari diversi dalle banche (società di investimento mobiliare e società di gestione collettiva del risparmio), operanti nel settore dell'investimento in valori mobiliari. Nel 1998, con il riordino organico delle norme in tema di servizi di investimento e gestione collettiva del risparmio operato dal Testo unico della finanza, si è pervenuti anche in questo comparto di attività all'enucleazione di una disciplina speciale delle crisi ⁽³⁾, modellata sulla falsariga delle norme bancarie, che, sotto il profilo della tecnica legislativa, ha privilegiato la redazione di norme basilari corredate da ampi rinvii al t.u.b.

Affronterò il tema che mi è stato assegnato con un *focus* sulla tutela della "persona" nelle crisi bancarie, per rispettare il filo conduttore prescelto nel dottorato di ricerca in cui questa lezione di inserisce.

Nel delineare i tratti della legislazione nazionale e delle correnti prassi nella materia in questione, occorre considerare sullo sfondo le iniziative normative *in itinere* presso le istituzioni europee, dirette a realizzare un sistema unico di vigilanza (SSM, *Single Supervisory Mechanism*); esse riguarderanno, in una prima fase, la funzione di vigilanza, attraverso l'attribuzione alla BCE di compiti di controllo sulle banche dei paesi aderenti; tale fase è parte di un progetto più ampio di "unione bancaria" che comporterà l'istituzione di un sistema comune di risoluzione delle crisi bancarie e di sistemi comuni di garanzia dei depositi. È di chiara evidenza che l'attuazione del progetto, che dovrà contemplare, quale corollario, una stretta e continua cooperazione tra BCE e singole Autorità nazionali di Vigilanza, implicherà profondi cambiamenti nello svolgimento dell'attività di vigilanza, nelle competenze, nelle norme e nelle prassi in tema di gestione delle crisi. Occorre citare in proposito anche la proposta di Direttiva comunitaria in materia di *Banking Recovery e Resolution*, volta a introdurre regole e strumenti armonizzati per la soluzione delle crisi.

un'interpretazione del "singolare accostamento" tra istituti diversi (fusioni e crisi bancarie) nel Titolo VII della legge bancaria del '36/38 si veda A. PATRONI GRIFFI, in *La nuova legge bancaria*, a cura di Marilena Rispoli Farina, Milano, 1995, p. 265.

(3) Occorre ricordare, per dovere di precisione, che le Sim, soggette a fallimento ai sensi della l. n. 1/1991, erano state sottoposte alle disposizioni speciali in materia di crisi già ad opera del d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415 (c.d. decreto Eurosim).

2. Il modello italiano di gestione delle crisi

Il modello italiano di gestione delle crisi è senza dubbio peculiare, incentrato sul regime amministrativo delineato dal Testo unico bancario⁽⁴⁾, nell'ambito del quale spicca il ruolo penetrante della Vigilanza che, nella sua veste di autorità deputata anche alla *resolution*, è chiamata a esercitare compiti di direzione e coordinamento delle procedure. Le norme della legge fallimentare trovano applicazione alle liquidazioni coatte amministrative in quanto compatibili.

Un'altra caratteristica del modello italiano consiste nell'applicabilità di un regime delle crisi tendenzialmente omogeneo a tutti gli intermediari finanziari; con le debite varianti, gli istituti e le procedure fondamentali previsti dalla legge bancaria trovano applicazione a tutte le tipologie di intermediari (Banche, Sim, Sgr, istituti di pagamento). Un altro elemento essenziale che colora la peculiarità dell'ordinamento finanziario è costituito dall'introduzione di un'esplicita disciplina per la crisi del gruppo bancario.

2.a) Gli stakeholders

Per fornire un'idea onnicomprensiva della pletera di interessi coinvolti nel fenomeno delle crisi bancarie, ho elaborato una *slide* (cfr. fig. 1), nella quale sono poste in luce le categorie di soggetti coinvolti, a vario titolo, alle vicende di una crisi bancaria, i cc.dd. *stakeholders*⁽⁵⁾.

Nell'ipotesi di adozione della procedura di amministrazione straordinaria gli amministratori e i sindaci della banca sono colpiti direttamente dagli effetti del provvedimento. Il decreto ministeriale di commissariamento comporta, infatti, lo scioglimento degli organi di amministrazione e controllo della banca (art. 70, co. 1, t.u.b.). Anche nell'ipotesi in cui l'intermediario, a seguito del commissariamento, venga restituito alla gestione ordinaria (*in bonis*), si renderà necessario, per assicurare il presidio di una sana e prudente gestione, un ricambio negli organi di vertice, in modo da realizzare una discontinuità rispetto alla *governance* passata che si è resa responsabile di *mala gestio* o del deterioramento dei profili tecnici dell'azienda.

(4) Per un'analisi organica della materia si rinvia *ex plurimis* a COSTI, *L'ordinamento bancario*⁵, Bologna, 2012, pp. 800-901.

(5) Per una riflessione sull'ampia gamma di interessi in gioco nell'ipotesi in cui si verifichi una crisi bancaria, cfr. AA. Vv., *La crisi dell'impresa bancaria: profili economici e giuridici*, a cura di Boccuzzi, Milano, 1998, p. 57 ss.

Nell'ipotesi di assoggettamento della banca a liquidazione coatta amministrativa, misura di rigore più incisiva di quella della amministrazione straordinaria, le funzioni degli organi amministrativi e di controllo cessano del tutto (art. 80, co. 5) e l'intermediario viene liquidato ed espulso dal mercato bancario.

Per quanto attiene agli azionisti, va considerato che le loro prerogative, in corso di amministrazione straordinaria, sono in un certo senso affievolite, dal momento che i poteri dell'assemblea dei soci sono sospesi (art. 70, co. 2, t.u.b.); gli azionisti non sono peraltro espropriati dei loro diritti: l'assemblea, infatti, può essere convocata dal commissario, previa autorizzazione della Vigilanza, quando si tratti di deliberare sugli atti fondamentali che interessano la banca.

Viceversa, gli azionisti sono direttamente incisi dal provvedimento di liquidazione coatta amministrativa della banca, dal momento che, dalla data di emanazione del relativo decreto, cessano anche le funzioni dell'organo assembleare (art. 80, co. 5, t.u.b.); gli azionisti partecipano a eventuali riparti dell'attivo solo dopo il soddisfacimento di tutti i creditori, nel raro caso in cui si registri un avanzo di liquidazione.

Passiamo ora ad esaminare i possibili effetti dei provvedimenti di rigore sui lavoratori/ dipendenti addetti all'azienda. Nel caso di amministrazione straordinaria l'intermediario non viene necessariamente estromesso dal mercato, anzi, la finalità di tale procedura è proprio quella della restituzione dell'intermediario al mercato al termine dell'attività di regolarizzazione svolta dagli Organi straordinari. L'amministrazione straordinaria, infatti, di norma prelude a una riorganizzazione della banca oppure ad un'operazione di fusione con un altro intermediario che le consenta di tornare a una sana e prudente gestione, improntata al rispetto delle regole di vigilanza e a condizioni tecniche idonee. Non è detto, quindi, che i dipendenti siano intaccati dal provvedimento in esame; purtroppo però, quando l'azienda originaria sia caratterizzata da costi operativi eccessivi o non vi sia una corretta proporzione tra dipendenti e operatività/dimensioni dell'intermediario, il commissario straordinario, affiancato dal comitato di sorveglianza, dovrà porsi, tra l'altro, l'obiettivo di valutare l'incidenza dei costi operativi e, tra essi, dei costi del personale, sul funzionamento ottimale dell'azienda, al fine di restituirla all'ordinaria operatività in condizioni di efficienza. In questi casi non è escluso che si rendano necessarie soluzioni che comportano riflessi sulla compagine o sui costi del personale.

È evidente che, anche al di fuori dell'universo societario in senso stretto, all'esterno della società, sussiste un coacervo di interessi facenti capo ai creditori e ai debitori della banca. Tra i creditori vanno menzionati *in primis* i depositanti che, stando alle funzioni tipiche della vigilanza e agli

interessi tutelati dall'ordinamento in caso di crisi, sono quelli che più potrebbero risentire da un'evoluzione *in peius* delle vicende aziendali. Vi sono poi depositanti istituzionali, soprattutto quando le banche sono molto esposte sull'interbancario; in tali casi appare evidente il possibile "effetto domino" e il rischio di contagio che la crisi di un intermediario, anche se di proporzioni non rilevanti, può determinare a livello sistemico. Va infine considerata la categoria degli investitori, dal momento che le banche possono aver esercitato anche servizi di investimento; gli investitori, rispetto ai depositanti, vantano non un diritto di credito, ma un diritto alla restituzione degli strumenti finanziari di loro pertinenza.

Alla crisi di una banca possono essere, infine, interessati enti, Autorità pubbliche e altri organismi. Tra essi:

- l'Autorità Giudiziaria, soprattutto quando la crisi della banca sia stata determinata anche da irregolarità di rilevanza penale;
- la Vigilanza, deputata alla supervisione, al coordinamento e alla direzione della crisi;
- i sistemi di garanzia dei depositi il cui intervento, nella procedura di amministrazione straordinaria, è eventuale, mentre in quella di liquidazione coatta amministrativa è obbligatorio, quando si effettua nella forma del rimborso diretto dei depositanti.

2.b) Norme applicabili

Il Testo unico dispone che per le banche trovino applicazione le procedure speciali dell'amministrazione straordinaria e della liquidazione coatta amministrativa, in luogo delle ordinarie procedure concorsuali.

Vige, peraltro, il principio in base al quale, per quanto non espressamente previsto, per la liquidazione coatta amministrativa occorre fare riferimento, in quanto compatibili, alle disposizioni della legge fallimentare (art. 80, co. 6, t.u.b.). Da segnalare è l'esclusione, riferibile solo alle banche, dell'applicabilità dell'art. 2409 c.c. (art. 70, co. 7, t.u.b.); è previsto che l'organo di controllo o i soci, nei casi speculari a quelli che motivano la denuncia al tribunale, ai sensi del codice civile, possano denunciare i fatti alla Banca d'Italia, che decide con provvedimento motivato. Va, infine, menzionato l'art. 97-bis t.u.b., recante disposizioni di coordinamento tra la disciplina delle crisi bancarie e i precetti del d.lgs. n. 231/2001, in materia di responsabilità degli enti. Più in dettaglio le norme tendono ad assicurare il necessario raccordo tra le iniziative del pubblico ministero di iscrizione nel registro delle notizie di reato di un illecito amministrativo a carico di una banca e i poteri delle Autorità di vigilanza di settore; inoltre l'esecuzione di sanzioni interdittive a carico di una banca è rimessa alla

Banca d'Italia che, nell'occasione, può disporre la sottoposizione dell'intermediario alle procedure di rigore proprie dell'ordinamento bancario. È stabilito, infine, che le sanzioni interdittive non possano essere applicate in via cautelare nei confronti delle banche. Di recente, nell'ambito di una procedura di amministrazione straordinaria relativa a un gruppo bancario, è stata utilmente sperimentata l'applicazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, previsto dall'art. 182-bis l. fall. Nel caso di specie, che ha comportato la gestione di una crisi piuttosto complessa, il gruppo era caratterizzato dalla presenza di una sola banca, di dimensioni contenute, e di numerose società finanziarie. Per rendere maggiormente compatibile l'applicazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti – i cui tempi sono condizionati, tra l'altro, dalla fase di omologazione da parte del Tribunale e da eventuali opposizioni alla medesima – con la durata tipica dell'amministrazione straordinaria si renderebbe necessaria – *de jure condendo* – una modifica al Testo unico ⁽⁶⁾.

2.c.) Vigilanza e gestione delle crisi: sinergie

Nel vigente quadro normativo la Banca d'Italia svolge il duplice ruolo di organo di vigilanza e di organo di *resolution*. Questa circostanza consente utili sinergie tra le due funzioni, che sono affidate a strutture organizzative separate ⁽⁷⁾.

Il fatto che le funzioni di vigilanza in senso stretto e di *resolution* coesistano in seno alla Vigilanza rende molto più fluido l'eventuale "passaggio di consegne" nell'ipotesi in cui la situazione dell'intermediario presenti progressivi segnali di criticità o di deterioramento.

Ad esempio, se a seguito di un'ispezione svolta dalla Banca d'Italia emergono criticità, viene valutata l'eventuale sussistenza dei presupposti per l'adozione della variegata tipologia dei provvedimenti amministrativi a disposizione della Vigilanza e, in particolare, la sussistenza dei *trigger* che motivano l'avvio di un provvedimento di rigore ⁽⁸⁾. Il giudizio

(6) In argomento cfr. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, ne *ilcaso.it*, II, 2011, n. 263.

(7) La vigilanza segue l'intermediario nel corso della vita della società e si esplica attraverso un controllo a distanza, nel continuo ("*ongoing*"), attraverso un'attività di analisi quali/quantitativa dei profili tecnici caratteristici di una azienda bancaria nonché attraverso ispezioni *in loco* per verificare in concreto l'osservanza delle vigenti disposizioni e l'andamento delle coordinate tecniche aziendali.

(8) La decisione viene adottata nell'ambito di un Comitato "intrafunzionale" di alto livello istituito nell'ambito dell'Area Vigilanza della Banca d'Italia, presieduto dal Direttore Centrale e nel quale partecipano i Capi dei Servizi della Vigilanza.

viene formulato tenendo conto delle risultanze ispettive e attraverso una specifica valutazione del livello di gravità delle irregolarità, violazioni riscontrate nonché delle perdite del patrimonio.

Il secondo grande vantaggio della coesistenza in un'unica istituzione delle funzioni di vigilanza *ongoing* e di quelle di gestione delle crisi consiste nella collaborazione e nello scambio informativo costante tra le diverse unità deputate allo svolgimento delle relative attività, che rende possibili interventi per la gestione delle crisi ispirati a una logica marcatamente preventiva.

Non è un caso che, nel recente dibattito, anche internazionale, abbia assunto rilevanza cruciale la scelta del momento in cui intervenire, in chiave preventiva, con provvedimenti correttivi o di rigore al fine di salvaguardare al massimo il valore degli *asset* dell'azienda. L'approccio preventivo (a livello comunitario noto come "*early intervention*"), in realtà, oltre a rendere meno complessa e traumatica la gestione della crisi da parte delle Autorità, rende più probabile la prospettiva di ritorno *in bonis* dell'intermediario e si risolve, quindi, in un vantaggio per tutti gli *stakeholders*, preservando il valore dell'azienda. La scelta del "momento giusto" in cui intervenire con l'ampio strumentario di cui le Autorità dispongono costituisce un elemento di importanza strategica nell'azione di vigilanza ⁽⁹⁾.

La tendenza ad interventi maggiormente tempestivi che in passato è testimoniata dal maggior numero di provvedimenti adottati nello scorso triennio al ricorrere del solo presupposto delle gravi irregolarità e gravi violazioni normative, anche in assenza cioè della previsione di gravi perdite del patrimonio. Tale approccio alla gestione della crisi determina, come ho detto in precedenza, anche una migliore tutela dei destinatari finali dell'azione amministrativa: le persone.

Da quanto detto appare evidente che nell'ordinamento italiano la gestione delle crisi è un momento cruciale dell'attività di vigilanza; quest'ultima non è scissa dalla *resolution*, ma è legata a essa da una costante e costruttiva sinergia informativa e operativa. Questa continuità tra la vigilanza *ongoing* e l'attività di risoluzione delle crisi è sicuramente un valore aggiunto dell'ordinamento italiano. I due momenti, della vigilanza e della gestione delle crisi, sono ispirati alle stesse finalità, enunciate dall'art. 5 t.u.b.

(9) Sul ruolo e la discrezionalità dell'Autorità di vigilanza nell'attivazione degli strumenti a essa attribuiti dall'ordinamento in situazioni di anomalia, si veda anche BOCCUZZI, *op. cit.*, p. 20 ss.

2.d) Le forme di intervento: misure di vigilanza

Le possibili forme nelle quali si esplicano gli interventi della Vigilanza sono caratterizzate da una proporzione diretta tra intensità dell'intervento e gravità delle anomalie; ne consegue che quando la situazione della banca evidenzia primi segnali di problematicità sono attivabili, ai sensi dell'art. 53, co. 3, t.u.b., una serie di misure che incidono in maniera graduale sulla situazione societaria. Tra esse si distinguono misure:

- *preventive*: esse possono consistere nell'invio di lettere di intervento (a seguito di accertamenti ispettivi o dopo un'azione *off-site* molto intensa) con cui la Banca d'Italia richiede, ad esempio, la convocazione degli organi collegiali, stabilendo l'ordine del giorno e propone l'assunzione di determinate decisioni;
- *correttive*: si tratta di misure specifiche, anche di carattere individuale, imposte attraverso provvedimenti amministrativi diretti a singole banche emanati in un'ottica prudenziale; tali misure possono consistere nell'imposizione di restrizioni operative (es. divieto di effettuare determinate operazioni) o della struttura territoriale (es. divieto di apertura di nuovi sportelli) o limitazioni nella distribuzione degli utili o di altri elementi del patrimonio (lett. *d*));
- *straordinarie*: consistono nel divieto di intraprendere nuove operazioni o nell'ordine di chiusura di succursali nelle ipotesi di violazione di disposizioni legislative, amministrative o statutarie o di irregolarità nella gestione che non assumono carattere di gravità (art. 78 t.u.b.).

Nella scelta del ventaglio delle misure da adottare la Vigilanza si ispira a una logica di necessaria gradualità, consentendo, di norma, all'impresa di intraprendere in autonomia iniziative correttive e intervenendo solo successivamente con atti autoritativi; viceversa, quando la situazione presenta già un deterioramento dei profili tecnici, si avvia il procedimento per la sottoposizione della banca a misure straordinarie o a vere e proprie procedure di crisi.

2.e) Caratteristiche delle procedure speciali di gestione delle crisi.

La Banca d'Italia è titolare del potere di direzione delle procedure previste dalla legge per la gestione delle crisi bancarie.

Come si è detto, la Banca d'Italia attiva un peculiare *iter* valutativo nell'ipotesi in cui vengano riscontrate situazioni di particolare problematicità tali da poter integrare i presupposti per l'avvio delle procedure speciali; esperito tale *iter*, nel caso in cui si valutino sussistenti i presup-

posti di legge, viene formulata una proposta al Ministro dell'economia e delle finanze per l'adozione del provvedimento di rigore⁽¹⁰⁾.

Con riguardo alle singole procedure, si segnala, poi, la facoltà per la Vigilanza di:

- impartire istruzioni ai commissari straordinari e ai membri del Comitato di sorveglianza con cui vengono stabilite speciali cautele e limitazioni nella gestione della banca (art. 72, co. 4, t.u.b.); i componenti degli organi straordinari sono personalmente responsabili dell'inosservanza delle prescrizioni della Banca d'Italia;
- emanare direttive per lo svolgimento della procedura di liquidazione coatta amministrativa (art. 84, co. 3, t.u.b.); i membri degli organi liquidatori sono personalmente responsabili dell'inosservanza delle direttive della Banca d'Italia.

L'*amministrazione straordinaria* (art. 70 ss. t.u.b.) è la procedura che viene utilizzata quando la crisi si presenta come potenzialmente reversibile ed è disposta con decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze, emanato su proposta della Banca d'Italia, al ricorrere dei seguenti presupposti:

- gravi irregolarità nell'amministrazione ovvero gravi violazioni delle disposizioni legislative, amministrative o statutarie che regolano l'attività bancaria;
- previsioni di gravi perdite del patrimonio;
- richiesta motivata degli organi amministrativi o dell'assemblea straordinaria ⁽¹¹⁾.

(10) Una volta emanato il relativo decreto ministeriale, la Banca d'Italia provvede alla nomina degli organi straordinari o liquidatori con provvedimento del Direttorio, da emanarsi *entro 15 giorni* dalla data del decreto di amministrazione straordinaria (art. 71 t.u.b.); *entro 3 giorni* dal decreto di liquidazione coatta amministrativa, stanti gli effetti collegati a quest'ultimo provvedimento (cfr. art. 83 t.u.b.).

Per *organi straordinari* si intendono: uno o più commissari straordinari (che sostituiscono l'organo amministrativo); un comitato di sorveglianza, composto da tre a cinque membri, che nomina a maggioranza di voti il proprio Presidente. Per *organi liquidatori* si intendono: uno o più commissari liquidatori; un comitato di sorveglianza composto da tre a cinque membri, che nomina a maggioranza di voti il proprio presidente; la Banca d'Italia può revocare o sostituire i commissari e i membri del comitato di sorveglianza. Alla nomina fa seguito la fase dell'insediamento degli organi, che avviene con le formalità previste dagli artt. 73 e 83 t.u.b. Nel corso delle procedure la Banca d'Italia sovrintende a esse ed è, inoltre, chiamata ad autorizzare alcuni atti (ad es. esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti dei cessati esponenti aziendali); altri adempimenti tipici delle procedure, invece, sono rimessi alla valutazione tecnica del gestore o del liquidatore, a seconda dei casi, ferma restando la necessità di un'informativa previa alla Banca d'Italia.

(11) La durata della procedura è fissata per legge in un anno dalla data di emanazione del decreto, fatta salva l'ipotesi che il decreto preveda un termine più breve o che la Banca d'Italia autorizzi la chiusura anticipata. I commissari straordinari, oltre ad amministrare

Occorre ricordare che il Testo unico bancario contempla un'altra procedura attivabile quando sussistono i medesimi presupposti dell'amministrazione straordinaria, ma concorrono ragioni di assoluta urgenza, che non rendono possibile attendere l'emanazione di un decreto ministeriale. La procedura in questione è la *gestione provvisoria*, che ha la durata massima di due mesi e che consente la nomina, con provvedimento della Banca d'Italia, di uno o più commissari che assumono i poteri di amministrazione dell'intermediario, con contestuale *sospensione* delle funzioni gli organi di amministrazione e di controllo della banca; il Testo unico nulla dispone in merito agli effetti del provvedimento sull'organo assembleare. Possono essere nominati commissari della gestione provvisoria anche funzionari della Banca d'Italia (art. 76 t.u.b.). Il provvedimento di gestione provvisoria, sorretto da ragioni di urgenza, può essere sostituito da un provvedimento di amministrazione straordinaria, intervenuto il quale subentrano gli effetti tipici dello scioglimento degli organi sociali.

La *liquidazione coatta amministrativa* (art. 80 ss. t.u.b.) è una procedura concorsuale speciale che si svolge sotto la supervisione della Banca d'Italia e che può essere disposta, anche dopo un periodo di amministrazione straordinaria, quando sussistano i seguenti presupposti:

- irregolarità nell'amministrazione o violazioni di legge di eccezionale gravità;
- previsione di perdite del patrimonio di eccezionale gravità;
- motivata istanza degli organi amministrativi, dell'assemblea straordinaria, dei commissari straordinari o dei liquidatori⁽¹²⁾.

la banca, provvedono ad accertare la situazione aziendale, a rimuovere le irregolarità e a promuovere le soluzioni utili nell'interesse dei depositanti. Il comitato di sorveglianza esercita il controllo sulla gestione straordinaria e rende pareri nei casi previsti dalla legge o dalle disposizioni di vigilanza. In casi eccezionali è possibile che la procedura sia prorogata di sei mesi, seguendo lo stesso procedimento previsto per la adozione del provvedimento. Nella prassi applicativa si fa ricorso alla proroga semestrale quando la ricerca della soluzione della crisi sia complicata da fattori contingenti o da difficoltà legate al contesto generale. Oltre al caso eccezionale della proroga semestrale, la legge consente alla Banca d'Italia di disporre, con proprio provvedimento, brevi proroghe tecniche, non superiori a due mesi, per gli adempimenti connessi alla chiusura della procedura. Il diverso *iter* procedimentale è conseguenza della diversa *ratio* della proroga: quella disposta da Banca d'Italia viene accordata quando la soluzione della crisi è già stata individuata, ma sussistono ragioni tecniche, come ad esempio i tempi di convocazione dell'assemblea sociale, che richiedono un breve prolungamento della durata della procedura; la proroga semestrale viene disposta invece quando la soluzione della crisi è ancora in via di definizione.

(12) Il decreto di sottoposizione di una banca a liquidazione coatta amministrativa comporta la revoca dell'autorizzazione all'attività bancaria e la cessazione delle funzioni degli organi amministrativi, di controllo e dell'assemblea. Inoltre, a partire dal terzo giorno successivo alla data di emanazione del provvedimento, sono sospesi il pagamento delle passività di qualsiasi genere e le restituzioni di beni di terzi (art. 83 t.u.b.), non

La durata della procedura non è, né avrebbe potuto essere determinata dalla legge; il Testo unico stabilisce taluni termini, anche se non perentori, per l'espletamento degli adempimenti fondamentali della liquidazione; tra essi si segnalano: le comunicazioni dei Commissari ai creditori e ai titolari di strumenti finanziari dell'importo del loro credito o dell'ammontare dei titoli; la redazione dello stato passivo.

Le finalità del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa sono quelle dell'espulsione dell'azienda dal mercato e di un'ordinata definizione dei rapporti giuridici a essa facenti capo. Non è da escludere che nei casi più gravi la liquidazione coatta amministrativa possa essere disposta direttamente, cioè senza essere preceduta da una fase di amministrazione straordinaria.

La procedura di liquidazione coatta presuppone una crisi irreversibile dell'impresa, che non è più in grado di proseguire la propria attività; di norma, ma non necessariamente, alla sottoposizione a liquidazione coatta amministrativa di una banca consegue la dichiarazione dello stato di insolvenza. Quest'ultimo viene dichiarato dal tribunale su ricorso dei commissari liquidatori o su istanza del pubblico ministero, dopo aver sentito i cessati rappresentanti legali della banca e aver acquisito il parere della Banca d'Italia. Alla dichiarazione dello stato di insolvenza consegue l'applicabilità dei c.d. reati fallimentari. I commissari liquidatori, che sono pubblici ufficiali, hanno la rappresentanza legale della banca e sono facoltizzati a esercitare tutte le azioni a essa spettanti e a procedere alla liquidazione dell'ente ⁽¹³⁾.

In tale ambito essi:

- procedono all'accertamento del passivo, cioè dei debiti della banca e presentano alla Banca d'Italia l'elenco dei creditori ammessi e delle somme riconosciute a ciascuno indicando il relativo ordine; i clienti nei confronti dei quali sussiste un obbligo di restituzione di

possono essere promosse o proseguite azioni contro la banca in liquidazione, né possono essere promossi o proseguiti atti di esecuzione forzata o cautelare, fatta eccezione per le opposizioni allo stato passivo (art. 87 t.u.b.) e per le insinuazioni tardive al passivo della liquidazione (art. 89 t.u.b.).

(13) Il decreto di sottoposizione di una banca a liquidazione coatta amministrativa comporta la revoca dell'autorizzazione all'attività bancaria e la cessazione delle funzioni degli organi amministrativi, di controllo e dell'assemblea. Inoltre, a partire dal terzo giorno successivo alla data di emanazione del provvedimento, sono sospesi il pagamento delle passività di qualsiasi genere e le restituzioni di beni di terzi (art. 83 t.u.b.), non possono essere promosse o proseguite azioni contro la banca in liquidazione, né possono essere promossi o proseguiti atti di esecuzione forzata o cautelare, fatta eccezione per le opposizioni allo stato passivo (art. 87 t.u.b.) e per le insinuazioni tardive al passivo della liquidazione (art. 89 t.u.b.).

- strumenti finanziari sono iscritti in una sezione separata dello stato passivo; lo stato passivo deve essere depositato anche in tribunale;
- esercitano i poteri per realizzare l'attivo e, in tale ambito, previo parere del Comitato di sorveglianza e autorizzazione della Banca d'Italia, possono cedere attività e passività, l'azienda, rami d'azienda nonché beni e rapporti giuridici in blocco (art. 90 t.u.b.).

L'ordinata liquidazione consiste nell'esercizio di tali attività secondo fasi scandite dalla legge e, per il realizzo dell'attivo, condizionate dall'andamento dei mercati (si pensi alla vendita di immobili di prestigio in fasi di recessione e di crollo del mercato immobiliare). In questo quadro vanno anche intraprese, qualora non sia già stato fatto dal commissario straordinario e quando sussistano i relativi presupposti di fatto e di diritto, *iniziative recuperatorie anche attraverso l'azione di responsabilità* e le azioni di regresso nei confronti dei cessati esponenti aziendali.

L'esercizio dell'azione di responsabilità da parte del commissario liquidatore, previo parere del comitato di sorveglianza, è soggetto ad autorizzazione della Banca d'Italia; l'autorizzazione comprende, di norma, anche la facoltà di affiancare all'azione di responsabilità l'esperimento di azioni cautelari nei confronti dei soggetti da convenire in giudizio.

3. Gestione operativa delle crisi dell'intermediario nel contesto della crisi finanziaria

A) Come già segnalato, l'amministrazione straordinaria mira anzitutto all'accertamento della situazione dell'azienda, attraverso l'attività del commissario/gestore - affiancato dalle risorse facenti capo alla struttura dell'ente, che prosegue con regolarità - e sotto il controllo del comitato di sorveglianza e della Vigilanza.

I Commissari, che rivestono la qualifica di pubblici ufficiali, oltre ad accertare la situazione aziendale, sono tenuti a intraprendere la necessaria opera di regolarizzazione della banca, adottando tutte le iniziative reputate necessarie e a informare l'Autorità Giudiziaria di eventuali fatti di rilevanza penale.

Nella fase in questione i commissari straordinari intrattengono una continua interlocuzione con la Vigilanza, anche attraverso riunioni e incontri presso gli uffici della Banca d'Italia, e rassegnano alla stessa relazioni scritte con cadenza trimestrale, nelle quali, oltre a riferire in merito alla situazione patrimoniale ed economica dell'intermediario, danno conto delle iniziative intraprese e cominciano a prefigurare gli interventi necessari per il risanamento dell'azienda e per la soluzione della crisi nell'interesse dei depositanti e della stabilità della banca.

Il comitato di sorveglianza, come si è detto, svolge compiti *latu sensu* di controllo sui commissari e nello stesso tempo è chiamato per legge a rendere pareri sugli atti più rilevanti posti in essere nel corso della procedura. Quindi il comitato sorveglia, rende pareri in determinati casi e, nello stesso tempo su richiesta della Banca d'Italia, è coinvolto in un'azione di supporto del commissario nei momenti cruciali della procedura o quando siano richieste particolari competenze tecniche per le quali non si renda necessario il ricorso professionalità esterne al *team*. A tal fine, dei comitati di sorveglianza vengono chiamati a far parte svariati professionisti, le cui *expertise* siano complementari a quelle dei commissari, si adattino alle peculiarità dell'intermediario e siano tali consentire di fronteggiare le criticità che ne hanno determinato la crisi⁽¹⁴⁾.

Risulta evidente che, nell'ambito dei compiti di Vigilanza, stabilire la composizione degli organi straordinari è un'attività di estrema delicatezza, non soltanto perché coinvolge persone, rispetto alle quali va attentamente verificata l'insussistenza di profili di incompatibilità o di inopportunità allo svolgimento dell'incarico, ma soprattutto perché richiede una valutazione attenta sul possesso delle qualità professionali necessarie per ripristinare la buona gestione della banca e guidare il percorso di risanamento della medesima

L'art. 74 t.u.b. prevede che, in casi eccezionali, al fine di tutelare i creditori, i commissari, sentito il comitato di sorveglianza e previa autorizzazione della Banca d'Italia, possano deliberare la sospensione del pagamento delle passività di qualsiasi genere o della restituzione degli strumenti finanziari agli investitori. La sospensione può essere disposta per un periodo non superiore a un mese, prorogabile, se necessario, per altri due mesi con le stesse formalità. La sospensione dei pagamenti, che è un provvedimento traumatico per la clientela bancaria, può essere adottato, anche secondo l'orientamento dottrinale maggioritario, nei casi in cui, sussistendo situazioni di grave illiquidità, i commissari intravedano il rischio di non poter onorare gli impegni alle scadenze, ma reputino comunque possibile il risanamento dell'azienda; non a caso, infatti, il legislatore si preoccupa di statuire esplicitamente che «la sospensione dei pagamenti non costituisce stato d'insolvenza» (art. 74, co. 3, t.u.b.)⁽¹⁵⁾.

(14) Risulta evidente che, nell'ambito dei compiti di Vigilanza, stabilire la composizione degli organi straordinari è un'attività di estrema delicatezza, non soltanto perché coinvolge persone, rispetto alle quali va attentamente verificata l'insussistenza di profili di incompatibilità o di inopportunità allo svolgimento dell'incarico, ma soprattutto perché richiede una valutazione attenta sul possesso delle qualità professionali necessarie per ripristinare la buona gestione della banca e guidare il percorso di risanamento della medesima.

(15) Per un approfondimento sugli obiettivi propri della moratoria cfr. LENER R.,

Il ricorso a questo istituto, che ha avuto storicamente un'applicazione piuttosto limitata, si è reso negli ultimi anni necessario a causa di situazioni di crisi in cui si sono verificate tensioni del profilo della liquidità. La prassi applicativa ha reso evidente come, nonostante la particolare stringatezza della norma, che non individua in dettaglio "le passività", la sospensione possa colpire solo le passività preesistenti al provvedimento e non anche i debiti della banca sorti successivamente. Ciò in linea con quanto osservato dalla dottrina, sulla base delle finalità tendenzialmente risanatorie dell'amministrazione straordinaria, procedura nell'ambito della quale è collocata la sospensione dei pagamenti.

Indipendentemente dall'ipotesi eccezionale alla quale si è ora fatto cenno, l'esito degli accertamenti e l'azione di regolarizzazione condotta dai commissari straordinari, si è già detto, dovrebbe, di norma, condurre alla restituzione dell'azienda al mercato. Per fare ciò possono rendersi necessarie iniziative di rafforzamento della banca, come ad esempio, una ricapitalizzazione, un radicale cambiamento dell'assetto proprietario, degli organi di governo e di controllo; in altri casi dall'accertamento emerge l'impossibilità per l'azienda commissariata di tornare sul mercato in condizioni di autonomia e, quindi, occorre porre in essere un'operazione di aggregazione con un intermediario di più elevato *standing* che, stando alle valutazioni della Vigilanza, consenta di portare a soluzione la crisi e, nel contempo, sia sostenibile per l'intermediario interveniente.

In entrambi i casi menzionati, è necessario che il commissario provveda, previa autorizzazione della Banca d'Italia, a convocare l'assemblea dei soci: per procedere all'aumento di capitale e alla nomina dei nuovi organi, nel primo caso, e per deliberare la fusione, nel secondo caso.

Durante l'amministrazione straordinaria il commissario è tenuto a fornire alla Vigilanza una valutazione sulla responsabilità dei componenti degli organi disciolti, munendosi anche di pareri legali che pongano in luce il prescritto nesso di causalità fra la condotta degli ex esponenti e il danno causato all'azienda, l'ammontare del danno, i beni aggredibili dei possibili soggetti da convenire. A tal fine gli organi straordinari hanno cura di verificare per tempo le capacità patrimoniali e le sostanze dei convenuti, in modo da fare ricorso, se necessario, ad azioni cautelari. L'azione di responsabilità viene autorizzata dalla Banca d'Italia; gli organi che succedono ai commissari quando la banca viene restituita alla gestione ordinaria sono tenuti a proseguire le azioni di responsabilità e ad informare la Banca d'Italia degli esiti della medesima.

A proposito dell'azione di responsabilità la dottrina ha messo in luce le

*Commento sub art. 74, in Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*², a cura di Capriglione, Padova, 2001, p. 569 ss.

difficoltà insite in questo tipo di giudizio e le valutazioni della giurisprudenza, che sono divenute sempre più complesse; è stato anche osservato come nelle aziende *in bonis* sussista maggiore ritrosia a esperire azioni di responsabilità, mentre nelle aziende sottoposte a procedure di rigore, proprio perché si è determinata una crisi, le azioni di responsabilità vengono sovente intentate, ma solo in percentuali irrilevanti giungono alla loro “conclusione naturale” e di norma sfociano in transazioni ⁽¹⁶⁾.

Anche i Fondi di garanzia dei depositanti possono svolgere un ruolo rilevante durante l'amministrazione straordinaria, intervenendo in questa fase a sostegno dei piani di risanamento elaborati per la restituzione delle aziende *in bonis*. Il Fondo interviene – con risorse fornite dalle banche aderenti e mai a “fondo perduto” – al ricorrere delle seguenti condizioni:

- la presenza di un piano di risanamento proiettato almeno in un triennio, che abbia delle coordinate credibili;
- la previsione del gradimento del Fondo per i nuovi componenti degli organi;
- l'esistenza di una valutazione sulla sussistenza dei presupposti per l'avvio delle azioni di responsabilità.

B) La liquidazione coatta amministrativa è anch'essa una procedura amministrativa nella quale si può, però, inserire una fase giudiziaria; si pensi, ad esempio, al caso in cui venga esperita un'opposizione allo stato passivo o venga presentato ricorso per l'accertamento giudiziario dello stato di insolvenza. Diviene, pertanto, difficile stabilire *ex ante* la durata di una procedura di l.c.a., stante il forte condizionamento sugli sviluppi della procedura derivante dai tempi della giustizia civile ⁽¹⁷⁾.

La complessità di una procedura di liquidazione coatta e i relativi tempi di durata non sono preventivabili; occorre considerare, infatti, che le criticità possono dipendere da numerose variabili: tra esse le cause del dissesto, le dimensioni dell'intermediario, la tipologia degli attivi. Non è infrequente che talune posizioni creditizie siano condizionate dalla sussistenza di procedimenti penali e di misure adottate in quell'ambito (sequestri, confische) rispetto alle quali le ragioni creditorie possono arretrare per motivi di interesse pubblico e gli obiettivi di realizzo allontanarsi o sfumare nel tempo. In questi casi per ridurre i tempi di durata della procedura va esperita la possibilità di perseguire, ove possibile, soluzioni transattive o attivare canali di interlocuzione o cooperazione con altre amministrazioni pubbliche (si pensi al caso di liquidazioni che van-

(16) MORERA, *A cosa serve l'azione di responsabilità contro gli esponenti bancari?*, in *An. giur. econ.*, 2004, p. 133 ss.

(17) Tale circostanza ha influito in concreto sullo svolgimento di alcune procedure, la cui durata si è prolungata a causa di difficili contenziosi in itinere.

tano crediti nei confronti di altri soggetti sottoposti ad amministrazione giudiziaria). In ogni caso, al commissario liquidatore sono richieste le competenze giuridiche necessarie per elaborare le strategie processuali più efficaci alla assistenza della procedura; la gestione del contenzioso da parte del Commissario avviene comunque nell'interesse dei creditori.

Ciò posto su un piano generale, occorre ricordare che, nella prassi applicativa, la maggior parte delle liquidazioni coatte amministrative è stata accompagnata da operazioni contestuali di cessione delle attività e passività a un altro intermediario bancario; ciò al fine di realizzare una tutela effettiva di tutti i depositanti, non solo quelli c.d. protetti dal sistema di garanzia dei depositi, ma anche di altri *stakeholders* e, soprattutto, in modo da salvaguardare il valore dell'azienda. Immediatamente dopo l'insediamento degli organi liquidatori, previa autorizzazione della Banca d'Italia, rilasciata ai sensi dell'art. 90 t.u.b., viene effettuata una cessione di attività e passività, accompagnata da un intervento di sostegno dei Fondi di garanzia che, generalmente, va a colmare il deficit che normalmente sussiste tra attività e passività cedute (c.d. sbilancio di cessione). L'operazione in questione avviene, di norma, nel fine settimana, assicurando in tal modo la continuità dei servizi bancari a beneficio e senza traumi per la clientela.

Tutto ciò richiede, peraltro, che nella fase immediatamente precedente il provvedimento di sottoposizione di una banca a liquidazione coatta amministrativa (anche quando sia in corso un'amministrazione straordinaria) occorre realizzare tutte le condizioni perché possa essere effettuata la cessione; occorre, cioè, ricercare una controparte disponibile, assumere contatto con i Fondi di garanzia dei depositanti e costruire l'operazione nei suoi dettagli operativi e tecnici, avendo cura di osservare tutti i presidi a garanzia della riservatezza, che in questi casi deve essere massima.

Una liquidazione che nasce con queste caratteristiche giova anche alla riduzione dei tempi di durata delle procedure, in quanto il Commissario liquidatore, anziché procedere a una complessa liquidazione di tipo "atomistico", con tutto quello che comporta in termini di realizzo dell'attivo, potrà concentrarsi sulla redazione dello stato passivo, gestire le eventuali opposizioni e proseguire le azioni di responsabilità nei confronti delle precedenti gestioni, se del caso anche attraverso l'esperimento del ricorso per la dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza. Si rammenta, infine, che l'art. 92 t.u.b. rende possibile addivenire, comunque, alla chiusura della procedura, anche in presenza di ricorsi e giudizi, purché vengano eseguiti accantonamenti e vengano acquisite garanzie per le ipotesi di eventuale soccombenza. In tal caso, alla chiusura della procedura si associa la necessità che il commissario

liquidatore mantenga la legittimazione processuale anche nei successivi stati e gradi dei giudizi, con il dovere di seguire l'esito delle azioni e di distribuire le eventuali risorse, secondo l'ordine dello stato passivo, sovrappiunte a seguito di contenzioso attivo per la procedura conclusosi con esito favorevole.

In sintesi, si può affermare che la gestione concreta delle crisi bancarie, un tempo agevolata, sotto il profilo delle fonti di finanziamento, dalla presenza di strumenti di intervento pubblico ⁽¹⁸⁾, è oggi affidata unicamente a soluzioni di mercato e al contributo dei sistemi di garanzia dei depositanti; se, da un lato, ciò è in linea con le gli orientamenti comunitari, che impongono di tenere indenni i *taxpayers* dai costi delle crisi, dall'altro, diviene più complicato reperire le necessarie risorse soprattutto nei casi in cui la crisi investa soggetti di dimensioni rilevanti e alla stessa non possano far fronte, in via esclusiva, i sistemi di garanzia dei depositanti.

Come si è già avuto modo di dire, negli ultimi anni si è sviluppata la tendenza evolutiva a utilizzare le amministrazioni straordinarie in chiave marcatamente preventiva, facendo leva solo sul presupposto delle gravi irregolarità e gravi violazioni normative, anche quando, cioè, non vi fossero previste gravi perdite del patrimonio ⁽¹⁹⁾.

Nel periodo 2009-2012 sono state avviate 60 nuove procedure, numero che testimonia l'aumento significativo dei nuovi avvii rispetto al triennio precedente,

Inoltre, analizzando il periodo che va dal 2011-2012, notiamo che tra le 24 procedure di nuovo avvio figurano:

- 12 amministrazioni straordinarie;
- 10 liquidazioni coatte amministrative;
- 2 gestioni provvisorie.

Rispetto al passato l'incremento delle procedure è evidente; 38 tra amministrazioni straordinarie e gestioni provvisorie, contro le 9 del triennio precedente.

(18) Il sistema pubblicistico di tutela dei depositanti si fondava sulle previsioni del D.M. 27 settembre del 1974, che autorizzava la Banca d'Italia a concedere speciali anticipazioni a favore delle banche che intervenivano a tutela dei depositanti di altre banche in liquidazione coatta amministrativa. Si veda in proposito NASTASI, *Commento al d.m. 27 settembre 1974*, in *Codice Commentato della banca*, a cura di Capriglione e Mezzacapo, Milano, 1990, p. 1298 ss.; lo strumento è divenuto incompatibile con la disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato e di divieto di finanziamento del tesoro da parte delle banche centrali; cfr. sul punto anche BRESCIA MORRA, *il diritto delle banche*, Bologna, 2012, p. 220.

(19) Per un'indicazione dettagliata delle procedure di gestione delle crisi avviate dal 1 gennaio 2012 al 31 marzo 2013 e ai relativi presupposti si fa rinvio alla *Relazione sulla gestione e sulle attività della Banca d'Italia*, anno 2012, pp. 92-94.

La distribuzione geografica delle crisi risulta sostanzialmente equilibrata, avendo riguardo alle macro aree del Paese; una delle ultime 6 procedure di amministrazione straordinaria è stata avviata per gravi perdite del patrimonio, mentre le altre 5 sono state avviate soltanto per motivi legati a gravi irregolarità e gravi violazioni normative.

Il quadro sopra delineato desta preoccupazione anche sul fronte occupazionale, nel quale iniziano a manifestarsi le prime tensioni. Pur avendo presente che in Italia, nell'ultimo decennio, non si sono verificate crisi di grandi banche, nel settore del credito cooperativo, in particolare, si è, talora, resa necessaria l'adozione di misure di riduzione del costo del lavoro e/o del personale in corso di amministrazione straordinaria, pur di far sì che le aziende fossero restituite *in bonis* in condizioni di stabilità economico/finanziaria. In tale quadro sono stati stipulati accordi c.d. di solidarietà difensiva, ex art. 5, co. 5, del decreto legge del 1993, che consistono nella riduzione concordata tra azienda e sindacati del costo del lavoro.

In seguito, per ovviare a questi problemi, sono stati attivati anche altri meccanismi come l'accesso alle prestazioni del fondo per il sostegno al reddito nei confronti dei dipendenti in esubero, questo per le BCC (d.l. n. 57/2000) e il fondo emergenziale per i dipendenti delle banche presso l'ABI.

La situazione dei livelli occupazionali è ancor più complicata nelle ipotesi di fusione o di cessione di attività e passività nell'ambito di procedure di liquidazione coatta, perché l'interveniente ha interesse a preservare l'efficienza aziendale; si rende pertanto necessario procedere in tali casi a licenziamenti collettivi, attivando il complesso iter previsto dalle leggi vigenti.

4. Gestione delle crisi e sistemi di garanzia dei depositanti

I sistemi di garanzia dei depositanti ⁽²⁰⁾ sono annoverati, quale terza componente - oltre all'attività di vigilanza bancaria e al credito di ultima

(20) L'art. 96-ter t.u.b. attribuisce alla Banca d'Italia specifici poteri nei confronti dei sistemi di garanzia dei depositanti, orientati agli obiettivi di tutela dei risparmiatori e di stabilità del sistema bancario; tali poteri vengono esercitati con provvedimenti individuali (riconoscimento dei sistemi e approvazione dei relativi statuti, autorizzazione degli interventi) o anche con atti amministrativi generali (coordinamento dell'attività dei sistemi con la disciplina di vigilanza e, segnatamente, con quella di gestione delle crisi, disciplina delle modalità di rimborso, disciplina della pubblicità a favore dei depositanti, disposizioni attuative delle norme di legge). L'adesione a un sistema di garanzia costituisce condizione per l'autorizzazione all'attività bancaria; è, quindi, necessario revocare l'autorizzazione

istanza - nel sistema di sicurezza (*safety net*) apprestato dall'ordinamento per assicurare la stabilità del sistema finanziario nazionale. A questo obiettivo generale si associa il ruolo specifico di tutelare i piccoli depositanti nell'ipotesi di dissesti bancari, attraverso il rimborso dei relativi depositi in caso di liquidazione coatta amministrativa.

I sistemi di garanzia, che hanno natura privata di consorzio, sono disciplinati a livello europeo dalle direttive 94/19/CE e 2009/14/CE; quest'ultimo provvedimento è stato recepito nell'ordinamento italiano con d.lgs. n. 49 del 24 marzo 2011, che ha elevato l'ammontare massimo di rimborso per depositante a 100.000 mila euro e ha stabilito un termine di rimborso pari a 20 giorni lavorativi, decorrenti dal momento in cui si producono gli effetti della liquidazione coatta amministrativa, eccezionalmente prorogabili dalla Banca d'Italia di altri dieci giorni.

In Italia coesistono due sistemi di garanzia, costituiti su iniziativa del sistema bancario e riconosciuti dalla Banca d'Italia; operano in tale qualità: *a*) il Fondo Interbancario di tutela dei depositi (FITD), al quale aderiscono tutte le categorie di banche, tranne le Banche di Credito Cooperativo (BCC); *b*) il Fondo di garanzia dei depositanti del credito cooperativo (FGDCC), al quale aderiscono le BCC. I Fondi intervengono in via obbligatoria nelle ipotesi di liquidazione coatta amministrativa di una banca e, ai sensi dei rispettivi Statuti, sono facoltizzati a effettuare interventi c.d. alternativi di sostegno a favore delle consorziate nei seguenti casi: *a*) in caso di amministrazione straordinaria, quando sussistano prospettive di risanamento (il FITD nelle sole ipotesi di amministrazione straordinaria di banche, il FGDCC anche in assenza di una procedura di rigore); *b*) in operazioni di cessione di attività e passività. In entrambi i casi deve essere rispettato il criterio del c.d. minor onere, l'intervento, cioè, deve essere presumibilmente meno oneroso di quanto non sarebbe stato il rimborso diretto dei depositanti. Gli interventi alternativi possono consistere in finanziamenti, prestazione di garanzie, acquisto di crediti e assunzione di partecipazioni nel capitale della consorziate. Il coinvolgimento dei Fondi nella soluzione delle crisi bancarie si è fatto negli ultimi crescente, ovviamente nel rispetto dei ruoli reciproci e della riservatezza tra autorità di vigilanza e fondo di garanzia; si vedano in proposito le previsioni dell'art. 96, co. 5, t.u.b., che vincolano i componenti degli organi dei Fondi e coloro che prestano l'attività in seno a essi e al segreto professionale⁽²¹⁾.

all'attività bancaria e, sussistendone i presupposti, assoggettare la banca a liquidazione coatta amministrativa, in caso di esclusione dell'intermediario dai sistemi in questione per inadempimento di eccezionale gravità ai relativi obblighi (cfr. art. 96-*quater*, co. 4, t.u.b.).

(21) Cfr. in proposito CAPOLINO, COSCIA, GALANTI, *Diritto delle banche e degli intermediari*

Sono ammessi al rimborso i crediti relativi ai fondi acquisiti dalle banche con obbligo di restituzione, sotto forma di depositi o sotto altra forma, nonché gli assegni circolari e gli altri titoli di credito a essi assimilabili, entro la predetta soglia di 100 mila euro. L'art. 96-bis, co. 4, t.u.b., sulla falsariga della direttiva di riferimento, adotta la tecnica di enumerare i crediti esclusi dalla protezione in ragione della forma tecnica (es. depositi al portatore) o del soggetto titolare (es. i depositi dei componenti gli organi sociali della banca)⁽²²⁾.

5. La liquidazione dei fondi comuni di investimento: modifiche all'art. 57 t.u.f.

L'ampliamento del novero dei soggetti sottoposti a provvedimenti di rigore ha determinato l'assoggettamento alle relative procedure non soltanto delle banche, ma anche degli intermediari operanti nel settore dei servizi di investimento e della gestione collettiva del risparmio. Nella prassi operativa si sono verificate rilevanti criticità da parte dei Commissari liquidatori e, di riflesso, della Vigilanza, nella determinazione delle modalità di liquidazione dei fondi comuni di investimento, stante l'assenza di indicazioni legislative nel Testo unico della finanza. Tenuto conto della natura di patrimonio separato del fondo rispetto all'ente sottoposto a procedura di rigore, sono state adottate prassi ispirate alle norme in materia di liquidazione ordinaria al fine di preservare la *par condicio creditorum*.

Il d.lgs. 16 aprile 2012, n. 47 è, infine, intervenuto modificando l'art. 57 t.u.f. e introducendo una disciplina specifica per due distinte ipotesi: *a)* liquidazione dei fondi comuni gestiti da Sgr in liquidazione coatta amministrativa (co. 3-bis); *b)* liquidazione di fondi incapienti gestiti da Sgr *in bonis* (co. 6-bis).

Nell'ipotesi *sub a)* la novella dispone che i Commissari liquidatori della Sgr provvedono alla liquidazione dei fondi esercitando i poteri di amministrazione degli stessi; con riguardo ai singoli fondi vengono richiamate regole della liquidazione coatta amministrativa, tra cui quelle in tema di accertamento del passivo, il regime delle opposizioni, delle restituzioni e dei riparti. Per evitare, poi, che i poteri del liquidatore posano in concreto essere paralizzati è previsto che, dalla data dell'ema-

finanziari, a cura di Galanti, Padova, 2008, p. 1011: gli autori sottolineano come, alla natura privata dei sistemi, faccia da contraltare il regime di riservatezza di tutti coloro che per essi operano a qualsiasi titolo, che è quello del segreto professionale.

(22) Cfr. sul punto BRESCIA MORRA, *op. cit.*, p. 234.

nazione del decreto che sottopone la Sgr a liquidazione coatta, cessano le funzioni degli organi del fondo. Infine, è sancito espressamente che i partecipanti ai fondi hanno diritto esclusivamente alla ripartizione del residuo netto di liquidazione in proporzione delle relative quote.

La seconda ipotesi *sub b)* disciplinata dal legislatore prevede che, nel caso di fondi incapienti, i creditori o la Sgr possano chiedere al tribunale del luogo in cui ha sede la Sgr la liquidazione del fondo; in tal caso il tribunale, previo parere della Banca d'Italia e dei rappresentanti legali della Sgr, dispone la liquidazione del fondo, quando sussista un fondato pericolo di pregiudizio; la Banca d'Italia nomina uno o più liquidatori.

Nei primi mesi del 2013 la Banca d'Italia è stata chiamata a rilasciare pareri della specie e ha successivamente provveduto alla nomina dei liquidatori. Va peraltro osservato che la modifica legislativa in questione, in quanto priva di disposizioni transitorie, ha generato numerosi problemi applicativi con riguardo alla liquidazione dei fondi di Sgr già sottoposte a l.c.a. che avevano avviato la liquidazione secondo le norme ordinarie.

6. La proposta di direttiva europea in materia di crisi bancarie

La proposta di direttiva in materia di gestione e risoluzione delle crisi degli intermediari è stata presentata dalla Commissione europea al fine di armonizzare i regimi di risoluzione delle crisi delle banche e delle imprese di investimento. Il provvedimento dovrebbe essere approvato entro il 2013, anche se le relative disposizioni sono in fase di raccordo con i provvedimenti di attuazione della *Banking Union* che, tra l'altro, prevedono l'istituzione di un'Autorità unica deputata alla gestione e risoluzione delle crisi (cfr. in proposito la proposta di regolamento UE in tema di «*Single Resolution Mechanism and a Single Bank Resolution Fund*»). Le previsioni del regolamento dovrebbero, in realtà, integrare quelle della direttiva, anche se il rapporto intercorrente tra i due atti comunitari non è tuttora di agevole interpretazione.

La proposta di direttiva opera su tre piani essenziali: *a)* introduzione di strumenti normativi comuni a tutti i Paesi membri per risolvere efficacemente le crisi; *b)* rafforzamento della cooperazione internazionale; *c)* disciplina dei fondi per il finanziamento della *resolution*.

In tale quadro, è previsto, in particolare, che le Autorità deputate alla gestione e alla risoluzione delle crisi possano adottare tre tipi di misure:

- 1 misure di tipo preparatorio → «*recovery and resolution plan*», finalizzati al risanamento e alla eventuale risoluzione;
- 2 misure «tempestive» → come il «*removal*» (rimozione di uno o più componenti dell'organo amministrativo) e lo «*special mana-*

gement» (istituto quest'ultimo non dissimile dall'amministrazione straordinaria italiana);

- 3 misure per la risoluzione delle crisi: cessione anche parziale di attività e passività; «*bridge bank*», «*bad bank*», «*bail in*».

A proposito di queste ultime misure si osserva che la cessione di attività e passività coincide con lo strumento utilizzato in Italia per preservare il valore del compendio aziendale, cedendolo a un interveniente in caso di liquidazione coatta amministrativa. La *bridge bank*, che deve essere posseduta da soggetti di natura pubblica, costituisce l'entità alla quale possono essere temporaneamente cedute attività e passività di una banca in crisi in attesa di un successivo trasferimento a condizioni di mercato. La *bad bank* è invece un veicolo di estrazione pubblica al quale possono essere trasferite le attività deteriorate di un intermediario in crisi al fine di massimizzarne il valore. Per quanto attiene infine al *bail in*, che costituisce lo strumento più delicato e controverso tra quelli di prossima introduzione, esso consentirà alle Autorità di *resolution* di svalutare/convertire in azioni alcuni crediti al fine di conseguire l'assorbimento delle perdite di un intermediario in crisi⁽²³⁾.

L'istituto dello *special management* presenta caratteristiche simili all'amministrazione straordinaria, tranne per le seguenti peculiarità: esso è collocato dalla direttiva nella fase di *early intervention* e non in quella di *resolution* vera e propria; è inoltre prevista, quale variante dello *special management*, l'ipotesi di mero affiancamento agli organi della banca (che non vengono sciolti) di un commissario straordinario.

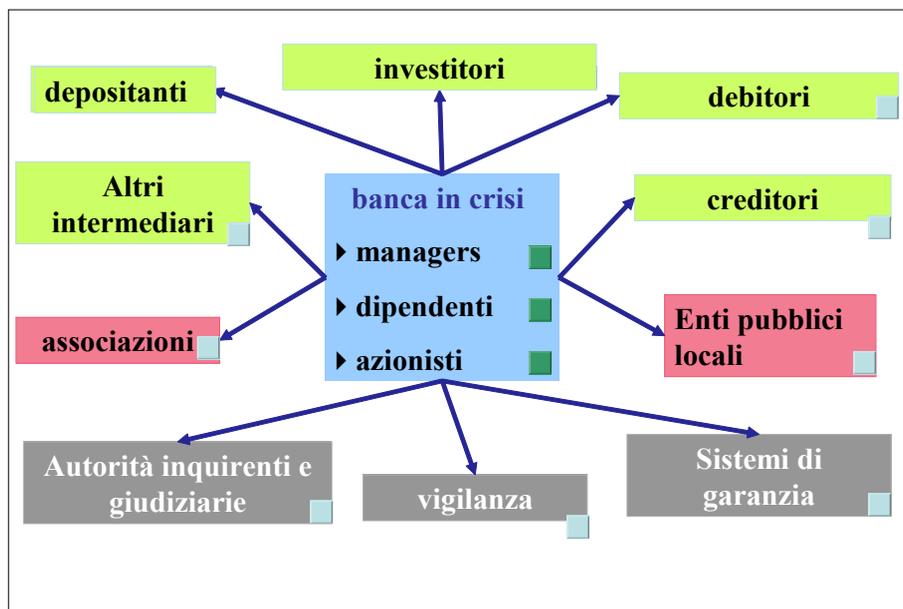
Gli Stati membri pur in presenza di questo nuovo "strumentario" resteranno abilitati dalla direttiva a utilizzare altri strumenti previsti dalla legislazione nazionale purché non siano in contrasto con quegli obiettivi.

Le misure previste dalla proposta di direttiva rafforzeranno i poteri delle Autorità nella fase della *resolution* e ben si adatteranno al nostro ordinamento che già conosce, diversamente da altri paesi europei, un regime speciale di gestione delle crisi. Le modifiche al *framework* normativo italiano che si renderanno necessarie con l'emanazione della direttiva saranno sostanziali e incisive, ma si porranno in continuità con il nostro sistema di gestione delle crisi bancarie, che anche a livello europeo è stato in molti casi preso ad esempio per la redazione delle nuove regole comunitarie.

Una delle finalità principali della proposta di direttiva è quella di fornire alle *Resolution Authorities* poteri che consentano alle stesse di risolvere le crisi bancarie senza ricorrere a fenomeni di "*bail-out*" e, cioè senza necessità di interventi pubblici.

(23) Si segnala che non tutti i crediti sono suscettibili di *bail in*; sono, ad esempio, esplicitamente esclusi i depositi protetti, i crediti garantiti, i crediti a breve termine.

Figura 1. Mappa degli stakeholders



Abstract

The tools provided by the Italian law, even though shaped in a different banking and financial period, allowed the Bank of Italy to promptly manage the banking crises also in a different market context such as during the present financial crisis. Notwithstanding, the European process to reform banking resolution will give more effectiveness and more powers to “Resolution Authorities”. The turmoil that characterised the financial sector during last years and the consequent ongoing reforms will open new and tricky issues for policy makers, central banks and for all the subjects, deposit guarantee schemes first, concerned in preserving financial stability.

La certificazione dei contratti di lavoro. Fondamenti normativi dello strumento: finalità, organi autorizzati, elementi oggetto di certificazione, effetti sul contratto

Antonino Basile

Assegnista di ricerca di Diritto del lavoro nell'Università Ca' Foscari Venezia

SOMMARIO: 1. Origini della certificazione. - 2. Funzioni dell'istituto della certificazione. - 3. Finalità, campo di applicazione ed elementi oggetto di certificazione. - 4. Le commissioni di certificazione e le loro rispettive competenze. - 5. Competenza territoriale delle Commissioni di certificazione. - 6. La procedura di certificazione. - 7. Fasi della procedura di certificazione. - 8. Natura giuridica ed effetti dell'atto di certificazione. - 9. I rimedi giudiziari esperibili nei confronti della procedura di certificazione dei contratti di lavoro. - 10. Le sentenze dei giudici di merito riguardanti la certificazione dei contratti. - 11. L'art. 30 della l. n. 183/2010: clausole generali e certificazione dei contratti. - 12. L'art. 31 della l. n. 183/2010: norme sulla conciliazione e l'arbitrato.

1. Origini della certificazione

Per analizzare nella maniera più completa possibile la disciplina che regola l'istituto della certificazione, introdotto con la legge 14 febbraio 2003, n. 30 e con il successivo decreto legislativo di attuazione 10 settembre 2003, n. 276, è innanzitutto necessario soffermarsi sulle origini e sui meccanismi giuridici che hanno portato il legislatore alla definizione dell'istituto della certificazione così come lo conosciamo oggi.

L'idea della certificazione trae la sua origine in uno scritto di Antonio Vallebona dei primi anni novanta in cui egli, condividendo un pensiero largamente diffuso tra i giuslavoristi in quel periodo, tendente alla valorizzazione dell'autonomia delle parti, anche ai fini della qualificazione del contratto di lavoro, scrisse: «Invero la maggior parte dei lavoratori permane in una posizione di relativa debolezza quanto meno nel momento dell'accesso all'occupazione, sicché non si può prescindere da un sistema di tutela esterno alla volontà delle parti. Si può, invece, discutere se l'indispensabile protezione degli interessi della parte debole debba continuare ad essere affidata esclusivamente al controllo successivo da parte del giudice circa il rispetto delle norme inderogabili legali e

collettive, con i conseguenti costi in termini di certezza, oppure se sia prospettabile l'introduzione di una qualche forma di controllo preventivo sulle pattuizioni individuali, con eliminazione ab origine di ogni dubbio sulla validità delle stesse (...). Il modello della volontà assistita potrebbe essere utilizzato non solo per la fissazione della disciplina del rapporto, ma anche per la preliminare scelta del tipo negoziale con particolare riferimento all'alternativa lavoro autonomo - lavoro subordinato ora regolata dalla norma inderogabile dell'art. 2094 c.c. fonte di gravi ed inevitabili incertezze applicative. In questa ipotesi il soggetto terzo dovrebbe fornire *ex ante* una valutazione inoppugnabile circa la rispondenza dell'accordo proposto al tipo legale prescelto, eventualmente avvalendosi di schemi di riferimento predisposti all'uopo in sede collettiva con il corredo di garanzie essenziali. (...) Residuerrebbe solo l'eventualità di controversie fondate sull'affermazione di uno scostamento di fatto nella fase esecutiva dal regolamento concordato»⁽¹⁾.

Sulla base delle suddette affermazioni, si evince abbastanza facilmente che il modello che teorizzava Vallebona a quell'epoca era un modello di disciplina sostanzialmente improntato sull'art. 2113 c.c. in materia di rinunzie e transazioni. Inoltre, come afferma anche Luca Nogler, «la certificazione, fin dalle sue origini fu contrassegnata da una doppia funzione. Da un lato essa avrebbe dovuto prefigurare un meccanismo finalizzato alla soluzione dei conflitti d'interessi che emergono in sede di stipulazione del contratto di lavoro individuale, dall'altro la certificazione intendeva fin dalla sua origine rappresentare un rimedio, per così dire, preventivo al conflitto sulla qualificazione del rapporto come autonomo o subordinato che è giuridico per eccellenza. In questa ulteriore prospettiva, la commissione di certificazione avrebbe dovuto cristallizzare la scelta del tipo contrattuale operata dalle parti in sede di stipulazione dell'accordo contrattuale certificandone la qualificazione giuridica»⁽²⁾.

Successivamente l'idea viene recepita ed ulteriormente sviluppata da Marco Biagi e Michele Tiraboschi con il termine di «certificazione», in un primo momento, nell'«Ipotesi di lavoro per la predisposizione di uno statuto dei lavori» del 1997, finalizzata a riformulare l'assetto delle tutele stabiliti dall'ordinamento giuslavoristico così da creare un sistema, definito «a cerchi concentrici», in grado potenzialmente di realizzare la modulazione delle garanzie in relazione alle diverse fattispecie con-

(1) A. VALLEBONA, *Norme individuali e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, I, p. 479 ss.

(2) L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro, Working Paper Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"*- 008/2003 p. 4.

trattuali sussumibili nell'arco del continuum che dalla subordinazione porta all'autonomia ⁽³⁾. In quella sede, «anche in ragione del momento di crisi vissuto dai canoni tradizionali del diritto del lavoro, la certificazione poteva realmente tradursi in una fonte di certezza per i lavoratori, con particolare riferimento a coloro che rientravano nella sfera dei c.d. "lavoratori atipici", poiché qualificando giuridicamente il rapporto di lavoro la certificazione consentiva, in quella prospettiva, di ridurre *ex ante* il contenzioso interpretativo» ⁽⁴⁾. In seguito, l'idea della certificazione venne trasposta e ulteriormente sviluppata nel «Progetto per la predisposizione di uno statuto dei lavori» del 1998, elaborato nell'ambito del ministero del Lavoro e mai tradotto in un formale disegno di legge. È proprio all'interno del «Progetto per la predisposizione di uno statuto dei lavori» che «emerge, prepotentemente, la duplice anima dell'istituto, configurato altresì come strumento funzionale all'individuazione di un'area di inderogabilità relativa, all'interno della quale le parti, assistite dall'organo certificatorio, potevano disporre del regolamento contrattuale anche in deroga al dettato legislativo» ⁽⁵⁾. Quando nel 1997 Biagi concretizzò lo spunto di Antonio Vallebona, pur preservando le due funzioni sopra enunciate, configurò la struttura dell'istituto interamente a misura della prima e cioè dell'assistenza e della consulenza fornita dalla commissione di certificazione nella predisposizione del contenuto contrattuale. Infatti, egli scrisse nell'Ipotesi di lavoro per la predisposizione di uno Statuto dei lavori nel 1997 che «L'idea (...) è che l'organo amministrativo davanti al quale vengono "certificati" i rapporti di lavoro possa svolgere anche un ruolo di "giudice" di prima istanza nel caso dell'insorgere di una controversia sulla qualificazione *ex post* del rapporto stesso, con relativo potere di "parziale" sbarramento (probatorio, ma non certo sostanziale, né procedurale) alla prosecuzione della controversia davanti al Pretore del lavoro. L'organo amministrativo competente a "certificare" la qualificazione del rapporto di lavoro proposta dalle parti potrebbe essere qualcosa di simile all'attuale "commissione di conciliazione" istituita ex art. 410, comma 3, c.p.c. (...). L'organo amministrativo svolgerà in via preventiva un'attività di consulenza circa la determinazione del contenuto del contratto (...). L'atto che ha ottenuto tale "validazione" in sede amministrativa non potrà essere impugnato dalle parti firmatarie se non in presenza di determinati vizi del consen-

(3) V. BRINO, *La certificazione dei contratti di lavoro tra qualificazione del rapporto e volontà assistita*, in *Lav. dir.*, 2006, p. 384.

(4) V. BRINO, *ibidem*, p. 384.

(5) V. BRINO, *ibidem*, p. 384

so: - le parti che sottoscrivono il contratto in questa sede si impegnano, in caso di controversia, ad esperire davanti alla stessa commissione una procedura obbligatoria di conciliazione, come condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria (...); - davanti alla commissione di conciliazione la controversia dovrà essere istruita come se si fosse in presenza di una sorta di Tribunale industriale, con distribuzione del carico probatorio ex art. 2697 c.c. e con poteri informali di assunzione delle prove da parte della commissione stessa (...)»⁽⁶⁾. *L'iter* legislativo dell'istituto della certificazione dei contratti di lavoro è stato lungo e tortuoso e l'idea stessa della certificazione ha subito diverse metamorfosi nella sua gestazione, trasformandosi più in un istituto finalizzato a dare certezza alle parti che stipulavano un contratto di lavoro, che in un istituto di derogabilità assistita. La ragione di ciò potrebbe risiedere nel fatto che in una disciplina come il diritto del lavoro, fortemente caratterizzata dall'inderogabilità delle norme a tutela degli interessi del lavoratore, l'idea stessa di "derogabilità assistita" era, probabilmente, troppo in anticipo sui tempi, troppo "rivoluzionaria" (se non addirittura manifestamente sovversiva) per poter trovare terreno fertile, soprattutto all'epoca in cui l'idea stessa della certificazione dei contratti di lavoro iniziava ad essere teorizzata.

L'istituto della certificazione fu introdotto nel Titolo VIII del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, ed è stato regolamentato successivamente da una serie di decreti che hanno previsto la predisposizione degli strumenti necessari per l'avvio delle procedure di certificazione: il d.m. 14 giugno 2004 (che ha istituito l'albo delle commissioni di certificazione universitarie); il d.m. 21 luglio 2004 (istitutivo delle commissioni presso le DPL e le Province) ed il decreto correttivo del 3 settembre 2004, che ha esteso l'ambito di applicazione della certificazione alla qualificazione di tutti i contratti di lavoro. La certificazione, per come è emersa nel dibattito dottrinale e nelle varie proposte formulate, non è soltanto uno strumento per dare ad imprese e lavoratori una maggiore certezza del diritto o, più specificamente, una garanzia di relativa (o meglio, provvisoria) intangibilità giudiziaria dei contratti stipulati, con conseguente effetto di deflazione dell'imponente contenzioso in materia di lavoro e previdenza ma è anche una delle linee di intervento sulla disciplina dei rapporti di lavoro «che va a toccare corde assai sensibili e di fondo: le loro vibrazioni mettono in discussione molti equilibri e interessi di vari soggetti e ruoli istituzionali»⁽⁷⁾. Attualmente, i maggiori detrattori della

(6) Cfr. L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, Working Paper Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"- 008/2003, p. 5.

(7) L. ZOPPOLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: le liasons dangereuses*, Working Paper Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"- 102/2010, p. 5.

certificazione sono soliti affermare che poiché l'ultima parola in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro spetta sempre al giudice (e ci mancherebbe altro che non fosse così) la certificazione, sul piano prettamente pratico, è di scarsa utilità. Le argomentazioni utili a confutare questa teoria di parte della dottrina non mancano di certo. Innanzitutto, dal punto di vista prettamente "dialettico" si potrebbe obiettare che se la certificazione, come affermano costoro, avesse realmente così scarsa utilità sul piano pratico, difficilmente si riuscirebbe a spiegare un tale accanimento di parte della dottrina verso di essa. In realtà, gli effetti della certificazione sono notevoli, persistenti (anche verso i terzi) e ad ampio spettro. Infatti, come evidenzia Lorenzo Zoppoli «Attraverso la certificazione si incide infatti sul ruolo del giudice come del sindacato, delle amministrazioni pubbliche come delle molte professioni specializzate in materia di lavoro (soprattutto avvocati e consulenti del lavoro). Attraverso la certificazione si incide su almeno dieci aspetti cruciali del diritto del lavoro: *a*) la questione del ruolo della volontà delle parti nella qualificazione del contratto; *b*) la rilevanza dell'esecuzione rispetto alla conclusione del contratto; *c*) l'indisponibilità del tipo contrattuale anche da parte del legislatore, in considerazione di veri o presunti vincoli costituzionali; *d*) la derogabilità a livello individuale della disciplina di legge o contratto collettivo; *e*) la disponibilità dei diritti, per i profili di intreccio tra certificazione del tipo negoziale e certificazione dei negozi abdicativi; *f*) le tecniche probatorie; *g*) la collocazione dei contratti collettivi nel sistema delle fonti, segnatamente rispetto ai decreti ministeriali; *h*) la natura giuridica e l'attività delle organizzazioni sindacali; *i*) la statualità delle funzioni amministrative e la loro sottrazione a logiche di gestione negoziale (quali potrebbero verificarsi per la certificazione all'interno degli enti bilaterali); *l*) la questione dell'opportunità di una disciplina comune - o dai tratti comuni - a lavoro autonomo (nella disciplina del d.lgs. n. 276/2003 soprattutto sub specie di lavoro a progetto) e lavoro subordinato»⁽⁸⁾.

Questi dieci aspetti cruciali, sui quali la certificazione interviene tramite innovazioni ardite, non sempre possono avvalersi, secondo il parere di Lorenzo Zoppoli, di un adeguato supporto teorico, in quanto entrano in rotta di collisione con la dogmatica lavoristica. In conseguenza di ciò, parte della dottrina ha previsto un futuro sviluppo della certificazione assai circoscritto, finalizzato principalmente a proteggere meglio le imprese contro le "incursioni" delle amministrazioni pubbliche in materia di irregolarità contributive, fiscali e gestionali, dal momento che la cer-

(8) L. ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 5

tificazione ha effetto sia tra le parti del contratto certificato che verso i terzi, ad esempio, gli enti previdenziali ed assistenziali (INPS, INAIL, INPGI, ENASARCO, ecc.) ed il fisco.

2. Funzioni dell'istituto della certificazione

Per quanto riguarda la funzione della procedura di certificazione, sia il d.lgs. n. 276/2003 che il successivo dibattito dottrinale hanno attribuito alla certificazione una pluralità di funzioni: «dall'elevare la certezza del diritto (A. Vallebona) alla valorizzazione dell'autonomia individuale (G. Ferraro); dalla dissuasione del contenzioso giudiziario (L. Nogler) al perseguimento di una deflazione "cattiva" (cioè con sacrificio unilaterale dei diritti dei lavoratori) del sovraccarico giurisprudenziale (L. De Angelis); dall'emersione del lavoro sommerso nella "zona grigia" tra subordinazione e autonomia (E. Ghera) alla diffusione della nuova tipologia di lavoro flessibile (U. Romagnoli)»⁽⁹⁾. Tuttavia, come afferma Lorenzo Zoppoli, «selezionando in tutto ciò che è emerso gli elementi giuridicamente rilevanti per costruire la funzione giuridica del nuovo istituto, si può dire che dalla concreta esperienza di regolamentazione si ricava che la certificazione, intesa come procedura negoziale che si svolge dinanzi a e con l'assistenza di un organo esterno alle parti del contratto individuale, può assolvere almeno a quattro funzioni: a) qualificazione "rafforzata" del negozio stipulato; b) assistenza nella definizione dei contenuti contrattuali; c) derogabilità negoziale assistita della disciplina lavoristica inderogabile; d) disponibilità assistita dei diritti già entrati nel patrimonio del lavoratore»⁽¹⁰⁾. L'obiettivo finale della certificazione dei contratti, per come essa è intesa oggi dal legislatore è quello di dare certezza alla qualificazione dei contratti e di cercare di "blindare" il più possibile il contratto di lavoro al fine di evitare il sorgere di eventuali controversie tra le parti del contratto stesso. Tuttavia, in seguito si vedrà che tale "blindatura" è solo temporanea (parte della dottrina parla di effetto "*stand by*"), cioè, in sintesi, il contratto di lavoro è inattaccabile fino a che non interviene una sentenza di merito che qualifichi diversamente il rapporto di lavoro precedentemente certificato. Nonostante ciò, appare del tutto legittimo ed opportuno che, al fine di evitare il contenzioso con i lavoratori, l'azienda valuti l'applicazione di tutti gli strumenti che le norme di legge le mettono a disposizione, per

(9) L. ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 7.

(10) L. ZOPPOLI, *ibidem*.

rendere il contratto di lavoro il più “inattaccabile” possibile e prevenire l’insorgere di eventuale contenzioso.

Peraltro, in questi anni la progressiva, ma inesorabile, “fuga” da parte delle aziende dal contratto di lavoro a tempo pieno ed indeterminato ed il contestuale e costante aumento del ricorso a forme di lavoro flessibile, dettato da svariati fattori di cambiamento (esterni ed interni alle imprese), da esigenze produttive estremamente variabili e dall’estrema difficoltà organizzativa da parte delle imprese (soprattutto in un contesto di crisi economica prolungata), hanno portato le stesse imprese ad utilizzare sempre più spesso formule contrattuali che possono prestare il fianco alle impugnative.

In tutte queste situazioni, ma non solo, può fornire un ottimo supporto l’istituto della certificazione dei contratti di lavoro. Tale istituto è stato introdotto nel nostro ordinamento con la legge Biagi, e sebbene inizialmente, limitato solo ad alcune forme contrattuali, è stato via via modificato nel tempo fino all’attuale configurazione disposta dal collegato lavoro e le caratteristiche con cui si configura oggi lo rendono parecchio appetibile e di applicazione trasversale, oltre che estremamente conveniente ed indicato quando si tratta di dar vita a forme contrattuali complesse che, seppur all’interno dei canoni di liceità, presentano aspetti per così dire “borderline”. Non va tralasciato il fatto che dalla lettura congiunta della l. n. 183/2010 (collegato lavoro) e della Direttiva del 18 settembre 2008 (c.d. Direttiva Sacconi) emerge il forte impulso che ha dato il legislatore alla certificazione, ampliando progressivamente le competenze delle Commissioni di certificazione. Di conseguenza, la certificazione, nata con l’obiettivo di attestare che il contratto di lavoro presenti i requisiti formali e sostanziali imposti dalla legge, nell’odierno sistema normativo assolve alla funzione di qualificazione del contratto stesso con la finalità di conferire ulteriore certezza legale alla volontà delle parti attrici ed una “presunzione” di legittimità extra al contratto di lavoro certificato.

3. Finalità, campo di applicazione ed elementi oggetto di certificazione

La certificazione è regolata dagli artt. 75-84 e dall’art. 68 del d.lgs. n. 276/2003 e fin dall’inizio ha avuto una finalità deflattiva del contenzioso in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro. Lo stesso art. 75 del d.lgs. n. 276/2003 oggi dispone che «al fine di ridurre il contenzioso in materia di lavoro, le parti possono ottenere la certificazione dei contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente una prestazione

di lavoro secondo la procedura volontaria stabilita nel presente titolo». Si evince, quindi, che la finalità principale della procedura di certificazione è di dare certezza alla qualificazione dei rapporti di lavoro e di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei contratti stessi. Naturalmente è lapalissiano che tale riformulazione del suddetto articolo ad opera del collegato lavoro (art. 30, co. 4, della l. n. 183/2010, c.d. "Collegato lavoro") ha ampliato notevolmente il campo di applicazione della certificazione. Tuttavia, in un primo momento, nonostante la legge delega n. 30/2003, all'art. 5, parlasse genericamente di «qualificazione dei rapporti di lavoro», l'art. 75 del d.lgs. n. 276/2003, prima della modifica attuata dal d.lgs. n. 251/2004 e di quella attuata dal suddetto art. 30, co. 4, della l. n. 183/2010, prevedeva la possibilità di certificare solo alcuni contratti di lavoro e cioè quelli relativi a:

- lavoro ripartito (*job sharing*), disciplinato nel titolo V, Capo II, artt. 41-45;
- lavoro a tempo parziale, disciplinato dal titolo V, Capo II, art. 46;
- lavoro a progetto, disciplinato nel titolo VII, Capo I, artt. 61-69;
- contratti di associazione in partecipazione di cui agli artt. 2549-2554 c.c.

L'art. 75 del d.lgs. n. 276/2003 è stato successivamente modificato dal d.lgs. n. 251/2004, che ha previsto la possibilità per le Commissioni di certificazione di certificare qualsiasi contratto di lavoro e dall'art. 30, co. 4, del collegato lavoro (l. n. 183/2010) il quale ha previsto la possibilità di richiedere la certificazione per tutti i contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente una prestazione di lavoro. Difatti, oggi è possibile richiedere la certificazione per:

- Tutti i contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro (art. 75, d.lgs. n. 276/2003). Rientrano quindi nella suddetta fattispecie tutti i contratti di lavoro subordinato (compreso il lavoro intermittente, il contratto di lavoro ripartito, il contratto a tempo determinato) il lavoro autonomo (comprese le collaborazioni coordinate e continuative, le collaborazioni a progetto, ed i contratti di associazione in partecipazione) ed il contratto di somministrazione (contratto di natura commerciale ma da cui è dedotta direttamente una prestazione lavorativa). Relativamente al contratto di somministrazione tra l'agenzia per il lavoro e l'utilizzatore, il Ministero del Lavoro, già in passato, attraverso la risposta ad interpello 22 dicembre 2009, n. 81, ha ritenuto possibile procedere alla certificazione anche di tale fattispecie sul presupposto che: a) nella somministrazione di lavoro esiste un evidente collegamento negoziale tra il contratto di lavoro ed il contratto commerciale fra agenzia e utilizzatore, realizzando una «fattispecie caratterizzata da due autonomi negozi ontologicamente fra loro collegati che danno luogo ad un rapporto individuale indivisibile trilaterale; b) la

somministrazione di lavoro, complessivamente intesa, costituisce un'ipotesi che può rientrare nell'ambito di applicazione della certificazione, perché anche per essa sorge la necessità di ridurre il contenzioso, non potendo ritenersi ostativo il rilievo che il contratto fra agenzia ed utilizzatore sia un contratto di tipo commerciale e non un contratto di lavoro, tenuto conto che il d.lgs. n. 276/2003 consente espressamente, ai sensi dell'art. 84, di certificare il contratto di appalto, da intendersi quale ipotesi di contratto commerciale.»⁽¹¹⁾.

- le rinunzie e transazioni di cui all'art. 2113 c.c. a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti stesse, ai sensi dell'art. 82 del d.lgs. n. 276/2003, che afferma: «le sedi di certificazione di cui all'art. 76 del presente decreto legislativo sono competenti a certificare le rinunzie e transazioni di cui all'art. 2113 del codice civile a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti stesse». Infatti, a causa del fatto che per tali rinunce e transazioni si fa ricorso alla procedura di Conciliazione in sede di Commissione di certificazione, operante secondo la procedura prevista dall'art. 410 del c.p.c., le suddette rinunce e transazioni si rendono inoppugnabili. Inoltre, l'art. 68 del d.lgs. n. 276/2003 afferma che «nella riconduzione a un progetto, programma di lavoro o fase di esso dei contratti di cui all'articolo 61, comma 1, i diritti derivanti da un rapporto di lavoro già in essere possono essere oggetto di rinunzie e transazioni tra le parti in sede di certificazione del rapporto di lavoro di cui al titolo VIII secondo lo schema dell'articolo 2113 del codice civile». Attraverso tale certificazione le rinunce e transazioni aventi ad oggetto diritti derivanti da un rapporto di collaborazione a progetto già in essere si rendono inoppugnabili *ex art. 2113 c.c.*;
- il contenuto del regolamento interno delle cooperative finalizzata a certificare le tipologie dei rapporti di lavoro attuati o che si intendono attuare, in forma alternativa, con i soci lavoratori, ai sensi dell'art. 6 della legge 3 aprile 2001, n.142, e successive modificazioni e integrazioni (art. 83 del d.lgs. n. 276/2003);
- la stipula di un contratto di appalto *ex art. 1655 c.c.*, al fine di distinguere l'appalto lecito (genuino) dalla somministrazione irregolare. Infatti, l'art. 84 del d.lgs. n. 276/2003 afferma che «le procedure di certificazione di cui al capo I possono essere utilizzate, sia in sede di stipulazione di appalto di cui all'art. 1655 c.c., sia nelle fasi di attuazione del relativo programma negoziale, anche ai fini della di-

(11) Cass. Civ., sez. lav., 27 febbraio 2003, n. 3020.

-
- stinzione concreta tra somministrazione di lavoro e appalto ai sensi delle disposizioni di cui al titolo III del presente decreto legislativo»;
- gli accordi di distacco *ex art. 30* del d.lgs. 276/2003;
 - gli *stage* ed i tirocini. Attraverso la certificazione della stipula della convenzione e del relativo piano formativo su cui si basano i suddetti *stage* e tirocini, se ne certifica la loro genuinità;
 - certificazioni di tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo di licenziamento (per la cui apposizione il ricorso alla procedura di certificazione è obbligatorio, affinché le parti possano avvalersi dell'assistenza e consulenza da parte della Commissione di certificazione);
 - clausola compromissoria ai fini dell'arbitrato di cui agli artt. 808, 412 e 412-*quater* c.p.c. in conformità a quanto disposto dall'art. 31, co. 10, della l. n.183/2010, attraverso il quale le parti del contratto possono scegliere, in maniera irrevocabile, di devolvere le eventuali controversie ad un arbitro anziché fare ricorso all'autorità giudiziaria). Per l'apposizione di detta clausola il ricorso alla procedura di certificazione è obbligatorio affinché le parti (soprattutto nell'interesse della parte ritenuta "più debole", cioè il lavoratore) possano avvalersi dell'assistenza e consulenza da parte della Commissione di certificazione;
 - la certificazione dei modelli di organizzazione e gestione delle imprese, anche con riguardo alla materia della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. Difatti, il d.P.R. n. 177/2011 in tema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi che operano in ambienti confinati o sospetti di inquinamento prevede e richiede obbligatoriamente la certificazione dei contratti di lavoro, tramite cui sono assunti i lavoratori impiegati nelle suddette tipologie di lavori, nei seguenti casi: 1) per i contratti di lavoro diversi da quello subordinato a tempo indeterminato; 2) per i contratti di appalto; 3) per i contratti di subappalto). È interessante notare che nelle ipotesi previste dal d.P.R. n. 177/2011 la certificazione assume una valenza obbligatoria e non più facoltativa come previsto dall'art. 75 del d.lgs. n. 276/2003 in via generale. La ratio di tale norma è fin troppo evidente: il legislatore vuole evitare, sulla scorta dei gravissimi incidenti (quasi sempre mortali) che caratterizzano spesso il settore, che personale non specializzato e privo di una reale e valida esperienza professionale pregressa, venga utilizzato, in un'ottica di mera riduzione dei costi, senza che siano state predisposte adeguate procedure di sicurezza in caso di emergenza e senza l'utilizzo di adeguati dispositivi di protezione individuale.

4. Le commissioni di certificazione e le loro rispettive competenze

Ai sensi dell'art. 76 del d.lgs. n. 276/2003, possono essere costituite Commissioni di certificazione presso:

- a) gli enti bilaterali costituiti nell'ambito territoriale di riferimento ovvero a livello nazionale, quando la commissione di certificazione sia costituita nell'ambito di organismi bilaterali a competenza nazionale;
- b) le Direzioni Territoriali del Lavoro e le province (nell'ambito territoriale di riferimento);
- c) le Università pubbliche e private, comprese le Fondazioni universitarie, registrate in un apposito albo ed esclusivamente nell'ambito di rapporti di collaborazione e consulenza attivati con docenti di diritto del lavoro di ruolo ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 1980, n. 382;
- d) il Ministero del Lavoro e delle politiche sociali - Direzione Generale della tutela delle condizioni di lavoro, esclusivamente nei casi in cui il datore di lavoro abbia le proprie sedi di lavoro in almeno due province anche di regioni diverse, ovvero per quei datori di lavoro con unica sede di lavoro associati ad organizzazioni imprenditoriali che abbiano predisposto a livello nazionale schemi di convenzioni certificati dalla commissione di certificazione istituita presso il Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, nell'ambito delle risorse umane e strumentali già operanti presso la Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro;
- e) i Consigli provinciali dei consulenti del lavoro di cui alla legge 11 gennaio 1979, n. 12, esclusivamente per i contratti di lavoro instaurati nell'ambito territoriale di riferimento senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e comunque unicamente nell'ambito di intese definite tra il Ministero del lavoro e delle politiche sociali e il Consiglio nazionale dei Consulenti del lavoro, con attribuzione a quest'ultimo delle funzioni di coordinamento e vigilanza per gli aspetti organizzativi.

A causa dell'estrema eterogeneità e della molteplicità delle sedi deputate alla certificazione, parte della dottrina ha paventato possibili difformità di valutazione tra le diverse Commissioni di certificazione. Invece, come affermano Michele Tiraboschi e Flavia Pasquini «in realtà esiste un *fil rouge* che accomuna tutte le sedi elencate dato dall'autorevolezza, dalla imparzialità e dalla competenza che dovrebbe caratterizzarle. Ogni singola sede esprime un significato specifico della certificazione affida-

to, in via sussidiaria, alla libera scelta delle parti»⁽¹²⁾. In conseguenza di quanto sopra affermato, le sedi universitarie, ad esempio, rappresentano il momento strategico della collaborazione tra le sedi dell'innovazione e della ricerca ed il mondo produttivo. Collaborazione, questa, che dovrebbe essere ulteriormente e più frequentemente incoraggiata da parte del Legislatore. Inoltre, parte della dottrina ha rilevato, altresì, che sarebbe stato preferibile uniformare i criteri di certificazione al fine di evitare forme di "concorrenza al ribasso" tra le commissioni, che inficerebbero la qualità del servizio reso e comprometterebbero la funzionalità dell'istituto. D'altra parte però una concorrenza al ribasso tra le Commissioni di certificazione per accaparrarsi ulteriori "clienti", non avrebbe molto senso. Soprattutto perché la reale forza della certificazione, il suo effettivo "peso" in sede di giudizio, risiede non solo nella sua efficacia giuridica, ma anche e soprattutto, «nell'autorevolezza e credibilità dell'organo certificatore che ha certificato il contratto di lavoro. Tale autorevolezza e credibilità verrebbe certamente meno a fronte di qualificazioni o decisioni della Commissione di certificazione manifestamente inappropriate e discutibili»⁽¹³⁾.

5. *Competenza territoriale delle Commissioni di certificazione*

Ai sensi dell'art 77 del d.lgs. n. 276/2003 la competenza territoriale è limitata per le Commissioni istituite presso le Direzioni Territoriali del lavoro e per quelle costituite ad iniziativa degli Enti bilaterali. Nel primo caso le parti dovranno rivolgersi alla commissione nella cui circoscrizione si trova l'azienda o una sua dipendenza alla quale sarà adibito il lavoratore. Nel secondo caso le parti dovranno rivolgersi alle Commissioni istituite dalle rispettive associazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori. Per determinare la competenza relativa alla circoscrizione in cui si trova l'azienda o una sua dipendenza bisogna rifarsi alla dottrina ed alla giurisprudenza relativa all'art. 413 c.p.c relativo alla competenza territoriale del giudice del lavoro. Quanto agli enti bilaterali, non essendo indicato alcun criterio specifico e dato che l'art. 76, co. 1, lett. a), del d.lgs. n. 276/2003 fa riferimento a «enti bilaterali costituiti nell'ambito territoriale di riferimento», sono gli stessi Enti bilaterali a stabilire il suddetto ambito di competenza. Per quanto riguarda invece le Commissioni istituite presso le Università o Fondazioni universitarie,

(12) F. PASQUINI, M. TIRABOSCHI, *La certificazione dopo il collegato lavoro* (L.183/2010), Milano, 2011, p. 52.

(13) F. PASQUINI, M. TIRABOSCHI, *ibidem*.

la loro competenza è nazionale (cioè, caratterizzata da extraterritorialità) per cui i datori di lavoro sono totalmente liberi di scegliere a quale di esse rivolgersi per far certificare il proprio contratto. Il motivo per cui il legislatore ha previsto che la competenza delle Commissioni di certificazione istituite presso le università e le Fondazioni universitarie non sia soggetta a limitazione territoriale ma sia caratterizzata dalla extraterritorialità sembra risiedere «nell'intenzione di lasciare alle parti campo libero in ordine alla scelta circa l'ateneo che ritengano più adatto, in ragione della fiducia nelle relative competenze tecnico-specialistiche (ma, non è escluso, anche della sua collocazione territoriale)»⁽¹⁴⁾. L'art. 76, lett. c), del d.lgs. n. 276/2003 prevede che le Commissioni di certificazione istituite presso le università pubbliche e private, comprese le fondazioni universitarie registrate nell'albo appositamente istituito con decreto del Ministero del lavoro del 14 giugno 2004, ed esclusivamente nell'ambito di rapporti di collaborazione e consulenza attivati con docenti di diritto del lavoro di ruolo, ai sensi dell'art. 66 del d.P.R. 11 luglio 1980, n. 382; sono organi abilitati alla certificazione dei contratti di lavoro. Pertanto, appare evidente che «le competenze vengono attribuite non direttamente alle università, ma a docenti di ruolo a tempo pieno che svolgano attività di certificazione in regime di convenzione con soggetti privati, di vera e propria consulenza *intra moenia*»⁽¹⁵⁾. Inoltre, il co. 2 dell'art. 76 del d.lgs. n. 276/2003 stabilisce che le università hanno l'obbligo di inviare, ai fini della registrazione all'apposito albo, all'atto della registrazione e successivamente ogni sei mesi, studi ed elaborati contenenti indici e criteri giurisprudenziali di qualificazione dei contratti di lavoro con riferimento alle tipologie contrattuali indicate dallo stesso Ministero. Il Ministero del lavoro e delle Politiche sociali dovrebbe successivamente «detenere e catalogare gli elaborati prodotti dalle commissioni universitarie, non solo garantendone a tutti l'accessibilità, ai fini di studio o ricerca, ma anche e soprattutto utilizzandoli per la definizione di quei codici di buone pratiche e indici presuntivi in tema di qualificazione dei contratti di lavoro e di appalto che dovrebbero uniformare e sostenere le attività svolte sì dalle sedi universitarie, ma anche dalle commissioni costituite presso le ulteriori sedi previste dalla legge»⁽¹⁶⁾. Parte della dottrina si è interrogata sulla ragione di aver imposto un onere tanto gravoso esclusivamente a carico di queste sedi di certificazione. Tuttavia, come afferma Michele Tiraboschi «se, da un

(14) F. PASQUINI, M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, p. 68.

(15) F. PASQUINI, M. TIRABOSCHI, *ibidem*, p. 58.

(16) F. PASQUINI, M. TIRABOSCHI, *ibidem*, p. 58.

lato tale *conditio* può apparire effettivamente gravosa e discriminante, dall'altro può essere individuata una ragione specifica nella scelta del legislatore; al mondo accademico, infatti, in quanto luogo privilegiato di studio e di ricerca, sembra essere stato assegnato un ruolo attivo nella elaborazione e nell'aggiornamento dei codici di buone pratiche di cui all'art. 78 del d.lgs. n. 276/2003, sebbene dei medesimi fosse incaricato, *in primis*, il Ministero del lavoro» ⁽¹⁷⁾. Inoltre, è possibile che l'attribuzione di competenze extraterritoriali alle Commissioni istituite presso le università e le fondazioni universitarie potrebbe risiedere anche nel fatto che il legislatore intendeva "compensarle" per aver posto unicamente su di queste ultime l'obbligo di produrre ogni sei mesi, studi ed elaborati contenenti indici e criteri giurisprudenziali di qualificazione dei contratti di lavoro. Di seguito si riportano le sedi universitarie ad oggi abilitate a certificare i contratti di lavoro ed i relativi decreti ministeriali:

- Università Ca' Foscari di Venezia - Facoltà di Economia - Dipartimento di Scienze Giuridiche (D.D. 22 dicembre 2010);
- Università degli studi di Modena e Reggio Emilia - Centro Studi Internazionali e Comparati "Marco Biagi" (D.D. 22 febbraio 2005);
- Università degli studi di Genova - Dipartimento di Diritto Privato, Internazionale e Commerciale "Casaregi" (D.D. 1° giugno 2005);
- Università degli studi di L'Aquila - Facoltà di Economia (D.D. 1 settembre 2009) Dipartimento di Sistemi ed Istituzioni per l'Economia (D.D. 14 marzo 2011);
- Università degli studi di Catania - Facoltà di Giurisprudenza- Dipartimento Seminario giuridico (D.D. 15 dicembre 2009);
- Fondazione Universitaria "Marco Biagi" - Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia (D.D. 7 ottobre 2010);
- Università degli Studi di Padova - Dipartimento di Diritto Comparato (D.D. 14 ottobre 2010);
- Università degli Studi Roma Tre - Dipartimento di Economia (D.D. 14 marzo 2011);
- Università degli Studi di Pavia - Dipartimento di Economica (D.D. 23 maggio 2011);
- Università degli di Studi di Roma «La Sapienza» - Dipartimento di Scienza Giuridiche (D.D. 10 luglio 2012);
- Università degli Studi di roma «Tor Vergata» - Dipartimento di Scienze e Tecnologie della Formazione (D.D. 16 aprile 2013);
- Università degli Studi di Cassino e del Lazio meridionale - Dipartimento di Economia e Giurisprudenza (D.D. 6 maggio 2013).

(17) F. PASQUINI, M. TIRABOSCHI, *ibidem*.

Ci si può rivolgere alla Commissione di certificazione istituita presso il Ministero del Lavoro- Direzione Generale della tutela delle condizioni di lavoro- in due ipotesi:

- a) nel caso in cui il datore di lavoro abbia sedi di lavoro in almeno due province, anche di regioni diverse;
- b) nel caso in cui i datori di lavoro abbiano una sola sede e siano associati ad organizzazioni imprenditoriali che abbiano predisposto a livello nazionale schemi di convenzioni certificati dalla commissione di certificazione istituita presso il ministero del lavoro- Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro.

La competenza delle Commissioni istituite presso i Consigli provinciali dei consulenti del lavoro è legata all'ambito territoriale in cui i contratti da certificare sono stati instaurati. Tuttavia, essendo ammessa la costituzione di Commissioni unitarie di certificazione, i datori di lavoro prima di effettuare la propria scelta potranno effettuare una ricerca sul territorio per verificare l'ubicazione delle Commissioni di certificazione istituite.

Mi sembra opportuno rilevare in questa sede che il d.lgs. n. 276/2003 non prevede sanzioni in caso di eventuale incompetenza della certificazione, di conseguenza parte della dottrina ritiene da sempre che ci si trovi dinanzi ad una competenza territoriale derogabile dalla volontà delle parti, anche perché l'art. 80 del d.lgs. n. 276/2003 (relativo ai rimedi esperibili nei confronti della certificazione) non prevede impugnazione per incompetenza territoriale della Commissione di certificazione. Ovviamente, una Commissione di certificazione può legittimamente rilevare la sua incompetenza territoriale ed è vero, altresì, che essendo la certificazione un atto amministrativo (essa ha dichiaratamente e manifestamente natura di provvedimento amministrativo), è impugnabile dinanzi al TAR per violazione del procedimento nel cui ambito può rientrare anche il mancato rispetto dell'art. 77 del d.lgs. n. 276/2003 relativo alla competenza territoriale delle Commissioni di certificazione. Infatti, qualora accada che fosse emanato un provvedimento di certificazione da parte di una Commissione di certificazione territorialmente incompetente e l'incompetenza non fosse stata rilevata d'ufficio dalla Commissione stessa, la soluzione prospettata da gran parte della giurisprudenza è quella di ritenere l'atto comunque dotato di efficacia, salva la possibilità di una sua impugnazione, alquanto tempestiva, per violazione del procedimento. Al fine di evitare il rischio di vere e proprie sovrapposizioni tra i procedimenti o conflitti tra provvedimenti promananti da diverse Commissioni (vere e proprie duplicazioni di procedimenti nel caso in cui le parti adiscano contemporaneamente o in successione più Commissioni di certificazione), il legislatore con il d.m. 21 luglio 2004 ha imposto il divieto di presentare la medesima istanza a diverse sedi di certificazio-

ne ed è fatto divieto alle parti di presentare un'istanza di certificazione identica, nei presupposti e nei motivi, ad un'istanza precedente che abbia ottenuto un provvedimento di diniego. Inoltre, «l'obbligo per ogni Commissione di informare la Direzione Territoriale del lavoro competente ogni volta che venga aperta una procedura di certificazione, indicando il contratto da verificare e le parti istanti, dovrebbe far sì che tale organismo, effettuando un incrocio dei dati contenuti nelle comunicazioni ricevute, possa fungere da vero e proprio controllore relativamente a questi aspetti» ⁽¹⁸⁾.

6. La procedura di certificazione

Ai sensi dell'art. 78, co. 1, del d.lgs. n. 276/2003, la procedura di certificazione è volontaria e consegue obbligatoriamente a una istanza scritta comune dalle parti del contratto di lavoro. Risulta essere indispensabile rintracciare la reale volontarietà del ricorso alla Commissione di certificazione sia da parte del datore di lavoro che del prestatore di lavoro. Pertanto, non è possibile attivare la procedura con istanza di una sola parte del rapporto di lavoro. Difatti, l'art. 80, co. 1, del d.lgs. n. 276/2003 prevede la possibilità di impugnare davanti all'autorità giudiziaria l'atto di certificazione per vizi del consenso che scaturirebbero dalla mancanza dell'effettiva volontarietà del lavoratore, ovvero da una mancanza di libertà di scelta. Tuttavia, non si può fare a meno di rilevare che, sebbene siano presenti all'interno della procedura di certificazione tutta una serie di garanzie a beneficio della parte "debole" (il lavoratore) coinvolta nella procedura stessa, non può escludersi la possibilità che il lavoratore dia un assenso forzato alla certificazione del proprio contratto di lavoro, riducendo la manifestazione del consenso di quest'ultimo a nulla più di una mera formalità. In pratica, «vi sono i presupposti per ritenere che l'impresa potrà imporre la certificazione sfruttando tutto il proprio potere economico e contrattuale» ⁽¹⁹⁾. Infatti, il datore di lavoro, potrebbe anche inserire all'interno del documento contrattuale sottoposto alla procedura di certificazione, quale condizione indispensabile per la conclusione del contratto, un'apposita clausola concernente la manifestazione di volontà delle parti in ordine alla certificazione del contratto (una sorta di consenso preventivo alla certificazione). A tale proposito,

(18) F. PASQUINI, M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, p. 69.

(19) V. BRINO, *La certificazione dei contratti di lavoro tra qualificazione del rapporto e volontà assistita*, *Lavoro e diritto*, 2006, p. 387.

una dottrina maggioritaria (Tiraboschi) sostiene che «non paiono sussistere ragioni per cui una parte (in genere quella contrattualmente più “forte”: datore di lavoro, committente, associante in partecipazione appaltante) non possa ritenere, una volta valutati gli effetti riconnessi alla certificazione e ritenuto opportuno percorrere tale via, di stipulare contratti unicamente con soggetti che sono disponibili a sottoporli alla procedura in questione. Le ragioni alla base della scelta di certificare i propri contratti, peraltro, potrebbero essere anche unicamente la volontà di attestare la propria responsabilità sociale, differenziandosi così sul mercato, piuttosto che il perseguimento di obiettivi di certezza dei rapporti instaurati. Ancora, le parti sopra richiamate potrebbero essere spinte alla certificazione anche soltanto per una finalità di mera convenienza economica, posto che la certificazione dovrebbe effettivamente far diminuire il rischio di contenzioso, con conseguente risparmio di risorse, non solo nell'immediato. Non si vede allora come potrebbe essere preclusa ad una azienda la possibilità di scegliere la controparte contrattuale non soltanto sulla base delle competenze e attitudini alla prestazione proposta, ma anche della condivisione circa l'utilizzo della procedura di certificazione ai fini dell'esatta qualificazione del regolamento contrattuale o di singole clausole negoziali. Così argomentando non sembra potersi rilevare un vizio del consenso in capo al lavoratore/ collaboratore/associato in partecipazione/ appaltatore che si troverà semplicemente innanzi alla scelta di accettare l'attività proposta, sottoscrivendo il contratto con la suddetta clausola, oppure non accettarla, non stipulando il contratto»⁽²⁰⁾. Inoltre, pur non essendo in grado di risolvere il rischio sopra richiamato di “coartazione della volontà” del lavoratore, un'attenta, puntuale ed efficace attività di assistenza e consulenza svolta dalla Commissione di certificazione adita nei confronti delle parti può sicuramente apportare notevoli vantaggi alla parte ritenuta contrattualmente più debole (il lavoratore). Infatti, tale attività, prevista dall'art. 81 del d.lgs. n. 276/2003, è finalizzata a supportare le parti ed accrescere la loro consapevolezza sia relativamente alle scelte contrattuali che esse stanno per compiere o hanno già compiuto, sia relativamente ai diritti e ai doveri che da esse derivano.

Tale attività di assistenza alle parti, quindi, permetterebbe anche di colmare quelle “asimmetrie informative” che caratterizzano da sempre il rapporto datore di lavoro-lavoratore, a svantaggio di quest'ultimo. Inoltre, le parti vengono opportunamente informate dalla Commissione riguardo ai possibili rimedi che potrebbero essere attivati nel caso in

(20) F.PASQUINI, M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, p.71.

cui una di esse riscontrasse irregolarità e violazioni. Tale informazione viene fornita alle parti dalla Commissione sia al momento di effettuazione dell'audizione delle parti stesse, sia per iscritto in calce allo stesso provvedimento di certificazione. Per quanto attiene al momento temporale in cui le parti possono presentare l'istanza di certificazione di un contratto di lavoro, a causa della mancanza assoluta di indicazioni sia nella legge delega n. 30/2003 che nel d.lgs. n. 276/2003, in passato si sono fronteggiate due dottrine contrastanti: la prima concepiva la certificazione come uno strumento di qualificazione *ex ante*, al quale le parti potevano accedere solo contestualmente alla stipula del contratto di lavoro; la seconda ammetteva l'operatività dell'istituto anche qualora il rapporto di lavoro fosse in corso di esecuzione (uno strumento di qualificazione *ex post*). La questione è stata per lungo tempo dibattuta ed è stata risolta solo dall' art. 31, co. 17, della l. n.183/2010, che ha inserito il co. 2 all'art.79 del d.lgs. n. 276/2003, ammettendo la certificazione di contratti in corso di esecuzione. Di conseguenza, alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali, la presentazione dell'istanza di certificazione può avvenire in tre momenti: *a)* prima della stipulazione del contratto di lavoro; *b)* contestualmente alla stipulazione del contratto di lavoro; *c)* nel corso dello svolgimento del contratto di lavoro stipulato. Lo stesso art. 79, co. 2, del d.lgs. n. 276/2003, con particolare riferimento al momento di produzione degli effetti dello stesso provvedimento di certificazione, dispone che «gli effetti dell'accertamento dell'organo preposto alla certificazione del contratto di lavoro, nel caso di contratti in corso di esecuzione, si producono dal momento di inizio del contratto, ove la Commissione abbia appurato che l'attuazione del medesimo è stata, anche nel periodo precedente alla propria attività istruttoria, coerente con quanto appurato in tale sede. In caso di contratti non ancora sottoscritti dalle parti, gli effetti si producono soltanto ove e nel momento in cui queste ultime provvedano a sottoscriverli, con le eventuali integrazioni e modifiche suggerite dalla Commissione adita».

Di conseguenza, la certificazione del contratto può essere legittimamente richiesta anche qualora lo stesso, all'atto della certificazione, sia già iniziato. In questo caso gli effetti della certificazione decorrono *ex tunc*, vale a dire dalla data di stipula del contratto, solo a condizione che nel periodo antecedente all'attività istruttoria della commissione, il rapporto si sia svolto in conformità a quanto appurato dalla Commissione.

È opportuno in questa sede, altresì, specificare che nel caso di certificazione dei contratti di appalto, subappalto e di contratti di lavoro di lavoratori non assunti con contratto a tempo indeterminato inerenti a lavorazioni in ambienti confinati o sospetti di inquinamento, la certificazione dei contratti deve essere effettuata preventivamente rispetto

alla decorrenza di tali contratti. In altre parole, i suddetti lavoratori non possono essere adibiti ad attività lavorative in ambienti confinati o sospetti di inquinamento prima che i relativi contratti di lavoro vengano sottoposti al vaglio di una Commissione di certificazione e da quest'ultima certificati.

Per ambienti confinati si intendono: tubazioni, canalizzazioni, serbatoi, silos, vasche, recipienti e simili, mentre gli ambienti sospetti di inquinamento, ai sensi dell'art. 66 del d.lgs. n. 81/2008, sono: pozzi neri, fogne, camini, fosse, gallerie e in generale in ambienti e recipienti, condutture, caldaie e simili, ove sia possibile il rilascio di gas deleteri, senza che sia stata previamente accertata l'assenza di pericolo per la vita e l'integrità fisica dei lavoratori medesimi, ovvero senza previo risanamento dell'atmosfera mediante ventilazione o altri mezzi idonei. Nella generalità dei casi, l'istanza di certificazione deve contenere i seguenti requisiti essenziali:

- a) l'esatta individuazione delle parti richiedenti, del loro domicilio e della sede o della dipendenza dell'azienda interessata;
- b) l'indicazione della natura giuridica e del tipo di contratto per il quale si richiede la certificazione e della specifica qualificazione negoziale delle parti;
- c) l'indicazione espressa degli effetti civili, amministrativi, previdenziali e fiscali in relazione ai quali le parti chiedono la certificazione;
- d) l'allegazione del contratto da certificare debitamente sottoscritto in triplice originale contenente i dati anagrafici e fiscali delle parti;
- e) la dichiarazione esplicita che non vi sono altri procedimenti certificatori e ispettivi pendenti e che non sono stati emessi precedenti provvedimenti ispettivi o di diniego di certificazione sulla medesima istanza, oppure, in caso di sussistenza di tali provvedimenti, l'allegazione di copia degli stessi. Quanto detto è necessario dal momento che la pendenza di un procedimento di certificazione davanti a uno degli organi di certificazione previsti dalla legge, ai sensi dell'art. 12 del d.m. 21 luglio 2004, rende improcedibile la riproposizione della medesima istanza davanti allo stesso o altro organo;
- f) la sottoscrizione in originale delle parti e, nel caso che una o entrambe le parti stesse non siano persone fisiche, l'indicazione della legale qualità dei firmatari;
- g) l'allegazione di copia del documento di identità dei firmatari;
- h) numero 2 marche da bollo da euro 14,62 (oltre quella da apporre sull'istanza).

Nella prassi, ogni Commissione di certificazione adotta un proprio modello di istanza, specifico a seconda del tipo di contratto per cui si

richiede la certificazione, contenente tutti gli elementi di cui sopra, che viene trasmesso alle parti del contratto che richiedono la certificazione per la debita compilazione.

7. Fasi della procedura di certificazione

L'istanza di certificazione, completa degli allegati richiesti, può essere presentata alla Commissione mediante corriere o lettera raccomandata con avviso di ricevimento, mediante consegna a mano ovvero - ove venga attivata dalla Commissione - secondo una procedura telematica con invio tramite posta elettronica certificata (PEC). Dalla data di ricezione dell'apposita istanza ovvero dal ricevimento dell'eventuale ulteriore documentazione che venga richiesta dalla Commissione, decorre il termine di cui all'art. 78, co. 2, lett. b), del decreto legislativo, ai sensi del quale il procedimento deve essere portato a termine entro 30 giorni dal ricevimento dell'istanza. Tale termine secondo la dottrina maggioritaria risulta essere di tipo ordinatorio e non perentorio.

Il procedimento di certificazione può concludersi con l'emanazione del provvedimento di certificazione o con l'emanazione di un atto di diniego. L'art. 78, co. 2, lett. a), del d.lgs. n. 276/2003, afferma che «l'inizio del procedimento deve essere comunicato alla Direzione provinciale del lavoro che provvede a inoltrare la comunicazione alle autorità pubbliche nei confronti delle quali l'atto di certificazione è destinato a produrre effetti. Le autorità pubbliche possono presentare osservazioni alle commissioni di certificazione». Le autorità pubbliche cui si riferisce la norma sono: INPS, INAIL, ENPALS, ENASARCO, Agenzia delle Entrate, ecc. Tali autorità possono presentare osservazioni alle Commissioni di certificazione entro 30 giorni dall'inizio del procedimento. La comunicazione dell'inizio del procedimento viene comunicata alle autorità pubbliche di cui sopra a cura della Commissione di certificazione che ha ricevuto l'istanza di certificazione presentata dalle parti. Il Presidente della Commissione di certificazione, una volta ricevuta l'istanza di certificazione presentata dalle parti e valutata la regolarità e completezza della documentazione presentata, verifica la correttezza del contratto scelto dalle parti e provvede a convocare le parti al fine di procedere all'audizione delle stesse per potere, successivamente, procedere alla certificazione del contratto. La convocazione può avvenire anche a mezzo fax o a mezzo di posta elettronica. Tuttavia, qualora la stessa documentazione risulti irregolare o carente ovvero il contratto scelto dalle parti non sia corretto, il Presidente della Commissione di certificazione, provvede a richiedere alle parti le integrazioni del caso

e propone eventuali modifiche e/o integrazioni, comunicando loro la contestuale sospensione del termine di cui all'art. 78, co. 2, lett. b), del decreto legislativo. Ai sensi dell'art. 81 del d.lgs. n. 276/2003, «le sedi di certificazione di cui all'art. 75 svolgono anche funzioni di consulenza e assistenza effettiva alle parti contrattuali, sia in relazione alla stipulazione del contratto di lavoro e del relativo programma negoziale sia in relazione alle modifiche del programma negoziale medesimo concordate in sede di attuazione del rapporto di lavoro, con particolare riferimento alla disponibilità dei diritti e alla esatta qualificazione dei contratti di lavoro». È proprio nella fase di audizione delle parti che, come specificato dalla circolare del Ministero del Lavoro n. 48/2004, che le Commissioni di certificazione svolgono la propria, fondamentale, attività di consulenza ed assistenza alle parti stesse sia in relazione alla stipulazione del contratto di lavoro e del relativo programma negoziale sia in relazione alle modifiche del programma negoziale medesimo, concordate in sede di attuazione del rapporto di lavoro, con particolare riferimento alla disponibilità dei diritti ed alla esatta qualificazione dei contratti di lavoro. Tale attività di assistenza e consulenza, «se svolta in maniera effettiva da una commissione autorevole e competente, sarebbe in grado di rimuovere le asimmetrie informative che generalmente caratterizzano gran parte dei rapporti di lavoro e che determinano uno svantaggio considerevole ai danni del lavoratore. Dalla certificazione, in tal modo, il lavoratore potrebbe ricavare significativi vantaggi in termini di consapevolezza di quanto sottoscritto o in corso di sottoscrizione»⁽²¹⁾. L'audizione delle parti è prevista dall'art. 5 d.m. 21 luglio 2004, il quale afferma che «Le parti devono presentarsi dinanzi alla commissione nella data e nell'ora stabilite. L'eventuale assenza anche solo di una delle parti rende improcedibile l'istanza e rende necessaria la presentazione di una nuova domanda ai sensi dell'art. 3. L'audizione delle parti ha per oggetto l'assunzione di informazioni sui fatti e sugli elementi dedotti o da dedurre nel contratto di lavoro di cui si chiede la certificazione le parti presenziano personalmente all'audizione e, solo in caso di comprovate motivazioni valutate dal presidente della commissione, possono farsi rappresentare da un soggetto appositamente delegato.» L'audizione di cui al suddetto articolo del d.m. 21 luglio 2004 può essere effettuata con l'assistenza delle rispettive organizzazioni sindacali o di categoria ovvero da un professionista abilitato. Inoltre, come specificato dalla circolare n. 48/2004, l'assistenza è necessaria qualora la parte sia presente in persona di un proprio rappresentante. Nell'offrire consulenza

(21) F. PASQUINI, M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, p. 73.

ed assistenza le commissioni avrebbero dovuto tenere conto dei codici di buone pratiche per l'individuazione delle clausole indisponibili in sede di certificazione dei rapporti di lavoro che dovevano essere adottate dal ministero del lavoro con proprio decreto ai sensi dell'art. 78, co. 4, del d.lgs. n. 276/2003. Tuttavia, tale decreto non è mai stato adottato e lo stesso ministero del lavoro, con circolare n. 48/2004, ha specificato che la Commissione deve operare secondo le disposizioni contenute nel suo regolamento interno. Durante la fase dell'audizione si crea un confronto diretto e trasparente tra le parti e la Commissione, che non solo rappresenta la sede ideale per individuare gli elementi utili alla certificazione di alcune tipologie contrattuali e per fare emergere fin da subito eventuali abusi, che diversamente si trascinerrebbero nel rapporto di lavoro, ma è anche il momento in cui, attraverso l'attività di assistenza e consulenza alle parti, si possono modificare le pattuizioni o l'impostazione del contratto, per così dire aggiustando il tiro fin dall'inizio al fine di evitare l'emergere del contenzioso in futuro. Successivamente, ai sensi dell'art. 3, co. 5, del d.m. 21 luglio 2004, completato l'esame della documentazione prodotta ed espletata l'audizione delle parti, viene redatto l'atto di certificazione ai sensi dell'art. 6 del medesimo decreto ministeriale. L'atto di certificazione, integrato dal verbale che contiene l'esito dell'audizione delle parti, ai sensi dell'art. 78, co. 2, lett. c), del d.lgs. n.276/2003, deve essere motivato (in modo da consentirne il vaglio in sede di giudizio) e contenere il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere. Inoltre, l'art. 6, co. 2, del d.m. 21 luglio 2004 dispone che il provvedimento di certificazione deve contenere esplicita menzione degli effetti civili, amministrativi, previdenziali o fiscali in relazione ai quali le parti richiedono la certificazione ed esso deve dare atto di tutte le fasi procedurali scaturite dalla istanza di certificazione. L'art. 6 del d.m. 21 luglio 2004, ai co. 4 e 5 dispone che il provvedimento viene sottoscritto, ai fini della validità, dai componenti di diritto della commissione e che viene rilasciata copia del provvedimento alle parti del contratto di lavoro che hanno sottoscritto l'istanza di certificazione. Ai sensi dell'art. 78, co. 3, del d.lgs. n. 276/2003, i contratti di lavoro certificati e la relativa pratica di documentazione, devono essere conservati presso le sedi di certificazione per un periodo di almeno cinque anni a far data dalla loro scadenza. Inoltre, copia del contratto certificato può essere richiesta dal servizio per l'occupazione competente, oppure dalle autorità pubbliche nei confronti delle quali l'atto di certificazione è destinato a produrre effetti (INPS, INAIL, ENASARCO, Agenzia delle entrate, ecc).

8. Natura giuridica ed effetti dell'atto di certificazione

L'atto di certificazione è indubbiamente un atto di natura amministrativa, poiché lo stesso art. 6 del d.m. 21 luglio 2004 al primo comma afferma che «l'atto di certificazione ha natura di provvedimento amministrativo» e, in quanto tale, «deve essere motivato e contenere l'indicazione dei rimedi esperibili avverso di esso, del termine, nonché delle autorità cui è possibile ricorrere, ai sensi dell'art. 80 del d.lgs. n. 276/2003».

Tuttavia, secondo alcuni giuristi (su tutti Lorenzo Zoppoli), è ben poco chiaro il tipo di attività amministrativa che si esprime attraverso la certificazione e, conseguentemente, la natura dell'atto *quoad ad effectum*. Secondo gran parte della dottrina l'attività amministrativa che si esprime attraverso la certificazione è attività di "certazione", consistente nel dare certezza di fatti giuridicamente rilevanti e tale certezza viene esternata nel certificato. Infatti, con essa l'organo competente attesta che una determinata attività è stata svolta con certe forme rilevanti giuridicamente. Di conseguenza, viene conferita certezza alla dichiarazione delle parti di porre in essere un rapporto di lavoro con determinate caratteristiche. Come messo in risalto da Luca Nogler, il compito del soggetto certificatore è di accertare ovvero verificare che il contenuto del contratto stipulato tra le parti rispetti le previsioni normative e sia conforme al *nomen juris* del contratto scelto ⁽²²⁾. Secondo Lorenzo Zoppoli, la certificazione è «attività confermativa di una volontà negoziale già espressa dalle parti, magari con l'assistenza del *certifier*, ma che conferisce a tale volontà un valore aggiunto. Perciò si può concludere nel senso che si è essenzialmente in presenza di attività di certazione, in cui si ha esercizio di una discrezionalità tecnica da parte dell'organo competente, cui la legge attribuisce la potestà di immettere nel mondo giuridico delle realtà solo giuridiche imponendone l'uso a tutti» ⁽²³⁾.

L'art. 79 del d.lgs. n. 276/2003 stabilisce che gli effetti dell'accertamento del contratto effettuato dall'organo preposto alla certificazione del contratto di lavoro permangono, anche verso i terzi, fino al momento in cui sia stato accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili ai sensi dell'art. 80 del d.lgs. n. 276/2003, cioè fino a che non sia pronunciata una sentenza che riconosca l'erronea qualificazione del contratto o la difformità fra il programma negoziale certificato e quello attuato, o vizi del consenso, fatti salvi i provvedimenti cautelari.

(22) Cfr. L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, Working Paper Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"- 008/2003, p. 7.

(23) L. ZOPPOLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: le liasons dangereuses*, Working Paper Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"- 102/2010, p. 13.

Si evince che la certificazione dei contratti di lavoro può essere opposta, fino alla sentenza di merito di cui sopra, a tutti i soggetti terzi nei cui confronti esplica effetti, compresi gli organismi ispettivi e di vigilanza degli istituti previdenziali e assistenziali (INPS, INAIL, ENPALS, ENASARCO, INPGI, ecc.) dell'amministrazione finanziaria (Agenzia delle Entrate) e del Ministero del Lavoro (Servizio ispettivo delle DTL). Gli effetti della certificazione del contratto di lavoro sono rilevantissimi nei confronti degli istituti previdenziali e assistenziali, poiché una diversa qualificazione del contratto di lavoro determina un differente trattamento dei profili previdenziali ed assistenziali delle prestazioni lavorative e, di conseguenza, può condurre ad eventuali recuperi delle differenze contributive dovute. Tuttavia, la certificazione del contratto di lavoro sarà opponibile nei confronti degli organi di vigilanza, sia degli istituti previdenziali e assicurativi, sia delle altre autorità pubbliche e questo rappresenta un innegabile vantaggio per il datore di lavoro che sottopone a certificazione il contratto di lavoro. Infatti, fino a che permangono gli effetti della certificazione gli organismi di vigilanza non possono adottare atti o provvedimenti amministrativi che si fondino su una qualificazione del rapporto di lavoro in contrasto con quella certificata, poiché fino alla sentenza di merito che accerti l'invalidità del provvedimento di certificazione e riqualifichi in modo differente il contratto precedentemente certificato, i terzi rimangono vincolati alle risultanze della certificazione, subendone gli effetti e rimanendo impediti nell'agire in contrasto a quanto è stato certificato. La certificazione «conferisce una forma di stabilità al contratto di lavoro, con riguardo alla tenuta giudiziaria e agli effetti che è in grado di generare nei confronti dei terzi richiamati, determinando, appunto fino alla statuizione giudiziaria di merito (quindi anche non definitiva) una presunzione, di valore peraltro provvisorio, tra l'oggetto della certificazione e quanto si presume realmente integrante il contratto al quale la stessa si rivolge»⁽²⁴⁾. È opportuno specificare in questa sede che la certificazione non può impedire ai soggetti che si occupano di vigilanza e di controllo l'effettuazione delle verifiche di propria competenza, anche nei confronti del contratto certificato. Difatti, la certificazione non blocca l'ispezione del lavoro né quella previdenziale, assicurativa o fiscale. Ciò che cambia è l'iter procedurale seguito dai soggetti preposti, i quali, anche qualora dovessero verificare un'errata qualificazione di un contratto certificato, non possono procedere ad effettuare recuperi previdenziali, intimando direttamente il pagamento di contributi e sanzioni ma si devono limitare

(24) P. RAUSEI, *Collegato lavoro: certificazione dei contratti*, Milano, 2011, p. 296.

a verbalizzare le irregolarità riscontrate. Una precisa presa di posizione relativamente all'efficacia della certificazione dei contratti di lavoro nei riguardi di un'ispezione del lavoro è stata assunta dall'INPS attraverso la circolare n. 71 del 1° giugno 2005. In tale circolare l'INPS prevede che qualora nel corso della normale attività di vigilanza, venga accertata, con riferimento ad un rapporto di lavoro svolto sulla base di un contratto certificato, una discordanza tra il programma negoziale certificato e quello concretamente rilevato in sede di visita ispettiva dalla quale derivino addebiti contributivi a credito dell'istituto, il funzionario di vigilanza, fermi restando gli altri aspetti della verifica che formeranno oggetto del verbale conclusivo, deve procedere alla notifica di un distinto verbale ispettivo contenente unicamente gli elementi a sostegno delle ragioni dell'istituto e la quantificazione (ai soli fini cautelari) delle somme ritenute dovute. Sulla base di questo specifico verbale, successivamente le sedi territoriali INPS potranno esperire il tentativo di conciliazione obbligatorio presso la Commissione di certificazione che ha certificato il contratto di lavoro e, in base all'esito del tentativo di conciliazione, gli uffici territoriali dell'INPS potranno assumere i seguenti provvedimenti: la ridefinizione o l'annullamento dell'addebito, oppure la trasmissione degli atti all'avvocatura di sede per attivare il giudizio dinanzi al Giudice del Lavoro.

È opportuno ricordare che sul tema della rilevanza della certificazione nei confronti delle procedure ispettive è intervenuta la direttiva in materia di servizi ispettivi e attività di vigilanza in tema di lavoro e previdenza sociale del 18 settembre 2008 del ministro del lavoro (la c.d. direttiva Sacconi), che ha attribuito espressamente ulteriore efficacia alla certificazione dei contratti. La stessa circolare afferma espressamente che «Nella propria opera di direzione e coordinamento la Direzione Generale per l'attività ispettiva dovrà tenere conto, anche al fine di ottimizzare le risorse disponibili, della presenza di forme di controllo sociale (come gli enti bilaterali) o anche forme di controllo istituzionale alternative (come le sedi di certificazione dei contratti di lavoro e di appalto), riservando una particolare attenzione alle situazioni che sono totalmente esenti da controllo o verifica preventiva.» Difatti, tale direttiva ministeriale ha stabilito che nei confronti dei rapporti di lavoro, sia autonomi (collaborazioni, associazioni in partecipazione, collaborazioni occasionali), sia flessibili (rapporti part time, a chiamata, a termine), occorre attivare un procedimento ispettivo soltanto quando i rispettivi contratti individuali non sono stati preventivamente certificati da una delle commissioni di certificazione regolarmente costituite. Nel caso dei rapporti di lavoro autonomi (collaborazioni coordinate e continuative a progetto, associazioni in partecipazione, collaborazioni occasionali) la direttiva Sacconi

prescrive che «Con riferimento ai contratti di collaborazione coordinata e continuativa, in qualsiasi modalità anche a progetto, e alle associazioni in partecipazione con apporto di lavoro si dovrà concentrare l'accertamento ispettivo esclusivamente su quelli che non siano già stati sottoposti al vaglio di una delle commissioni di certificazione di cui all'art. 76 del d.lgs. n. 276/2003, in quanto positivamente certificati o ancora in fase di valutazione, salvo che non si evinca con evidenza immediata e non controvertibile la palese incongruenza tra il contratto certificato e le modalità concrete di esecuzione del rapporto di lavoro. Nei riguardi dei contratti non certificati l'ispettore del lavoro dovrà acquisire, confrontando i contenuti del programma negoziale con le dichiarazioni rese dal lavoratore interessato e dagli altri che eventualmente con lo stesso collaborino, tutti gli elementi utili a valutare la corretta qualificazione del rapporto di lavoro, in linea con quanto precisato nelle circolari n. 1 del 2004 e n. 17 del 2006 (senza tenere conto della elencazione di attività e delle preclusioni contenute nella circolare n. 4 del 2008, da ritenersi complessivamente non coerenti con l'impianto e le finalità della «legge Biagi»), evidenziandoli specificamente nel verbale di accertamento e notificazione col quale si disconosca la natura autonoma del rapporto investigato, contrastando l'uso fraudolento del contratto di collaborazione. Le collaborazioni coordinate certificate saranno oggetto di verifica ispettiva soltanto a seguito di richiesta di intervento del lavoratore interessato e sempreché sia fallito il preventivo tentativo di conciliazione monocratica». La suddetta Direttiva prescrive, altresì, che «Anche nell'ambito della vigilanza relativa ai contratti di lavoro flessibile (lavoro a tempo determinato, a tempo parziale, intermittente, occasionale) l'attenzione degli ispettori dovrà concentrarsi soltanto sui contratti non certificati. Le verifiche dovranno essere mirate a contrastare l'uso distorto degli istituti contrattuali in argomento, con specifico riguardo all'utilizzo del lavoratore al di fuori del regime di flessibilità contrattato e in coerenza con le linee guida e gli indirizzi interpretativi forniti dal Ministero. I contratti certificati potranno formare oggetto di verifica ispettiva solo a seguito di richiesta di intervento del lavoratore e dopo il fallimento del tentativo di conciliazione monocratica.» Riassumendo, nel caso in cui il contratto sia stato certificato, l'ispezione può avere luogo solo in due situazioni tassativamente indicate dalla direttiva: *a)* a seguito di richiesta di intervento del lavoratore, dopo che sia fallito il tentativo di conciliazione monocratica; *b)* in caso di palese incongruenza tra il contratto certificato e le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa. Inoltre, secondo la c.d. direttiva Sacconi, anche relativamente ai contratti di appalto l'ispezione deve concentrarsi solo sui contratti non certificati. Questa direttiva, nella prassi, risulta essere seguita scrupo-

losamente dagli ispettori del lavoro, ampliando notevolmente i vantaggi che i datori di lavoro possono ottenere attraverso la certificazione dei contratti di lavoro dei dipendenti delle proprie aziende: tali contratti di lavoro, una volta certificati, assumono una presunzione di legittimità (o meglio di conformità alla legge) in base alla quale non vengono sottoposti al vaglio degli ispettori, a meno che non si verifichino le due ipotesi precedentemente richiamate dalla suddetta direttiva.

Relativamente alla persistenza degli effetti della certificazione, va tenuto presente che gli effetti che permangono sono quelli che ineriscono allo svolgimento del rapporto di lavoro secondo il programma negoziale concordato e successivamente certificato, poiché la “piena forza legale” della certificazione è destinata a cedere dinanzi all’erronea qualificazione del contratto di lavoro ovvero alla constatata difformità dell’attuazione del programma di lavoro rispetto a quello certificato, o ancora per il manifestarsi di vizi del consenso in sede di certificazione, o meglio nell’atto di volontà della definitiva adesione al contratto di lavoro certificato ⁽²⁵⁾.

g. I rimedi giudiziari esperibili nei confronti della procedura di certificazione dei contratti di lavoro

L’art. 80, co. 1, del d.lgs. n. 276/2003 ha stabilito che nei confronti dell’atto di certificazione, le parti ed i terzi nella cui sfera giuridica l’atto stesso è destinato a produrre effetti possono proporre ricorso presso l’autorità giudiziaria di cui all’art. 413 c.p.c., per i seguenti motivi:

- erronea qualificazione del contratto;
- difformità tra programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione;
- vizi del consenso (errore, violenza, dolo).

Relativamente all’impugnazione del contratto certificato a causa dell’erronea qualificazione del contratto, è opportuno evidenziare che «l’impugnazione per erroneità della qualificazione altro non è che un’ordinaria azione di accertamento della natura giuridica del rapporto, che presuppone una cognizione, con conseguente potere di disapplicazione, dell’atto amministrativo illegittimo: il giudice del lavoro disapplica l’errata (più che “erronea”) certificazione perché illegittima (e non per errore-vizio della volontà), e conseguentemente riqualifica il rapporto privatistico. Non v’è luogo ad alcuna invalidazione né dell’atto ammini-

(25) P. RAUSEI, *op. cit.*, p. 293.

strativo, né tanto meno del contratto di lavoro, così come non invalida alcunché il giudice che accoglie la domanda del lavoratore o dell'ente previdenziale diretta a far valere la natura subordinata del rapporto. L'equivoco incombente fa capo alla già rilevata confusione tra volontà negoziale e qualificazione, mai del tutto espunta dal dibattito dottrinale e (conseguentemente) politico-legislativo: deve essere invece chiaro che solo la volontà negoziale può essere invalidata per vizi nella formazione del consenso (e potrà trattarsi di errore di fatto come di errore di diritto); la qualificazione, invece, può essere esatta o errata, ed è imputabile all'ordinamento, per il tramite di un organo giurisdicente. Altro e distinto problema, poi, è quello della eventuale patologia nel processo di formazione del giudizio qualificatorio in capo ai soggetti certificatori, ma si tratterà allora, come si dirà tra breve, di vizio dell'atto amministrativo, ridondante nell'eccesso di potere»⁽²⁶⁾. Nel caso di erronea qualificazione del contratto di lavoro, secondo quanto afferma Pierluigi Rausei, «sembra doversi escludere qualsiasi responsabilità colposa della commissione di certificazione se, nel qualificare il contratto di lavoro, la Commissione si è attenuta alle linee guida indicate dal Ministero del lavoro nella circolare n. 48/2004. Allo stesso modo nessuna responsabilità potrà sorgere in capo ai commissari se la procedura di certificazione è stata svolta secondo le disposizioni del d.lgs. n. 276/2003. Invece, ben diversa è la questione nei casi in cui il provvedimento di certificazione venga ritenuto non legittimo per differente qualificazione del contratto di lavoro perché si appura che: non siano stati rispettati i criteri indicati nelle linee guida ministeriali; da parte della Commissione stessa vi sia stata mancanza o carenza di attività istruttoria; il procedimento di certificazione sia viziato; la Commissione abbia erroneamente qualificato il rapporto. In tutti questi casi la Commissione può incorrere in una ipotesi di "errore tecnico" ed, in forza di ciò, essere soggetta alle regole tipiche della responsabilità prevista dall'art. 28 della Costituzione per le amministrazioni pubbliche»⁽²⁷⁾. A tale proposito parte della dottrina ritiene che sia possibile proporre un'azione di responsabilità aquiliana o extracontrattuale in capo alla Commissione di certificazione che ha erroneamente qualificato il contratto ex art. 2043 c.c. per il danno arrecato al datore di lavoro, che in assoluta buona fede si sia affidato alle valutazioni ed alla qualificazione del contratto effettuata dalla Commissione stessa. Tuttavia, è opportuno evidenziare che mentre l'accertamento giudiziale relativo all'erronea

(26) A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro, working papers del Centro Studi di diritto del lavoro europeo "Massimo D'Antona*, n. 19-2004, p. 33.

(27) P. RAUSEI, *op. cit.*, p. 305.

qualificazione del contratto opera fin dal momento della stipula del contratto, quello, di solito maggiormente richiesto dai lavoratori, relativo alla difformità tra programma negoziale e programma effettivamente realizzato opera dal momento in cui ha avuto inizio la difformità di cui sopra. Infatti, nella pratica possono verificarsi tre situazioni:

- a) le parti solo dopo un certo periodo di tempo dalla stipula del contratto e dalla certificazione decidono di porre in essere un negozio diverso da quello certificato;
- b) le parti, simulando un tipo di contratto, lo hanno certificato ma, realmente, ne hanno dissimulato un altro tipo;
- c) le parti fin dall'inizio hanno un comportamento concreto che ha per conseguenza una diversa qualificazione del contratto.

Nel primo caso il giudice accerta da quale data vi sia stato un accordo (tacito o espresso) modificativo o innovativo del precedente contratto certificato e di conseguenza la diversa qualificazione non potrà che operare dal momento in cui ha avuto inizio la difformità del programma negoziale. Invece negli altri esempi il giudice avrà la possibilità di valutare alcuni elementi che la Commissione di certificazione non aveva avuto modo di valutare o perché nascosti (nel caso del contratto simulato) o perché posti in essere dopo l'avvenuta certificazione ma comunque fin dal primo momento in cui vi è stata la prestazione lavorativa. In questi ultimi due casi l'accertamento giudiziale opererà fin dalla stipula del contratto stesso.

La legge prevede come condizione di procedibilità che chiunque intenda procedere all'impugnazione in sede civile del contratto certificato debba prima rivolgersi alla Commissione di certificazione che ha certificato il contratto, al fine di espletare un tentativo obbligatorio di conciliazione. Inoltre, l'eventuale soluzione conciliativa adottata in quella sede godrà del carattere di inoppugnabilità, poiché la procedura prevista è conforme alle disposizioni contenute nell'art. 410 c.p.c. ⁽²⁸⁾. Nell'ambito della giurisdizione ordinaria, l'azione di annullamento della certificazione dovrà essere proposta innanzi al Tribunale del lavoro, in quanto la domanda relativa all'individuazione dell'erronea qualificazione ovvero della non corrispondenza tra il contratto certificato e lo svolgimento concreto del rapporto di lavoro rientra tipicamente nell'ambito dell'art. 409 c.p.c., in quanto finalizzata a dimostrare l'esistenza del lavoro subordinato, «in tal senso opera l'espresso richiamo all'art. 413 del codice di procedura civile da parte dell'art. 80, comma 1, del d.lgs. n.276/2003, implicando che i criteri di competenza stabiliti da questa

(28) V. LIPPOLIS, *La certificazione dei contratti di lavoro: l'esperienza della D.PL di Modena*, p. 7 del dattiloscritto, in <http://www.dplmodena.it>.

disposizione prevalgono, eventualmente, su quelli differenti derivanti dall'art 444 del codice di procedura civile, nei casi in cui la certificazione è impugnata a fini previdenziali»⁽²⁹⁾. Competente per materia è il Tribunale in funzione di giudice del lavoro, la competenza territoriale si ricava in base alla circoscrizione in cui è sorto il rapporto, ovvero in base a dove è ubicata l'azienda o il reparto o la sede cui il lavoratore era addetto o in cui prestava lavoro. Sembra opportuno rilevare in questa sede che «nel decidere sulla controversia il giudice del lavoro non andrà a decidere sulla legittimità dell'atto di certificazione o sui vizi che eventualmente lo riguardano, ma si limiterà a conoscere in via incidentale del provvedimento di certificazione, disapplicandolo nel caso in cui rilevi un'erronea qualificazione del contratto o la difformità tra il contratto e la dinamica effettiva del rapporto di lavoro, procedendo ad una più corretta individuazione della fattispecie normativa oggetto del giudizio»⁽³⁰⁾.

Inoltre, ai sensi dell'art. 80, co. 5, del d.lgs. n. 276/2003 avverso il provvedimento di certificazione è ammesso ricorso giurisdizionale amministrativo, entro 60 giorni a pena di decadenza, ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. n. 104/2010, innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale nella cui giurisdizione ha sede la commissione che ha certificato il contratto di lavoro. Infatti, in quanto l'atto di certificazione è a tutti gli effetti un provvedimento amministrativo, può per tale ragione essere impugnato dinanzi al TAR per violazione del procedimento (in questo caso si fa riferimento alla violazione delle norme disciplinanti procedura di certificazione) e per eccesso di potere. Il ricorso al TAR di regola non sospende l'efficacia e l'esecuzione del provvedimento impugnato.

10. Le sentenze dei giudici di merito riguardanti la certificazione dei contratti

Le sentenze che hanno, finora, interessato direttamente l'istituto della certificazione dei contratti di lavoro non sono moltissime. Due provengono dal Tribunale di Bergamo (sentenze 20 maggio 2010, n. 416 e 12 ottobre 2010, n. 718), una dal Tribunale di Milano (sentenza 22 giugno 2009, n. 2647) una dalla Corte d'Appello di Brescia (22 febbraio 2011, n. 70).

La sentenza 22 giugno 2009, n. 2647 del Tribunale di Milano riguarda l'utilizzo della certificazione come strumento di difesa rispetto agli esiti di indagini ispettive effettuate da un Istituto previdenziale nei confronti

(29) P. RAUSEI, *op. cit.*, p. 315.

(30) P. RAUSEI, *op. cit.*, p. 316.

di un contratto di appalto certificato. Tale sentenza ha confermato senza mezzi termini l'efficacia della certificazione, affermando che la certificazione dei contratti è opponibile anche all'INPS qualora dal medesimo non venga attivato il tentativo di conciliazione presso la Commissione di certificazione che ha certificato il contratto e, all'esito dello stesso, non venga poi promosso il giudizio avanti al giudice del lavoro secondo quanto previsto dall'art. 80 del d.lgs. n. 276/2003.

Le altre tre pronunce (sentenze 20 maggio 2010, n.416 e 12 ottobre 2010, n. 718 e del Tribunale di Bergamo e la sentenza della Corte d'Appello di Brescia, sezione lavoro del 22 febbraio 2011, n.70) riguardano la vicenda relativa ai soci lavoratori di una cooperativa lombarda, assunti con contratti di lavoro a progetto certificati dalla Commissione di certificazione del centro Studi "Marco Biagi" dell'Università di Modena e Reggio Emilia, rispetto ai quali i lavoratori della cooperativa, assistiti dall'Ufficio vertenze della Cgil di Bergamo, muovono una vertenza di lavoro al fini di ottenere la differente qualificazione del contratto nella forma del lavoro subordinato, con il conseguente riconoscimento delle corrispondenti differenze retributive e la conseguente valorizzazione previdenziale. Le sentenze 20 maggio 2010, n. 416 e 12 ottobre 2010, n. 718 del Tribunale di Bergamo disconoscono entrambe la qualificazione dei contratti come collaborazioni coordinate e continuative a progetto, qualificando entrambi i contratti di lavoro come contratti di lavoro subordinato. Con specifico riferimento alla certificazione del contratto, come afferma Pierluigi Rausei, i giudici bergamaschi affermano in modo netto che: *a)* «nessun rilievo riveste la certificazione (...) nella situazione in esame, vertendosi appunto nel caso di erronea qualificazione del contratto (ovvero nella natura autonoma del contratto), il ricorso giurisdizionale è certamente ammissibile e l'atto di certificazione non può certo avere efficacia vincolante» (Tribunale di Bergamo 20 maggio 2010, n. 416); *b)* il contratto (...) accompagnato da un provvedimento di certificazione (...), *ex art.* 80 del d.lgs. n. 276/2003, può formare oggetto di ricorso giudiziale per erronea qualificazione del contratto in ragione di un accertamento richiesto al Giudice della effettiva natura giuridica del contratto certificato» (Trib. Bergamo 12 ottobre 2010, n. 718).

La sentenza n. 70 del 22 febbraio 2011 della sezione lavoro della Corte d'Appello di Brescia si pronuncia sulla impugnazione della sentenza del Tribunale di Bergamo 20 maggio 2010, n. 416, promossa dalla società cooperativa presso cui i due lavoratori erano occupati. Con tale sentenza, La corte d'Appello di Brescia riqualifica, in conformità alla precedente sentenza del Tribunale di Bergamo, come rapporto di lavoro subordinato il contratto di lavoro, precedentemente certificato dalla Commissione di certificazione del centro Studi "Marco Biagi" dell'Università di Modena e Reggio Emilia, come

rapporto di collaborazione a progetto. Nella motivazione della sentenza della corte d'Appello si afferma che «la certificazione del contratto di lavoro a progetto di cui si discute da parte dell' Università di Modena e Reggio Emilia, contestata quanto alla correttezza della qualificazione del contratto, come enunciata nella scrittura delle parti, non può essere vincolante per il giudice. Se si espungono dalla certificazione tutte le affermazioni di pura valutazione, che a loro volta riprendono affermazioni di contenuto identico o analogo del contratto, al fine di enucleare le circostanze concrete che possono essere dirimenti per la qualificazione del rapporto voluto dalle parti, non rimane di questa certificazione pressoché nulla. Non è sufficiente, infatti, affermare, che il lavoratore può decidere i tempi e i modi della prestazione, se la prestazione è predeterminata in modo tale da ridurre quest'autonomia a margini di assoluta irrilevanza. Non ha alcun valore l'attestare di avere raccolto la dichiarazione del collaboratore di non essere soggetto al potere disciplinare e gerarchico, se quest'affermazione non trova riscontro in caratteristiche specifiche e concrete delle rispettive obbligazioni, che siano incompatibili con l'esistenza di un potere disciplinare e gerarchico. Per quanto riguarda poi la reale volontà negoziale del lavoratore, invocata dall'appellante, in ragione del fatto che quest'ultimo ha chiesto unitamente alla datrice di lavoro la certificazione e si è presentato alla Commissione in epoca successiva all'inizio della esecuzione del contratto, va rilevato che ben possono sussistere dubbi sulla spontaneità e condivisione dell'iniziativa, attesa la diversa posizione dei due contraenti e attesa la circostanza che questa procedura di certificazione, come si evince dalla medesima, è stata fatta contestualmente per una molteplicità di contratti a progetto, conclusi con diversi lavoratori, per il servizio di cui si tratta, e che a maggior ragione questi dubbi devono sussistere se si considera che il lavoratore è cittadino ghanese, che non necessariamente è in grado di apprezzare contenuto ed effetti di questa procedura. In ogni caso la volontà espressa dal lavoratore è stata una volontà di qualificare il contratto come contratto a progetto, ma se il contratto concluso non aveva i presupposti e le caratteristiche essenziali del contratto a progetto questa volontà è irrilevante. La giurisprudenza di legittimità, ripetutamente richiamata dall'appellante, ha più volte ribadito che la volontà negoziale espressa è elemento da cui non si può prescindere per qualificare il rapporto, ma ha sempre altresì escluso che possa essere rilevante una volontà diretta alla mera qualificazione del rapporto, a prescindere dal contenuto delle obbligazioni assunte, non essendo la natura del rapporto di lavoro, a cui accedono tutele diverse e norme inderogabili diverse, materia disponibile per le parti»⁽³¹⁾.

(31) App. Brescia, 22 febbraio 2011, n. 70.

Se si considera che tale sentenza è stata pronunciata dopo l'entrata in vigore della l. n. 183/2010 (collegato lavoro), questa sentenza assume una particolare rilevanza, dal momento che l'art. 30, co. 2, della suddetta legge afferma che «nella qualificazione del contratto di lavoro e nell'interpretazione delle relative clausole il giudice non può discostarsi dalle valutazioni delle parti, espresse in sede di certificazione dei contratti di lavoro (...) salvo il caso di erronea qualificazione del contratto». Tale disposizione è stata interpretata dai giudici della Corte d'Appello di Brescia come non vincolante a fronte della sollevata contestazione della correttezza della qualificazione del contratto da parte della commissione di certificazione.

11. L'art. 30 della l. 4 novembre 2010, n. 183: clausole generali e certificazione dei contratti

La l. n. 183/2010 (collegato lavoro alla legge finanziaria) dopo un iter parlamentare a dir poco tormentato, che ha visto perfino la mancata promulgazione da parte del Presidente della Repubblica del testo originariamente approvato ed il suo rinvio alle Camere con messaggio motivato (alcuni suoi punti suscitavano seri dubbi di incostituzionalità), è ormai da tempo legge dello Stato ed i suoi artt. 30 e 31 hanno apportato diverse ed importanti modifiche alla disciplina della certificazione dei contratti di lavoro che verranno qui di seguito descritte.

L'art. 30 della l. n. 183/2010, intitolato «clausole generali e certificazione del contratto», al co. 1 prevede con riferimento alla generalità dei rapporti sia alle dipendenze di datori di lavoro privati che pubblici in cui sia dedotta un'attività di lavoro – si tratti di rapporti di lavoro subordinato, parasubordinato o a progetto – che «in tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all'art. 409 del c.p.c e all'articolo 63, comma 1 del d.lgs. 30 marzo 2001, n.165, contengano clausole generali ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento d'azienda e recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro e al committente». Dalla lettura di questa disposizione risulta evidente l'intento del legislatore di limitare il sindacato del giudice nei casi sopra esposti. Urge a questo punto fare una precisazione. Innanzitutto le clausole generali sono norme strutturalmente incomplete che, per una precisa scelta del legislatore, demandano al giudice una attività integra-

tiva sulla scorta di standard sociali di condotta (esse rappresentano una sorta di “valvola di sicurezza del sistema giuridico”).

Di conseguenza, come afferma Maria Teresa Carinci, «l’art. 30, comma 1 non fa riferimento a clausole generali in senso tecnico; al contrario il termine “clausola generale” è qui utilizzato in modo ampio, come sinonimo di norma vaga, per indicare, cioè, tutte le disposizioni caratterizzate da elevata “generalità” o meglio genericità. (...) L’art. 30, comma 1, prevede infatti che fra le norme che contengono le cd. clausole generali vadano ricomprese quelle in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento d’azienda e recesso nel qual caso il controllo del giudice non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro e al committente. Prima di tutto è da osservare che l’art. 30 chiama in causa molte disposizioni che – per come interpretate nel diritto vivente – sicuramente non costituiscono clausole generali in senso proprio, in quanto non richiedono un’integrazione in virtù di regole sociali, ma una mera interpretazione del dettato normativo: si pensi al concetto di progetto di cui all’art. 61 d.lgs. n. 276/2003 o alla nozione di subordinazione di cui all’art. 2094 c.c. Ma quel che è da mettere in particolare evidenza è che neppure il giustificato motivo oggettivo – cioè le ragioni tecniche, organizzative, produttive (e sostitutive) cui la norma fa espresso riferimento per circoscrivere il sindacato del giudice-costituisce, per come interpretato dalla giurisprudenza maggioritaria, clausola generale in senso tecnico»⁽³²⁾. Di conseguenza la norma non introduce affatto rilevanti novità rispetto all’orientamento giurisprudenziale consolidato, anzi, non fa altro che ribadire un concetto già presente nel nostro ordinamento, poiché «è molto comune che i giudici, nel controllare la sussistenza di giustificato motivo oggettivo (di licenziamento), affermino l’insindacabilità nel merito delle decisioni del datore di lavoro e cioè la totale irrilevanza della tipologia delle modifiche che il datore intende apportare alla sua organizzazione. Come dire che una volta accertato che l’atto persegue un fine tecnico organizzativo – e che quindi è conforme alla causa in astratto protetta dall’ordinamento – è poi irrilevante accertarne le modalità (utili o inutili; buone o cattive; giuste o sbagliate; opportune o inopportune). Non di rado poi le sentenze precisano che una valutazione di tal genere non solo non è richiesta, ma addirittura è preclusa dall’art. 41 cost.»⁽³³⁾.

(32) M.T. CARINCI, *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell’art. 30, l. 183/2010, working papers del Centro Studi di diritto del lavoro europeo “Massimo D’Antona*, n. 114/2011, p. 7.

(33) M.T. CARINCI, *op. cit.*, p. 11.

L'art. 30, co. 2, della l. n. 183/2010 afferma che «nella qualificazione del contratto di lavoro e nell'interpretazione delle relative clausole il giudice non può discostarsi dalle valutazioni delle parti, espresse in sede di certificazione dei contratti di lavoro di cui al titolo VIII del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, salvo il caso di erronea qualificazione del contratto, di vizi del consenso o di difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione». Tale norma, di fatto, secondo autorevole dottrina (M.T. Carinci) non introduce alcuna novità in tema di effetti della certificazione né limiti ulteriori al sindacato del giudice; anzi, la norma si limita a ribadire che l'atto di certificazione non è incontrovertibile e che la qualificazione finale del contratto è sempre prerogativa del giudice e non può essergli sottratta, pena la violazione degli artt. 24 e 104 Cost. Infatti, «la certificazione è un atto amministrativo tramite il quale la qualificazione del contratto è dotata di forza imperativa, imponendosi alle parti e ai terzi nella cui sfera giuridica il contratto è destinato a produrre effetti (enti previdenziali, fiscali, organi ispettivi). Tale atto, tuttavia, è dotato per legge di stabilità solo relativa, nel senso che la qualificazione operata in sede di certificazione è destinata ad essere superata dalla pronuncia di merito (cfr. art. 79 d.lgs. n. 276/2003) con la quale il giudice sussuma il contratto in una diversa fattispecie, vuoi per erronea qualificazione del contratto operata in sede di certificazione, vuoi per difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione (oppure dichiarare invalido il contratto per vizi del consenso) (cfr. art. 80 d.lgs. n. 276/2003). La norma in commento si limita a riconfermare la stabilità solo relativa dell'atto di certificazione, ribadendo che l'ultima parola in tema di qualificazione spetta sempre e comunque al giudice»⁽³⁴⁾. È vero anche che l'art. 30, co. 2, della l. n. 183/2010 contiene anche un riferimento all'interpretazione delle clausole contrattuali, affermando che «nella qualificazione del contratto di lavoro e nell'interpretazione delle relative clausole il giudice non può discostarsi dalle valutazioni delle parti, espresse in sede di certificazione dei contratti di lavoro». In sostanza, però, anche questa disposizione non introduce di fatto grosse novità, poiché secondo parte maggioritaria della dottrina va considerata come una norma sull'interpretazione del contratto. Infatti, come afferma Valerio Speciale, «il giudice per non discostarsi dalla valutazione delle parti deve ricostruire l'intenzione dei contraenti. In questo ambito, il riferimento alle valutazioni espresse in sede di certificazione altro non significa che il giudice, per individuare la loro comune intenzione, deve

(34) M.T. CARINCI, *op. cit.*, p. 18.

dare particolare rilievo all'interpretazione letterale del testo contrattuale (ed in questo senso non se ne può discostare). Gli si chiede, dunque, di agire in piena coerenza con quanto la giurisprudenza afferma in relazione agli artt. 1362 ss. c.c., con l'obbligo di una motivazione adeguata del perché intenda aderire o meno al significato proprio delle parole utilizzate nell'accordo»⁽³⁵⁾. Naturalmente per determinare la comune intenzione delle parti, il giudice dovrà tenere conto e valutare anche del comportamento complessivo tenuto dalle parti in sede di certificazione del contratto.

Inoltre, il giudice nei casi di erronea qualificazione del contratto, di vizi del consenso o di difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione, in conformità alla stessa norma, non è più vincolato ad attenersi alle valutazioni espresse delle parti, in sede di certificazione dei contratti di lavoro (come dimostra anche l'esito della sentenza della Corte d'Appello di Brescia n. 70 del 22 febbraio 2011) e può riqualificare il contratto.

L'art. 30, co. 3, primo periodo, della l. n. 183/2010 introduce la certificazione anche nel contesto delle valutazioni giudiziali del licenziamento in quanto, con specifico riferimento alle ragioni che legittimano il licenziamento, dispone che «nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi ovvero nei contratti individuali di lavoro ove stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione di cui al titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni». Da questa disposizione si evince un consistente rafforzamento della certificazione. Questa norma presenta anch'essa vari aspetti di ambiguità, come afferma Maria Teresa Carinci, poiché «a fronte di tale disposizione si tratta di capire se il legislatore abbia voluto semplicemente incidere sui poteri del giudice, vuoi ribadendo i termini dell'attuale sindacato giudiziale sulle nozioni di giusta causa e giustificato motivo accolti in giurisprudenza - così riconfermando quelle nozioni -, vuoi modificando i parametri di giudizio - così indirettamente ridisegnando i concetti di giusta causa e giustificato motivo - oppure abbia addirittura voluto incidere sul rapporto fra le fonti di disciplina del rapporto di lavoro, rendendo derogabili *in pejus* a danno del lavoratore le norme in tema di giustificazione del licenziamento, legittimando non solo il contratto collettivo ma anche il

(35) V. SPEZIALE, *La certificazione e l'arbitrato dopo il "collegato lavoro"* (legge 4 novembre 2010, n. 183), *working papers del Centro Studi di diritto del lavoro europeo* "Massimo D'Antona", n. 118/2011, p. 16.

contratto individuale certificato a modificare in senso peggiorativo per il lavoratore i limiti al potere di recesso del datore di lavoro»⁽³⁶⁾. Inoltre, secondo un'autorevole dottrina (Carinci) quest'ultima interpretazione è, senza alcun dubbio, da respingere poiché «In primo luogo non pare che un esito così "rivoluzionario" quale la derogabilità *in pejus* delle norme in tema di licenziamento - uno snodo cruciale, destinato ad avere riflessi sull'intera disciplina del rapporto di lavoro - possa ricavarsi da una disposizione formulata in termini così blandi, da una norma che si limita a precisare che il giudice "tiene conto" delle clausole (fra l'altro) dei contratti individuali certificati. "Tenere conto" vuol dire considerare, ma non certo essere tenuti ad applicare, come accadrebbe invece se le clausole del contratto certificato sostituissero a pieno titolo la disciplina di legge. È da osservare, in secondo luogo, che in linea generale la certificazione dei contratti di lavoro di cui al Titolo VIII del d.lgs. n. 276/2003 per unanime interpretazione produce l'unico effetto di rendere stabili fino alla pronuncia di primo grado nei confronti dei terzi (enti previdenziali e assicurativi, ispettivi e fiscali) le determinazioni delle parti in ordine alla qualificazione del contratto ed alla disciplina del rapporto; è da escludere, invece, che in sede di certificazione possano essere validamente introdotte previsioni derogatorie *in pejus* rispetto a quelle di legge. Non è stata accolta, infatti, l'idea originaria di Marco Biagi secondo la quale il contratto individuale stipulato in una sede qualificata, ove la volontà individuale fosse risultata adeguatamente assistita, avrebbe potuto prevedere deroghe *in pejus* alla disciplina di legge. Se così è - e nessuno ormai ne dubita - sarebbe del tutto incongruo che una tale possibilità fosse introdotta oggi e con una norma tanto ambigua, proprio con riferimento ad uno snodo nevralgico e delicatissimo del rapporto di lavoro, lasciando per il resto invariato l'istituto nelle sue linee fondamentali»⁽³⁷⁾. Di conseguenza, appare più corretta l'interpretazione che l'art. 30, co. 3, della l. n. 183/2010, specifici solamente che i contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi e i contratti individuali certificati, considerati nel loro insieme, costituiscono parametri di giudizio di cui il giudice deve appunto "tener conto" nel fissare i contenuti delle norme di legge in tema di giusta causa e di giustificato motivo. Tuttavia, il giudice può motivatamente discostarsene, insomma si tratta di una norma che non limita affatto i poteri del giudice e non modifica le nozioni di giusta causa e giustificato motivo soggettivo in valse nel diritto vivente.

(36) M.T. CARINCI, *op. cit.*, p. 12.

(37) M.T. CARINCI, *op. cit.*, p. 13.

L'innovazione più importante apportata dalla l. n. 183/2010 alla certificazione dei contratti di lavoro è contenuta nell'art. 30, co. 4, della suddetta legge, il quale ha sostituito l'art. 75 del d.lgs. n. 276/2003 con il seguente «al fine di ridurre il contenzioso in materia di lavoro, le parti possono ottenere la certificazione dei contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro secondo la procedura volontaria stabilita dal presente titolo». Di conseguenza oggi si può legittimamente richiedere la certificazione non solamente per i contratti di lavoro in senso stretto ma per tutti i tipi di contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro, come ad esempio i contratti di somministrazione ed i regolamenti delle cooperative. Tutto ciò amplia di gran lunga il campo di applicazione dell'istituto della certificazione.

12. L'art. 31 della l. 4 novembre 2010, n.183: norme sulla conciliazione e l'arbitrato

L'art. 31 della l. 4 novembre 2010, n. 183 ha stabilito, tra le altre cose, che il tentativo di conciliazione rimanga obbligatorio, costituendo condizione di procedibilità per poter adire l'autorità giudiziaria, solo per i contratti certificati e che esso debba essere svolto presso la Commissione di certificazione che ha certificato il contratto. Invece, per i contratti non certificati la proposizione del tentativo di conciliazione è solo facoltativa. Inoltre l'art. 31 della l. n. 183/2010 ha apportato consistenti modifiche all'istituto dell'arbitrato ed in relazione alla certificazione dei contratti l'art. 31, co. 10, della l. n. 183/2010 ha disposto che «in relazione alle materie di cui all'art. 409 c.p.c., le parti contrattuali possono pattuire clausole compromissorie di cui all'art. 808 c.p.c. che rinviano alle modalità di espletamento dell'arbitrato di cui agli articoli 412 e 412 *quater* del c.p.c., solo ove ciò sia previsto da accordi interconfederali o contratti collettivi di lavoro stipulati dalle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. La clausola compromissoria, a pena di nullità, deve essere certificata in base alle disposizioni di cui al titolo VIII del d.lgs. 10 settembre 2003, n.276, dagli organi di certificazione di cui all'art. 76 del medesimo decreto legislativo, e successive modificazioni. Le commissioni di certificazione accertano, all'atto della sottoscrizione della clausola compromissoria, la effettiva volontà delle parti di devolvere ad arbitri le eventuali controversie nascenti dal rapporto di lavoro. La clausola compromissoria non può essere pattuita e sottoscritta prima della conclusione del periodo di prova, ove previsto, ovvero se non siano trascorsi almeno trenta giorni dalla data di stipulazione del contratto di lavoro, in tutti gli altri casi. La

clausola compromissoria non può riguardare controversie relative alla risoluzione del contratto di lavoro. Davanti alle commissioni di certificazione le parti possono farsi assistere da un legale di loro fiducia o da un rappresentante dell'organizzazione sindacale o professionale a cui abbiano conferito mandato».

In pratica, l'art. 31, co. 10, della l. n. 183/2010 permette di poter inserire nel contratto di lavoro una clausola compromissoria (che, se inserita, deve essere obbligatoriamente - a pena di nullità - oggetto di certificazione presso le commissioni di certificazione previste dall'art. 76 del d.lgs. n. 276/2003) attraverso la quale le parti si impegnano a devolvere (in maniera irrevocabile) le eventuali controversie relative al rapporto di lavoro ad un collegio arbitrale anziché all'autorità giudiziaria. Tale clausola compromissoria può essere stipulata solo dopo lo svolgimento del periodo di prova, ove previsto, ovvero, trascorsi trenta giorni dalla data di stipulazione del contratto di lavoro. Ciò è stato disposto dopo che il Presidente della Repubblica, rinviando alle camere il disegno di legge, aveva affermato che «la fase costitutiva del rapporto è il momento nel quale massima è la condizione di debolezza della parte che offre la prestazione di lavoro. In questo contesto, l'assistenza dell'organo di certificazione non è sufficiente a garantire la effettiva genuinità della volontà del lavoratore. I certificatori, infatti, non potrebbero che prendere atto della volontà dichiarata del lavoratore, una volta che sia stata confermata in una fase che è pur sempre costitutiva del rapporto e nella quale permane un'ovvia condizione di debolezza»⁽³⁸⁾. È opportuno evidenziare che la sottoscrizione della clausola compromissoria da parte del lavoratore determina la definitiva impossibilità di poter utilizzare la giustizia ordinaria per risolvere le eventuali controversie che dovessero sorgere relativamente al rapporto di lavoro. Di conseguenza, la decisione da parte del lavoratore di sottoscrivere la clausola compromissoria deve essere particolarmente ponderata, poiché l'arbitrato potrebbe fornire al lavoratore meno garanzie della giustizia ordinaria. Infatti, la versione originale del disegno di legge, fortemente censurata da Presidente della Repubblica, prevedeva che gli arbitri potessero decidere secondo equità nei limiti dei principi generali dell'ordinamento con conseguente grave riduzione delle garanzie offerte al lavoratore rispetto al ricorso alla giustizia ordinaria. Successivamente, dopo le severe critiche mosse dal Presidente della Repubblica questa disposizione è stata riformulata prevedendo che «Alcune tra le nuove forme di arbitrato, quelle previste dagli artt. 412 e 412 *quater* e dal comma 10 dell'art. 31 della l. 183/2010

(38) V. SPEZIALE, *op. cit.*, p. 8.

(in relazione al giudizio attivabile con clausola compromissoria), stabiliscono che il lodo può essere deciso secondo equità, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari»⁽³⁹⁾. Questa riformulazione della norma effettuata dopo le severe critiche del Capo dello Stato, come afferma Valerio Speciale, «dimostra la volontà di sottrarre l'arbitrato dall'applicazione delle norme inderogabili di legge e di contratto collettivo e dalla possibile impugnazione dinanzi al Tribunale per la loro violazione»⁽⁴⁰⁾. Inoltre, come previsto dall'art. 31, co. 10, della l. n. 183/2010 (collegato lavoro), l'arbitrato con clausola compromissoria non si applica alle «controversie relative alla risoluzione del contratto di lavoro», con un termine ampio che include non solo tutte le ipotesi di licenziamento, ma anche le ipotesi di dimissioni o di risoluzione per mutuo consenso.

L'art. 31, co. 12, della l. n. 183/2010 prevede che «gli organi di certificazione di cui all'art. 76 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 e successive modificazioni, possono istituire camere arbitrali per la definizione, ai sensi dell'art. 808-ter del codice di procedura civile, delle controversie delle materie di cui all'art. 409 del medesimo codice e all'articolo 63, comma 1 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165». Di conseguenza, è evidente che, nel caso in cui vengano certificate clausole compromissorie relative ad un rapporto di lavoro da una determinata Commissione di certificazione, sia la stessa Commissione, attraverso la propria camera arbitrale, a sostituirsi, in caso di controversia, al giudice ordinario. Il lodo emanato a conclusione dell'arbitrato produce tra le parti gli effetti delle conciliazioni inoppugnabili.

Un'altra importante modifica apportata dal collegato lavoro (l. 4 novembre 2010, n. 183) all'istituto della certificazione è stata quella di aver aggiunto all'art. 79 del d.lgs. n. 276/2003 il seguente comma: «gli effetti dell'accertamento dell'organo preposto alla certificazione del contratto di lavoro, nel caso di contratti in corso di esecuzione, si producono dal momento di inizio del contratto, ove la commissione abbia appurato che l'attuazione del medesimo è stata, anche nel periodo precedente alla propria attività istruttoria, coerente con quanto appurato in tale sede. In caso di contratti non ancora sottoscritti dalle parti, gli effetti si producono soltanto ove e nel momento in cui queste ultime provvedano a sottoscriverli, con le eventuali integrazioni e modifiche suggerite dalla commissione adita.» Di conseguenza, dopo l'entrata in vigore della l. n. 183/2010, gli effetti dell'accertamento della Commissione permangono, anche verso i terzi,

(39) V. SPEZIALE, *op. cit.*, p. 20.

(40) V. SPEZIALE, *ibidem*.

fino al momento in cui sia accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali (come previsto dalla previgente normativa). Ma la decorrenza degli effetti si differenzia a seconda delle situazioni oggettive. In caso di contratti già in corso di esecuzione, gli effetti della certificazione da parte della commissione si producono dal momento di inizio del contratto, se la Commissione ha appurato che la sua attuazione è stata, anche nel periodo precedente all'attività istruttoria, coerente con quanto appurato. Invece, in caso di contratti non ancora sottoscritti dalle parti, gli effetti si producono soltanto nel momento in cui le parti provvedano a sottoscriverli, con le eventuali modificazioni suggerite dalla Commissione adita.

Mi sembra opportuno, infine, riportare qui di seguito un elenco cronologico, aggiornato di tutti i provvedimenti normativi (e non) che hanno introdotto, modificato e disciplinato nel corso degli anni l'istituto giuridico della certificazione dei contratti.

Cronologia riferimenti normativi disciplinanti l'istituto della certificazione

- l. n. 30/2003: art. 1 co. 2, lett. m), punto 7; art. 4, lett. c), punto 6 e lett. d); art. 5;
- d.lgs. n. 276/2003: art. 2, co. 1, lett. h); art. 20, co. 2, lett. e); art. 68, sostituito dall'art. 15 d.lgs. n. 251/2004; art. 75, sostituito dall'art. 18 d.lgs. n. 251/2004; art. 74, il cui co. 1, lett. c-bis), e lett. c-ter), e il cui co. 1-bis sono stati introdotti dal co. 256 della l. n. 266/2005; artt. 77-84.
- d.m. 14 giugno 2004, riguardante l'istituzione dell'Albo delle Commissioni di certificazione delle Università;
- d.m. 21 luglio 2004, n. 198 che istituisce presso le Dpl e le Province apposite commissioni di certificazione;
- 15 dicembre 2004, Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 48/2004 avente ad oggetto l'istituzione delle commissioni di certificazione e dei regolamenti interni;
- 1° giugno 2005, Circolare INPS n. 71 avente ad oggetto la costituzione ed il funzionamento delle Commissioni di certificazione ai sensi degli artt. 75-84 d.lgs. n. 276/03;
- Direttiva del Ministero del lavoro 18 settembre 2008 (c.d. Direttiva Sacconi);
- Interpello n. 81 del 22 dicembre 2009 avente ad oggetto la certificazione del rapporto di somministrazione;
- Art. 27 d.lgs. n. 81/2008 come modificato dalla legge n. 106/2009 (con esclusivo riferimento alla certificazione dei contratti per lavorazioni in luoghi confinati o sospetti di inquinamento);
- l. 4 novembre 2010, n. 183 (artt. 30 e 31);

- d.P.R. del 14 settembre 2011, n. 177 (con esclusivo riferimento alla certificazione dei contratti per lavorazioni in luoghi confinati o sospetti di inquinamento).

Abstract

This paper is aimed to analyze and to illustrate the institution of the certification of labour contracts, with a special attention to the purpose and the real effects of the certification. Furthermore, this paper is also aimed to highlight the benefits of the certification of labour contracts both for the workers and for the employers. The paper begins from a short dissertation about the origins of the legal institute of the certification of labour contracts, continues with the development and the improvement of the types of contracts certifiable and it ends with the nowadays regulation of the legal institute of the certification and the related jurisprudence.

Riflessioni sull'adozione dell'arbitrato e della mediazione nella risoluzione dei conflitti per la quantificazione del danno per infrazione degli artt. 101 o 102 del TFUE

Alessandro Massolo

*Dottorando di ricerca in Law & Economics presso l'Università
LUISS «Guido Carli» di Roma*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. L'arbitrato nel diritto della concorrenza e la sua utilità nella quantificazione del danno. - 2.a. L'arbitrato e il diritto della concorrenza. - 2.b. La quantificazione dei danni per infrazione degli artt. 101 o 102 del TFUE. - 2.c. L'arbitrato nella quantificazione dei danni per infrazione degli artt. 101 o 102 del TFUE. - 3. I limiti dell'arbitrato. - 3.a. Pericoli concorrenziali e aspetti negativi dell'arbitrato. - 3.b. Tecniche per rallentare e indebolire il procedimento arbitrale. - 3.c. La mediazione: un confronto con l'arbitrato. - 4. Conclusioni.

1. Introduzione

Ciascun cittadino europeo ha diritto ad essere indennizzato per i danni che avrebbe sofferto dall'infrazione, da parte di un terzo per violazione delle norme *antitrust* europee, sulla base degli artt. 101 e 102 del Trattato del Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) ⁽¹⁾. L'art. 101 stabilisce che «sono vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno» ⁽²⁾. Inoltre, l'art. 102 vieta «lo sfrutta-

(1) COMMISSIONE EUROPEA, *Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, COM/2008/0165, Bruxelles, Belgio, 2008, disponibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008DC0165:IT:NOT>. Si veda anche NICITA, *Consumatori, Antitrust e risarcimento del Danno. Le prospettive del Libro Bianco CE*, in *Consumatori Diritti & Mercato*, 2008, n. 2, p. ...ss.

(2) UNIONE EUROPEA, *Versione consolidata del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea*, Bruxelles, 2008, in *G.U.U.E.*, C115/49, all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/J0Index.do?year=2008&serie=C&textfield2=115&Submit=Cercare&submit=Cercare&ihmlang=it>.

mento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo»⁽³⁾.

Tuttavia, la quantificazione di tale tipologia di danno è un processo molto complicato che richiede delle analisi economiche e quantitative molto raffinate. Inoltre, essendo tale analisi molto difficile e capziosa, ha indotto ciascuno stato membro ad adottare la propria procedura nazionale da seguire. Ciò ha contribuito a rendere ancor più difficile, per i consumatori danneggiati, il ricorso alla giustizia per tutelarsi. Si pensi ad esempio a un eventuale conflitto fra un consumatore francese e un'impresa polacca. I consumatori potrebbero avere in effetti maggiori difficoltà a tutelarsi nell'ambito di controversie derivanti da operazioni commerciali transfrontaliere rispetto a quelle nazionali.

Al fine di rendere ancor più accessibile il diritto alla compensazione dei danni a tutti i cittadini dell'Unione Europea, la Commissione Europea ha pubblicato, nel 2010, delle linee guida per la quantificazione del danno causato dall'infrazione degli artt. 101 o 102 del TFUE⁽⁴⁾. Lo scopo era di cercare di uniformare tale procedura per tutti gli Stati Membri. Il vero grande obiettivo della Commissione Europea, però, è di incoraggiare sempre più il ricorso alle azioni private per la risoluzione delle controversie, tra le quali sono ricomprese certamente anche quelle che derivano dall'infrazione del diritto della concorrenza. In effetti «la prassi decisionale della Commissione europea ha mostrato un deciso *favor* nei confronti dell'istituto dell'arbitrato con specifico riferimento al tema delle controversie *antitrust*»⁽⁵⁾. In particolare, la stessa sta cercando di rendere tali azioni private ancor più efficienti, soprattutto da un punto di vista dei costi e dei tempi di durata dei procedimenti. Promovendo l'utilizzo di metodi alternativi per la risoluzione dei conflitti, conosciuti più semplicemente come ADR⁽⁶⁾, ciò è iniziato già dal 2011 attraverso la pubblicazione di due proposte normative: una direttiva e un regolamento nel 2011⁽⁷⁾, entrati poi in vigore a maggio 2013.

(3) *Ibidem*.

(4) COMMISSIONE EUROPEA, *Bozza di documento di Orientamento su: Quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell' art. 101 o 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea*, Bruxelles, Belgio, 2011, non pubblicato in G.U.U.E. ma disponibile all'indirizzo: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_actions_damages/draft_guidance_paper_it.pdf.

(5) PACE, *Dizionario Sistematico del Diritto della Concorrenza*, voce 37, *Arbitrato commerciale internazionale e diritto antitrust*, a cura di Bastianon, Napoli, 2013, p. 370.

(6) ADR, *Alternative Dispute Resolution method*.

(7) COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Direttiva al Parlamento Europeo e del Consiglio sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, recante modifica*

Questo studio è una breve riflessione sull'utilizzo di tali metodi alternativi per la risoluzione dei conflitti. Più precisamente, partendo dalle direttive emesse dall'Unione Europea, e quindi ragionando in maniera generale senza scendere nei meccanismi delle giurisdizioni nazionali, si è affrontata la questione circa il fatto che l'arbitrato possa essere realmente l'ADR più efficace ed efficiente per risolvere i conflitti derivanti dalla quantificazione del danno per infrazione ex art. 101 o art. 102 TFUE, o se invece non vi possano essere altri metodi quali la mediazione per una soluzione più rapida ed efficace.

Per rispondere a tale domanda, vedremo in primo luogo quali sono gli aspetti positivi legati all'utilizzo dell'arbitrato nella risoluzione di conflitti di questo tipo, cercando di evidenziare quanto tale metodo consentirebbe alle parti un guadagno in termini di flessibilità ed efficienza. In secondo luogo, vedremo invece come l'arbitrato potrebbe non essere l'ADR più efficace e faremo un confronto con la mediazione. Infine, concluderemo sull'efficacia dell'arbitrato per la risoluzione dei conflitti derivanti dall'infrazione degli artt. 101 o 102 TFUE.

*del regolamento (CE) n. 2006/2004 e della direttiva 2009/22/CE (direttiva sull'ADR per i consumatori), COM/2011/0793, 2011, non pubblicato su G.U.U.E. ma disponibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52011PC0793:EN:NOT>; Id., *Proposta di Direttiva al Parlamento Europeo e del Consiglio relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori (regolamento sull'ODR per i consumatori), COM/2011/0794, Bruxelles, 2011. Bruxelles, 2011, non pubblicata su G.U.U.E. ma disponibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52011PC0794:EN:NOT>; PARLAMENTO EUROPEO e CONSIGLIO, *Direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori)*, Bruxelles, 21 Maggio 2013, in G.U.U.E., L 168, disponibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:165:SOM:IT:HTML>; Id., *Regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (regolamento sull'ODR per i consumatori)*, Bruxelles, 21 Maggio 2013, in G.U.U.E., L 168, disponibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:165:SOM:IT:HTML>.**

2. *L'arbitrato nel diritto della concorrenza e la sua utilità nella quantificazione del danno*

2.a. *L'arbitrato e il diritto della concorrenza*

«L'arbitrato può essere definito come una situazione nella quale un giudice o un arbitro privato, designato dalle parti, tramite un accordo comune, riceve un mandato per risolvere una controversia, emettendo una decisione arbitrale»⁽⁸⁾.

Più precisamente, l'arbitrato può svolgersi sia seguendo una procedura istituzionale, nel caso in cui vi sia una camera arbitrale che si occupa di gestire tutto il procedimento; o attraverso una procedura *ad hoc* quando sono le parti stesse a gestire l'intero processo tramite un accordo⁽⁹⁾.

Come tutti i metodi alternativi per la risoluzione dei conflitti, l'arbitrato fa della sua rapidità, confidenzialità e dei suoi più ridotti costi amministrativi, i suoi punti di forza rispetto ad un processo tradizionale dinanzi un tribunale nazionale. È proprio grazie a tali vantaggi, che l'arbitrato è una via spesso adottata soprattutto dalle imprese. Ad esempio, grazie alla sua confidenzialità esso consente di mantenere segrete alcune informazioni private sulle attività delle imprese partecipanti al conflitto.

Per ciò che concerne i conflitti legati all'infrazione del diritto della concorrenza, l'arbitrato conserva sempre i suoi aspetti positivi di efficienza e di flessibilità. Infatti, le parti hanno la libertà di poter scegliere quando servirsi dell'arbitrato, vale a dire che esse possono farlo sia *ex ante* o *ex post* rispetto al conflitto. L'unica condizione è un accordo scritto. L'utilizzo dell'arbitrato nel diritto della concorrenza può dunque avvenire in ogni momento: sia in seguito alla decisione dell'autorità della concorrenza nazionale o della Commissione Europea, in tal caso si ha generalmente un'azione privata per la richiesta di danni sofferti da altre imprese o consumatori danneggiati; sia tramite l'iniziativa di una delle parti che sostiene di essere stata vittima di una pratica anti concorrenziale. Inoltre, «se si segue ciò che è stato deciso nella decisione Eco/Suiss della Corte europea di giustizia, sembrerebbe che la tendenza sia di imporre agli arbitri il dovere di sollevare qualunque questione riguar-

(8) OCSE, Arbitration and Competition, DAF/COMP (2010) 40, p. 7, Competition Law & Policy OCSE, Parigi, 2010.

(9) Per maggior informazioni si veda anche LA CHINA, *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*, Milano, 2011, p. 91.

dante il diritto della concorrenza durante una procedura arbitrale»⁽¹⁰⁾. Pertanto, l'arbitrato può essere considerato come un ADR comunemente utilizzato per risolvere i conflitti in materia di diritto della concorrenza.

2.b. La quantificazione dei danni per infrazione degli artt. 101 o 102 TFUE

Come già accennato, la quantificazione del danno per infrazione ex artt. 101 e 102 TFUE, è un tema molto discusso in questo momento all'interno dell'Unione Europea; soprattutto perché la Commissione Europea ha pubblicato una proposta di linee guida nel 2010, che sono state a lungo oggetto di consultazione pubblica e che sono state rese ufficiali a giugno 2013⁽¹¹⁾.

La quantificazione del danno per infrazione del diritto della concorrenza è un processo molto complesso che spesso richiede l'utilizzo di tecniche econometriche. Ciò è dovuto al fatto che nella maggior parte dei casi, per stimare i danni che una vittima potrebbe aver sofferto, bisognerebbe, in linea generale, paragonare un potenziale scenario nel quale l'infrazione del diritto della concorrenza non è stata compiuta con quello, reale, in cui l'infrazione è avvenuta.

Per esempio, nel caso d'infrazione ex art. 101, per pratica collusiva anticoncorrenziale fra imprese, tramite la costituzione di un cartello, i consumatori potrebbero aver subito un incremento illecito di prezzi. Tale incremento consentirebbe loro di chiedere un risarcimento danni⁽¹²⁾. In tal caso, bisognerebbe fare una cosiddetta *but for price analysis*, vale a dire un paragone dei due scenari prima e dopo il cartello per stimare quale è stato l'incremento dei prezzi ed in seguito quantificare i danni che i consumatori avrebbero sofferto.

Tuttavia, tale analisi non si limita solamente ad identificare di quanto sono aumentati i prezzi. Essa deve prendere in considerazione altri elementi che hanno un impatto diretto sul valore dei danni da calcolare. A tal fine, bisogna, innanzitutto, fare una distinzione fra consumatori

(10) LA CHINA, *ibidem*.

(11) COMMISSIONE EUROPEA, *Guida pratica: Quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'art. 101 o 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea*, SWD/2013/205, Strasburgo, 11 Giugno 2013, non pubblicata su G.U.U.E. ma disponibile all'indirizzo <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>.

(12) Si veda anche BASTIANON, *Violazione della normativa antitrust e risarcimento del danno*, in *Danno e resp.*, 1996.

diretti e indiretti. I primi sono imprese che hanno tipicamente una relazione di tipo verticale con le imprese che fanno parte del cartello, come ad esempio i grossisti. I secondi sono più generalmente conosciuti come i consumatori finali, i quali acquistano i prodotti venduti dai grossisti sui mercati al dettaglio. Questa distinzione è di notevole importanza, nella quantificazione del danno *antitrust*, perché permette di valutare se vi è stato un cosiddetto *passing on*, vale a dire un aumento dei prezzi dei prodotti venduti sul mercato al dettaglio causati da un aumento dei prezzi sul mercato all'ingrosso. Più precisamente, l'aumento dei prezzi a seguito della creazione del cartello, si traduce come un aumento dei costi di produzione per i grossisti. Questi ultimi potrebbero dunque, a loro volta, aumentare i prezzi dei loro prodotti sul mercato al dettaglio. Inoltre, nel caso più estremo di *complete passing on*, ovvero un trasferimento totale dei maggior costi di produzione sui prezzi al dettaglio, i soli consumatori, legittimati a chiedere un risarcimento dei danni, sarebbero quelli indiretti.

L'analisi diviene ancor più complessa se si pensa al caso dove sia realmente possibile effettuare un *passing on* e determinare se sia "completo" o "incompleto". In effetti, si dovrebbe analizzare il mercato a valle per cercare di capire se il grossista abbia un potere di mercato tale da consentirgli di aumentare i prezzi o se si tratta di un mercato concorrenziale e se la domanda sia elastica o inelastica.

Nella quantificazione dei danni non si può tener conto soltanto dei danni patrimoniali ma si devono considerare anche quelli non patrimoniali⁽¹³⁾. Nel diritto *antitrust* sembrerebbe infatti pratica utilizzata la quantificazione del danno per diritti di immagine. Ad esempio, ad agosto 2013, Telecom Italia è stata condannata per abuso di posizione nel settore della telefonia fissa⁽¹⁴⁾. A seguito di tale condanna, Vodafone ha chiesto un risarcimento danni per 1,029 miliardi di euro⁽¹⁵⁾. Fra i danni richiesti vi erano anche quelli di immagine. Quest'ultimo può essere interpretato nella seguente maniera. Si pensi, ad un consumatore che vuole cambiare operatore per la sua linea telefonica fissa passando da Telecom Italia a Vodafone perché attratto dal pacchetto internet più vantaggioso. Vodafone chiederà quindi l'accesso alla rete di Telecom Italia

(13) Si veda anche CHINDEMI, *Il danno da perdita di chances*, Milano, 2010, p. 49 e p. 91.

(14) AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, A428 - Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia, Provvedimento 24339, disponibile all'indirizzo <http://www.agcm.it/concorrenza/intese-e-abusi/open/41256297003874BD/69A7B76ACCC96899C1257B7900495F93.html>.

(15) http://archiviostorico.corriere.it/2013/agosto/04/Vodafone_chiede_danni_Telecom_co_0_20130804_0268501e-fcc8-11e2-89c2-e13baa58a1b2.shtml.

per fornire il proprio servizio al suo nuovo consumatore. È proprio a tale stadio, che l'operatore *incumbent* può abusare della propria posizione dominante e di proprietario della rete ritardando l'accesso a Vodafone. Tale ritardo potrebbe disincentivare il consumatore a cambiare operatore e potrebbe danneggiare l'immagine di Vodafone in quanto non capace di offrire il proprio servizio in maniera efficiente ovvero in tempi rapidi come Telecom Italia. Il giudice dovrebbe essere quindi in grado di valutare se vi sia un nesso di causa ed effetto fra l'abuso di posizione dominante ed un eventuale danno all'immagine di Vodafone e quantificare tale danno. La determinazione del danno non patrimoniale è, al pari del danno patrimoniale, una valutazione molto complessa, soprattutto nel caso di un illecito *antitrust*. Infatti, il danno all'immagine potrebbe ad esempio variare sensibilmente a seconda della velocità col quale si è verificato un eventuale "passa parola" fra i consumatori e per quanto tempo ciò è avvenuto. Nel caso di un "passa parola" veloce e protratto nel tempo, Vodafone dovrebbe infatti fare un'operazione di *marketing* di notevole importanza per riguadagnare fiducia fra i consumatori.

La quantificazione dei danni, a causa dell'infrazione ex artt. 101 o 102 TFUE, è dunque verosimilmente un processo complesso, soprattutto per un giudice nazionale che dovrebbe analizzare tutte le analisi economiche ed econometriche, le quali sono presentate dalle parti e cercano di rispondere alle problematiche appena descritte. Ma non soltanto, egli dovrebbe essere in grado di determinare anche eventuali danni non patrimoniali e quindi avere una buona conoscenza del mercato e delle sue dinamiche per poter valutare l'entità di danni quali quello all'immagine. Il rischio è che si potrebbe arrivare a una quantificazione del danno che si allontana da quello reale. Inoltre, i giudizi potrebbero rivelarsi estremamente lunghi e costosi scoraggiando le richieste di risarcimento danni da parte delle vittime.

Tuttavia, il giudice, se la giurisdizione nazionale lo prevede, potrebbe appellarsi ad un giudizio di equità nel caso di impossibilità di determinazione del danno. Ragionando in termini di analisi economica del diritto, sebbene tale pratica possa aiutare il giudice a velocizzare il procedimento giudiziale e, soprattutto, a consentirgli comunque di poter emettere un giudizio, anche in casi di forte incertezza e difficoltà nella determinazione del danno; non si riuscirebbe, però, in ogni caso ad arrivare ad una quantificazione ottimale del danno.

*2.c L'arbitrato nella quantificazione dei danni per infrazione
ex artt. 101 o 102 TFUE*

Per quanto esposto, l'utilizzazione dell'arbitrato sarebbe quindi auspicabile per risolvere questo tipo di conflitti, specialmente per quanto riguarda la quantificazione dei danni patrimoniali.

In primo luogo, l'arbitrato si caratterizza per la sua flessibilità nella scelta dell'arbitro. Le parti, infatti, nominano l'arbitro in base alle sue conoscenze e competenze tecniche elevate in un determinato ambito o materia, che un giudice di un tribunale potrebbe non avere. Inoltre, l'arbitro può avvalersi di un esperto o di una persona altamente qualificata per l'analisi delle tecniche economiche o econometriche richieste dal conflitto. Ciò permetterebbe quindi di superare alcuni problemi di comunicazione fra le parti e il giudice, i quali, in questa maniera, parlerebbero uno stesso linguaggio tecnico. L'arbitro sarebbe, infatti, un esperto del settore e conoscerebbe tutti gli aspetti tecnici ed economici del mercato, dove è nato il conflitto. La sua decisione potrebbe quindi rivelarsi più equilibrata perché egli avrebbe la possibilità di poter valutare in maniera più approfondita e critica le argomentazioni e le dimostrazioni delle parti.

Si potrebbe allora arrivare a una stima dei danni più vicina alla realtà. La quale consentirebbe di evitare di cadere in errori di valutazione com'è avvenuto in diversi casi, come per esempio nella sentenza *Courage Ltd vs Crehan*⁽¹⁶⁾. Mr. Crehan era il proprietario di un bar e per contratto era obbligato ad acquistare la birra dall'impresa *Inntrepreneur*. Nel 1993, egli ha interrotto il proprio contratto di *leasing* con *Inntrepreneur*, accusando quest'ultimo di applicare un prezzo non concorrenziale. Crehan chiese un risarcimento di danni per l'incremento dei costi che aveva subito fino al 1993, per la perdita di profitti, a causa dell'interruzione del contratto, tra il 1993 fino al 2003 e il valore che il contratto di *leasing* avrebbe assunto se avesse continuato la sua attività fra il 1993 e il 2003. Il giudice concesse a Crehan un indennizzo pari a 1.3 milioni di sterline, una cifra chiaramente irragionevole.

Per quanto riguarda i danni non patrimoniali, il fatto che l'arbitro sia un esperto di settore potrebbe facilitare l'eventuale stima di tale danno. Ad esempio, ritornando al nostro esempio sul caso *Telecom Italia vs Vodafone*, l'arbitro potrebbe avere più sensibilità nel valutare l'entità del "passa parola" fra i consumatori.

Al pari del giudice nazionale, però, l'arbitro deve essere anche in

(16) C-453/99 *Courage e Crehan*.

grado di valutare il nesso di causa ed effetto fra l'illecito *antitrust* e l'eventuale danno all'immagine.

In secondo luogo, attraverso una procedura di arbitrato, le parti hanno la possibilità di «*trancher leurs litiges par le biais d'une décision définitive. Ce qui marque une différence entre l'arbitrage et les autres méthodes alternatives de résolution des conflits, tels que l'expertise, la transaction, la conciliation et la médiation*»⁽¹⁷⁾. In altre parole, l'arbitrato consente alle parti di porre fine al proprio conflitto perché l'arbitro può adottare, se le parti lo stabiliscono, una decisione definitiva, come in un tribunale nazionale. Ciò è un elemento rilevante che distingue l'arbitrato dagli altri ADR.

Le parti possono, come abbiamo già detto, avvalersi di un regime di confidenzialità durante il procedimento arbitrale. Le loro informazioni private e i fatti accaduti rivelati dalle parti all'arbitro, durante l'arbitrato, non saranno mai resi noti alla controparte. Ciò potrebbe avere l'effetto positivo di salvaguardare i rapporti fra le parti, specialmente se esse hanno una relazione di tipo verticale. Le imprese potrebbero considerare tale aspetto di estrema importanza al fine di mantenere buoni rapporti con la controparte per futuri nuovi accordi di fornitura e avrebbero anche la possibilità di preservare la propria immagine e reputazione sui mercati.

Inoltre, la procedura di arbitrato sarebbe preferita a quella classica di un tribunale nazionale anche in ragione dei suoi costi più bassi. In effetti, l'arbitrato consente di ridurre i tempi impiegati al fine di risolvere il conflitto. Il tempo rappresenta un fattore cruciale per tutte le imprese che non vogliono perdere risorse finanziarie e umane in sentenze che possono a volte durare una decina d'anni. Ciò vale sicuramente per tutte e due le parti. Specialmente il richiedente potrebbe essere la parte che più sarebbe incentivata ad adottare l'arbitrato per ridurre i tempi di giudizio. Per esempio nella sentenza *Manfredi vs Lloyd Adriatico Assicurazioni Spa*, come affermano Whish and Bailey, «vi erano una serie di regole che rinviavano le azioni private per la quantificazione del danno per infrazione del diritto della concorrenza ad altre corti. Ciò aumentava i costi e la durata dell'intera procedura. In particolare, c'erano delle scadenze da rispettare e delle regole che avrebbero potuto impedire il risarcimento totale dei danni»⁽¹⁸⁾.

(17) DE BOURNONVILLE, *Le phénomène de l'arbitrage*, in *Droit judiciaire: l'arbitrage*, Bruxelles, De Boek & Larquier, 2000, p. 55.

(18) Così WISH e BAILEY, *Competition Law*⁷, Oxford, Oxford University press, 2012, p. 299.

3. I limiti dell'arbitrato

3.a. Pericoli concorrenziali e aspetti negativi dell'arbitrato

Un limite importante dell'arbitrato, potrebbe essere «l'assenza di precedenti»⁽¹⁹⁾. Il fatto che le decisioni arbitrali non siano pubbliche, non consente agli altri arbitri di poter servirsi di altre decisioni arbitrali adottate nel passato. Ciò avrebbe l'effetto di rallentare l'intero processo decisionale a spese delle parti.

In particolare, nella quantificazione del danno per infrazione *ex artt.* 101 e 102 TFUE, la possibilità, per l'arbitro, di poter basarsi su altre passate decisioni arbitrali, faciliterebbe sicuramente la propria valutazione dei documenti; ancor più se si pensa che l'analisi che egli deve eseguire è molto complessa poiché richiede delle conoscenze tecniche e approfondite del mercato.

Per esempio, durante la comparazione dei due scenari di infrazione e non infrazione *ex art.* 101 TFUE, per determinare qual è stato l'incremento dei prezzi causato dalla creazione del cartello, sarebbe di notevole importanza capire qual è stata l'evoluzione, nel passato, dei prezzi e aver la possibilità di poter paragonare una passata situazione di infrazione *ex art.* 101 TFUE con quella in oggetto all'analisi. Tale *benchmarking* è, infatti, una pratica molto incoraggiata dalla Commissione Europea nelle sue linee guida per la quantificazione del danno per infrazione del diritto della concorrenza.

L'arbitro, inoltre, «non possiede dei poteri di istruttoria»⁽²⁰⁾, come un giudice di un tribunale nazionale. Ciò potrebbe rappresentare un grosso limite per il procedimento arbitrale soprattutto durante la presentazione dei documenti di analisi, come eventuali stime di costi di produzione, da parte delle parti in causa.

Se ritorniamo all'esempio precedente del cartello illecito, i costi di produzione di un'impresa sono di fondamentale importanza per stimare i prezzi fissati da un'impresa e valutare se questi ultimi siano anti concorrenziali o meno. L'omissione di tali informazioni, da parte dell'impresa accusata di aver infranto l'art. 101 TFUE, impedirebbe quindi il buon funzionamento del procedimento arbitrale. L'arbitro dovrebbe allora fare un successivo sforzo per ricercare le informazioni che possano consentirgli di adottare una decisione ottimale, vale a dire una quantificazione dei danni che possa avvicinarsi il più possibile a quella reale.

(19) OCSE, *doc. cit.*, p. 7.

(20) OCSE, *ibidem*.

Il rischio potrebbe essere, che le parti possano speculare su tale informazione asimmetrica al fine di rallentare l'intero processo arbitrale, per scoraggiare l'avversario e per spingere l'arbitro a fare un'inappropriata quantificazione del danno.

3.b. Tecniche per rallentare e indebolire il procedimento arbitrale

Come già dimostrato, le parti in lite potrebbero adottare delle strategie con lo scopo di rallentare il procedimento arbitrale o cercare di ottenere un giudizio che possa favorirli il più possibile.

L'arbitrato deve dunque fronteggiare la natura strategica dei comportamenti delle parti che caratterizzano la quasi totalità dei conflitti. Prima di cercare di capire come tali comportamenti possano rappresentare un limite per lo svolgimento del procedimento arbitrale, è utile dare una definizione di azione strategica e di ciò che si intende per *focal coordination point* nella teoria dei giochi.

In primo luogo la teoria dei giochi definisce un'azione strategica come un'azione che influenza la scelta della controparte, poiché influenza le attese che tale controparte si crea su come l'avversario agirà. In altre parole, attraverso un'azione strategica si pongono dei vincoli sulle scelte della controparte. Inoltre, scegliendo una determinata strategia ognuno pone a stesso, a sua volta, dei vincoli su come egli dovrà agire.⁽²¹⁾ In secondo luogo, si intende per *focal coordination point*, «un gioco caratterizzato dalle seguenti regole: due parti non riescono a trovare una soluzione al loro conflitto perché non riescono a determinare un modo per comunicare. Ciascuna delle due parti deve formulare una proposta in maniera indipendente e presentarla ad un terzo che dovrà in seguito prendere una decisione. I pareri delle due parti sono confrontati e nessuno può prendere alcuna "fetta della torta", prima che il terzo decida, ad eccezione del solo caso nel quale le parti propongono la stessa soluzione»⁽²²⁾.

«Il rischio di questo tipo di giochi è che ciascuna delle parti sa che l'altra parte possiede delle informazioni limitate su se stessa e può, di conseguenza, prevedere che la controparte potrà adottare una varietà di soluzioni possibili da proporre al terzo decisore. Ciò avrebbe l'effetto di causare, a sua volta, un altro problema, vale a dire quello per il quale le

(21) Per maggiori approfondimenti si veda SHELLING, *The strategy of conflict*, Cambridge, Mass., Harvard Press, 1960.

(22) <http://www.adrtimes.com/articles/2011/4/6/using-game-theory-part-2.html>

parti sanno che il terzo decisore dovrà scegliere fra un *range* di soluzioni possibili»⁽²³⁾. Pertanto, le parti sarebbero scoraggiate a collaborare. Esse potrebbero essere meno incentivate a fornire informazioni utili ai fini della risoluzione del conflitto. Le parti prevedono che se assumono la strategia di non agire, e quindi di non collaborare, il terzo decisore potrebbe comunque, in ogni caso, arrivare a un tipo di decisione che potrebbe convenire loro. Il risultato è che il processo decisionale sarebbe rallentato e la decisione potrebbe essere non ragionevole. Tutto questo grazie ad un gioco di strategia, come abbiamo appena spiegato.

Allo stesso modo, potremmo applicare tale gioco del *focal coordination point* a un procedimento arbitrale per la risoluzione di un conflitto per la quantificazione del danno causato dall'infrazione ex artt. 101 o 102 del TFUE. Il terzo decisore sarebbe l'arbitro e le parti agirebbero in maniera strategica al fine di aumentare o ridurre l'entità del danno, in base al loro ruolo di attore o convenuto.

Se analizziamo, per esempio, la posizione del convenuto, egli, generalmente, è l'impresa che ha commesso l'infrazione e potrebbe essere la parte non incentivata a collaborare. Più precisamente, seguendo il nostro esempio delle altre sezioni sul cartello, essa conosce perfettamente i suoi costi di produzione e di quanto sono aumentati i prezzi a causa della cartica illecita collusiva.

Tale parte sa bene che la controparte non ha una conoscenza perfetta su tali informazioni e che quindi non potrà effettuare un'esatta quantificazione dei danni subiti. Inoltre, il convenuto sa che l'arbitro potrebbe avere un *range* di possibili soluzioni per la quantificazione dei danni e che quindi la controparte quantificherà un valore di danni che sarà ricompreso in questo *range*. Potremmo, in aggiunta, fare l'ipotesi che l'arbitro abbia una tendenza a scegliere l'opzione che rappresenta la media fra tutte le sue scelte possibili. La strategia migliore per il convenuto sarebbe, allora, quella di "non collaborare" e, quindi, di aspettare la decisione dell'arbitro. Tuttavia, questa strategia funzionerebbe, solamente nel caso in cui l'entità del danno, alla quale l'arbitro perverrebbe, fosse inferiore a quella che si otterrebbe in caso di scelta di "collaborare" da parte del convenuto.

Se così fosse, il risultato sarebbe un rallentamento dell'intero procedimento arbitrale e l'adozione di una decisione non ottimale. In altre parole, si avrebbe un'inefficiente allocazione dei danni fra le parti.

È importante evidenziare che l'analisi di tali comportamenti strategici, non tiene conto dell'onere della prova che ricade su una delle due parti. Infatti, con ogni probabilità, la parte che detiene l'onere della prova do-

(23) *Ibidem*.

vrà fronteggiare un ulteriore vincolo al fine di contemperare i propri interessi. Ad esempio, se l'onere della prova ricade sul richiedente, egli avrà anche l'interesse di provare che ha subito effettivamente un danno. Per tale ragione il suo eventuale comportamento strategico di presentare un danno quanto più alto possibile, sarà limitato dal fatto che egli dovrà fare un'offerta quanto più realistica possibile al fine di vedersi riconosciuta l'effettiva esistenza di tali danni. Ciò potrebbe avere un impatto positivo sul procedimento arbitrale in quanto le offerte delle due parti non tenderebbero più ad essere diametralmente opposte ma convergerebbero maggiormente. L'arbitro potrebbe allora essere facilitato nel suo compito di trovare una soluzione migliore rispetto a quella nel caso di comportamenti strategici liberi e senza vincoli descritta precedentemente.

Ad ogni modo, tale analisi sembrerebbe comunque suggerire, la necessità di trovare un metodo che possa incoraggiare le parti a trovare una soluzione comune che sia soddisfacente per entrambe e che possa superare gli ostacoli derivanti dall'adozione di eventuali loro azioni strategiche, sebbene una delle due parti possa essere limitata perché detiene l'onere di provare di aver subito il danno.

3.c. La mediazione: un confronto con l'arbitrato

La mediazione ha esattamente come obiettivo primario quello di incoraggiare le parti di un conflitto, a trovare una soluzione comune che soddisfi entrambe. Più precisamente, la mediazione è un altro tipo di ADR. Tale metodo concede alle parti di poter scegliere se continuare a partecipare al processo di mediazione o meno fino al momento in cui un accordo vincolante è firmato dalle parti. Al contrario del processo di arbitraggio, un mediatore non emette nessuna sentenza o decisione vincolante ⁽²⁴⁾.

Il processo di mediazione conserva, dunque, tutti gli aspetti positivi dell'arbitrato: flessibilità, confidenzialità e rapidità. Inoltre, come per l'arbitrato, possiamo ritrovare tutti questi aspetti positivi nell'applicazione di tale ADR nella risoluzione dei conflitti causati dall'infrazione del diritto della concorrenza. In effetti, ci sono sostanzialmente due tipi di casi di concorrenza che possono essere mediati: le richieste di risarcimento del danno e le controversie riguardanti i rapporti in corso in un determinato settore ⁽²⁵⁾.

(24) OCSE, *doc. cit.*, p. 7.

(25) OCSE, *ibidem*.

Per esempio, nel caso *British Marine Federation vs British Waterways* ⁽²⁶⁾, le due parti hanno fatto ricorso alla mediazione e sono giunte ad un accordo comune. Nel 2003, *British Marine Federation* aveva avviato la controversia perché sosteneva che *British Waterways*, con le sue operazioni di ormeggio poteva assumere un comportamento anti concorrenziale. Le parti sono allora ricorse a un mediatore, il quale dopo due giorni le ha aiutate a trovare un accordo. *British Marine Federation* e *British Waterways* hanno poi pubblicato l'esito positivo del processo di mediazione e il loro accordo.

Tuttavia, ciò che differenzia la mediazione rispetto agli altri ADR è il ruolo che assume il mediatore e come quest'ultimo conduce e sviluppa l'intero processo di mediazione. Tale processo si caratterizza da diverse fasi: un'introduzione, dove il mediatore ricorda alle parti, quali sono le regole della mediazione. Le parti devono raccontare i fatti da un punto di vista personale, esse dovranno trovare una soluzione comune insieme e il mediatore non prenderà nessuna decisione per loro ma dovrà aiutare le parti a trovarla da sole. Il mediatore, spiega, in seguito, il regime di confidenzialità che caratterizzerà l'intero processo. In una terza fase, vi è l'esposizione dei fatti delle due parti. Poi viene la fase più difficile: il mediatore deve cercare di far muovere le parti da una posizione che loro credono legittima in base al diritto nazionale o europeo e che da loro motivo di pensare di aver ragione, verso l'ammissione dei veri interessi individuali si nascondono dietro tali posizioni di diritto ed il loro atteggiamento di convinzione nascondono. Una volta che le parti entrano in confidenza con il mediatore svelando i loro interessi nascosti, il mediatore cerca di "*ouvrir la tarte*" ovvero di spingere verso una via accessibile, percorribile che accomunerebbe le due parti e che potrebbe spiegare perché queste ultime non riescono a comunicare e che quindi le aiuterebbe a trovare una soluzione. Ed è proprio a partire da questa fase, che il mediatore aiuterà le parti a trovare una soluzione. Una volta che si è trovata un'intesa, il mediatore prepara per iscritto l'accordo, affinché le parti possano metterlo in pratica una volta il processo di mediazione concluso.

Il processo di mediazione potrebbe essere molto utile per risolvere i problemi di asimmetria informativa che caratterizzano qualsiasi conflitto tra due parti che sembrano rappresentare un limite per il buon funzionamento dell'arbitrato.

Come già evidenziato, la mediazione e l'arbitrato sono caratterizzati da un regime di riservatezza. Tuttavia, potrebbe esserci una leggera

(26) <http://www.cedr.com/solve/studies/?param=186>.

differenza di come le parti percepiscono tale riservatezza in questi due tipi di ADR. In effetti, si potrebbe supporre che le parti in un procedimento arbitrale, sono riluttanti a rivelare le loro informazioni e strategie private perché, anche se vi è un regime di riservatezza, le parti temono che le loro comunicazioni possano influenzare la decisione finale dell'arbitro. Al contrario, nella mediazione, il mediatore non prende decisioni e utilizza le informazioni private ricevute dalle parti, solo per aiutarli a comunicare in modo che possano trovare una soluzione per se stessi. In questo caso, quindi, il regime di riservatezza dovrebbe incoraggiare le parti a fare delle rivelazioni rilevanti ai fini della risoluzione del conflitto. Pertanto, le parti sarebbero meno inibite a fornire informazioni sui loro costi di produzione e a spiegare il motivo per il quale hanno quantificato i danni in un modo piuttosto che in un altro.

Inoltre, il mediatore può utilizzare queste informazioni per aiutare le parti a comunicare e a uscire in questo modo, da un ambiente caratterizzato da incertezza, che altrimenti le avrebbe indotte ad adottare azioni strategiche.

4. Conclusioni

Possiamo ora rispondere alla domanda che ci eravamo posti all'inizio del nostro studio.

L'arbitrato per le sue caratteristiche di flessibilità, di efficienza in termini di costi e di tempi e per il suo regime di confidenzialità, sembrerebbe essere un metodo alternativo efficace per la risoluzione dei conflitti per la quantificazione dei danni causati dall'infrazione *ex artt.* 101 o 102 TFUE.

Tuttavia, tale ADR, come abbiamo visto, presenta dei limiti che potrebbero porre dei problemi al suo buon funzionamento e, di conseguenza, parzialmente o totalmente alla sua efficacia nella risoluzione del conflitto. In particolare, le parti potrebbero speculare su un ambiente caratterizzato da asimmetria informativa che potrebbe incoraggiare, come abbiamo visto, le parti ad adottare dei comportamenti strategici a spese dell'intero processo arbitrale. Il risultato sarebbe allora una decisione finale arbitrale che si discosterebbe da quella reale o addirittura, nel caso più estremo, il processo arbitrale potrebbe bloccarsi.

Da quest'analisi si evince, quindi, che l'asimmetria informativa potrebbe rappresentare una minaccia concreta all'efficacia dell'arbitrato per la risoluzione dei conflitti per la quantificazione del danno causato dall'infrazione degli artt. 101 o 102 TFUE.

Ci chiediamo, allora, se, a seguito della nostra analisi sui vantag-

gi nell'adozione della mediazione per la risoluzione dei conflitti per la quantificazione del danno *antitrust*, non si dovrebbe lasciar più spazio ad altri ADR, più innovativi, quelli cosiddetti "ibridi", come ad esempio il *med-arb*, il quale raccoglie in se tutti gli aspetti positivi dell'arbitrato e della mediazione

Abstract

The aim of this paper is to assess whether arbitration could be an efficient mechanism of ADR in solving conflicts of quantification of damages arising from the infringement of Art. 101 or Art. 102 of the TFEU. More specifically, this paper analyses the advantages and the flaws of this alternative method for the resolution of such conflicts. In particular, it highlights that the parties involved in such disputes tend to behave strategically. This occurs especially when the conflict is characterised by a regime of asymmetric information. Moreover, arbitration is compared to other valuable ADR methods such as mediation. Indeed, mediation may have a number of advantages which seem capable of overcoming the problem of asymmetric information. Finally, the paper concludes that innovative ADR mechanisms, such as ar-med which brings together the positive aspects of arbitration and mediation, could provide for an even more efficient resolution of quantification of damages conflicts arising from the infringement of Art. 101 or Art. 102 of the TFEU.

PARTE III

OSSERVATORIO

TRIBUNALE DI ASCOLI PICENO 15 febbraio 2013 - MARANGONI *Presidente*

Controllo giudiziale sulle società - Trasformazione in società a responsabilità limitata in corso di procedimento ex art. 2409 c.c. - Scopo di evitare il controllo richiesto dai soci di minoranza - Atto in frode alla legge.

Controllo giudiziale sulle società - Sospensione del procedimento - Nomina di amministratore privo di adeguata professionalità - Fattispecie.

Controllo giudiziale sulle società - Società a responsabilità limitata con capitale sociale non inferiore al minimo previsto per le s.p.a. - Applicabilità.

(Codice Civile, art. 2409).

È nulla per frode alla legge la delibera di trasformazione della società per azioni in società a responsabilità limitata che venga adottata nel corso del procedimento di ispezione giudiziale di cui all'articolo 2409 c.c. allo scopo di evitare il controllo richiesto dai soci di minoranza.

Non ricorre l'ipotesi, prevista dall'articolo 2409, comma 3, c.c., di sospensione del procedimento di ispezione, qualora la sostituzione dell'amministratore si risolve nella nomina di un soggetto privo di titolo professionale specifico, che abbia maturato esperienza quale consigliere di amministrazione di società operante in diverso settore, che non si sia attivato senza indugio per eliminare le irregolarità e che non sia intervenuto su quelle attinenti ai bilanci non veritieri, sulla necessaria riduzione del capitale e sulle responsabilità della precedente amministrazione.

Il procedimento di controllo giudiziario di cui all'art. 2409 c.c. è applicabile alle società a responsabilità limitata che abbiano un capitale sociale non inferiore al minimo previsto per le società per azioni.

Premesso che:

con ricorso in data 5/5/2011 le società (X) s.r.l. e (Y) s.r.l., socie al 40% della società (Z) s.p.a., proponevano ricorso ex art. 2409 c.c. chiedendo l'ispezione di quest'ultima società e l'adozione degli ulteriori provvedimenti;

con ordinanza collegiale del 18.6.2011 veniva accolto il ricorso e disposta l'ispezione giudiziale della società (Z) s.p.a.;

l'ispettore, effettuati gli accertamenti richiesti, depositava in data 27.7.2012 relazione ispettiva nella quale segnalava l'esistenza di gravi e reiterate irregolarità nell'amministrazione sia per quanto concerne la non veritiera rappresentazione nel bilancio relativo agli esercizi 2008-2009-2010 della situazione finanziaria ed economica della società sia quanto alla riduzione del capitale per perdite effettuata in maniera non

congrua nell'anno 2012 e non anche negli esercizi precedenti come invece dovuto;

le società ricorrenti chiedevano pertanto che il Tribunale procedesse alla revoca dell'amministratore unico, (*omissis*), e alla nomina di un amministratore giudiziario;

con delibera in data 15.10.2012, assunta a maggioranza con il voto contrario delle società ricorrenti, l'assemblea straordinaria della (Z) s.p.a. procedeva alla trasformazione in società a responsabilità limitata e alla nomina di un nuovo amministratore, accolte le dimissioni di (.), nonché alla nomina di un sindaco nella persona di (*omissis*), già membro del Collegio sindacale, in sostituzione dell'organo collegiale.

All'udienza in camera di consiglio del 15.2.2012, il Collegio, sentite le parti e il nuovo amministratore, riservava la decisione.

Osserva:

a) Sull'eccezione di improcedibilità del ricorso ex art. 2409 c.c. a seguito della trasformazione della società per azioni in società a responsabilità limitata.

La questione ha avuto soluzioni opposte nella giurisprudenza di merito e in dottrina.

Il Collegio ritiene che la trasformazione della s.p.a. in s.r.l. che intervenga nel corso del procedimento ex art. 2409 c.c., iniziato prima della trasformazione sia irrilevante ai fini della procedibilità del controllo giudiziale perché la soluzione opposta consentirebbe agli stessi soggetti che hanno commesso le gravi irregolarità una facile elusione della norma avente carattere imperativo quale è quella dell'art. 2409 c.c. (Trib. Lecce 6.5.1989).

Nella fattispecie, va rimarcato che la delibera di trasformazione non è stata adottata all'unanimità ma a maggioranza con il voto contrario dei soci di minoranza ed è successiva al deposito della relazione ispettiva la quale ha accertato la sussistenza delle irregolarità denunciate.

Si palesa, pertanto, manifesta la volontà del gruppo di controllo della società di deliberare la trasformazione in s.r.l. al solo scopo di evitare il legittimo controllo richiesto dai soci di minoranza di talché deve ritenersi in via incidentale la nullità per frode alla legge della delibera del 15.10.2012.

Va aggiunto che la società trasformata ha un capitale sociale non inferiore a quello minimo stabilito per le società per azioni e, pertanto, si applicano ad essa le disposizioni in tema di società per azioni per l'espresso richiamo contenuto nel comma 4° dell'art. 2477 c.c., ivi compreso il controllo ex art. 2409 c.c. (Trib. Roma 6.7.2004; Trib. Milano 8.7.2005).

Non ricorre neppure l'ipotesi della sospensione del procedimento prevista dall'art. 2409, 3° co., c.c. in conseguenza della sostituzione

dell'amministratore; l'amministratore nominato dall'assemblea straordinaria del 15.10.2012 non pare essere soggetto di "adeguata professionalità" essendo privo di titolo professionale specifico e avendo maturato esperienze quale consigliere di amministrazione di una società operante in diverso settore; inoltre, lo stesso non sembra essersi attivato senza indugio per eliminare le irregolarità essendosi limitato dall'ottobre 2012 ad oggi ad una mera attività di gestione - riscossione di crediti e pagamento di dipendenti - senza intervenire sulle irregolarità attinenti ai bilanci non veritieri, sulla necessaria riduzione del capitale e sulle responsabilità della precedente amministrazione.

b) Quanto al merito delle irregolarità e della richiesta di nomina di amministratore giudiziario: le irregolarità attengono alla redazione di bilanci non veritieri per gli esercizi sociali degli anni 2008, 2009 e 2010 caratterizzati da perdite che avrebbero imposto già allora la riduzione del capitale sociale, effettuata solo e in modo non congruo rispetto alle perdite accertate nell'anno 2012; attengono altresì alle singole operazioni poste in essere con la soc. (*omissis*) s.p.a. e con la società (*omissis*) s.p.a. anche relativamente alla cessione del marchio dettagliatamente analizzate dall'ispettore in ordine alle quali dovranno essere adottati gli opportuni provvedimenti e valutate le effettive responsabilità da parte dell'amministratore giudiziario che assicuri indipendenza di giudizio e competenza professionale.

PQM

Dispone procedersi all'amministrazione giudiziale della società (Z) s.r.l., già s.p.a., e, revocato l'amministratore nominato dall'assemblea del 15.10.2012, nomina amministratore il Dr (*omissis*) di (*omissis*); dichiara il presente provvedimento immediatamente efficace.

TRIBUNALE DI VENEZIA 7 marzo 2013 – GUZZO *Presidente*

Società a responsabilità limitata – Denuncia al tribunale – Controllo giudiziale di cui all’articolo 2409 c.c. – Attivazione da parte dei sindaci – Esclusione. (Codice Civile, art. 2409).

I sindaci di una società a responsabilità limitata non possono attivare il procedimento di controllo giudiziario sulle società di cui all’articolo 2409 c.c. e ciò anche se si versa in ipotesi di società a responsabilità limitata con unico socio o con capitale sociale tale da rendere obbligatorio il collegio sindacale. (Nel caso di specie, i sindaci avevano attivato il procedimento di cui all’articolo 2409 c.c. chiedendo la revoca dell’amministratore unico della società e la nomina di un amministratore giudiziario, previa eventuale ispezione dell’amministrazione della società stessa).

Nel procedimento ex art. 2409 c.c. proposto da
(*omissis*), con gli avv.ti (*omissis*)
nei confronti di
(*omissis*), con gli avv. ti (*omissis*)

i ricorrenti “sindaci effettivi e dimissionari di (*omissis*) s.r.l. (con unico socio)” propongono la denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c. chiedendo la revoca dell’amministratore unico della società e la nomina di un amministratore giudiziario, previa eventuale ispezione dell’amministrazione della società stessa.

Va preliminarmente valutata l’ammissibilità del ricorso in oggetto, in quanto proposto dai sindaci di una s.r.l.

Successivamente all’entrata in vigore della riforma di diritto societario, introdotta dal d.lgs. n. 6/2003, ed alla nuova formulazione dell’art. 2409 c.c. si è posto il problema se il procedimento di controllo giudiziario ivi previsto possa estendersi alle società e responsabilità limitata.

In precedenza l’applicabilità del controllo giudiziario alle società a responsabilità limitata si riteneva pacifica, in forza dell’esplicito rinvio operato dall’art. 2488, ultimo comma, c.c. (“anche quando manca il collegio sindacale, si applica l’art. 2409 c.c.”).

Nelle società a responsabilità limitata non dotate di collegio sindacale, ciascuno dei soci aveva il diritto di ottenere dagli amministratori della società informazioni sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare i libri sociali (v. art. 2489 c.c. vecchio testo) ed ai sensi del previgente

art. 2409 c.c. ogni socio di s.r.l. aveva la facoltà di esercitare un autonomo potere di controllo sulla gestione mentre una minoranza qualificata di soci, qualora mancasse il collegio sindacale, aveva appunto, la facoltà di promuovere il controllo giudiziario sull'amministrazione.

Nessuna delle norme novellate dal citato d.lgs. prevede espressamente l'applicabilità del procedimento di controllo giudiziario alla società a responsabilità limitata.

Dalla lettura della Relazione governativa al d.lgs. 6/2003 si evince che il legislatore della novella ha consapevolmente escluso la società a responsabilità limitata dal novero degli enti privati assoggettabili al sindacato giudiziario sulle irregolarità gestionali, così come disciplinato dall'attuale testo dell'art. 2409 c.c.

Al n. 11, intitolato *"Della società a responsabilità limitata"*, si legge infatti: *"Ad ogni socio è riconosciuto il diritto di ottenere notizie dagli amministratori in merito allo svolgimento degli affari sociali e di procedere ad una diretta ispezione dei libri sociali e dei documenti concernenti l'amministrazione della società. Da questa soluzione consegue coerentemente il potere di promuovere l'azione sociale di responsabilità e di chiedere con essa la provvisoria revoca giudiziale dell'amministratore in caso di gravi irregolarità ...; è sembrato logico che, sulla base di questa soluzione, divenisse sostanzialmente superflua ed in buona parte contraddittoria con il sistema la previsione di forme di intervento del giudice quali quelle ora previste dall'art. 2409 c.c. Esse sono sostanzialmente assorbite dalla legittimazione alla proposizione dell'azione sociale di responsabilità da parte di ogni socio e dalla possibilità di ottenere in quella sede provvedimenti cautelari come la revoca degli amministratori"*.

È pertanto fuori dubbio che l'intento del legislatore fosse quello di escludere la possibilità di estendere il sindacato giudiziario alla società a responsabilità limitata, "privatizzando" il controllo sulla stessa a favore di ciascun socio, con l'eliminazione di intrusioni esterne.

Dubbi tuttavia sono stati avanzati con riferimento all'ipotesi in cui la nomina del collegio sindacale sia obbligatoria (il riferimento è all'ipotesi in cui il capitale sociale della s.r.l. non sia inferiore a quello minimo stabilito per la s.p.a., ovvero nel caso in cui per due esercizi consecutivi siano stati superati due dei limiti previsti dal primo comma dell'art. 2435-bis c.c.), in quanto il quarto comma dell'art. 2477 c.c. prevede che, quando l'elezione del collegio sindacale è obbligatoria, *"si applicano le disposizioni in tema di società per azioni"*.

Dubbi altresì sono stati avanzati nell'ipotesi in cui, come nel caso di specie, la s.r.l. è a socio unico, in quanto è evidente che non sussistono i presupposti per l'applicazione dell'art. 2476, terzo comma c.c.

Al fine della decisione occorre richiamare la *ratio* sottesa alla riforma

ma del diritto societario, ossia l'intento del legislatore di privatizzare il controllo societario in favore dei singoli soci.

Vale in proposito richiamare la sentenza della Corte Costituzionale del 14.12.2005, n. 481, che, rigettando le eccezioni di legittimità sollevate dalla Corte di Appello di Trieste e dal Tribunale di Cagliari, ha dichiarato costituzionalmente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 2409 c.c., 2476, terzo comma, c.c. e 2477, quarto comma, c.c. con riferimento agli articoli 3 e 76 della Costituzione nella parte in cui non prevedono l'applicabilità dell'art. 2409 c.c. alle società a responsabilità limitata.

La Corte ha fondato le proprie argomentazioni sull'art. 2, lett. f), della legge di delega alla riforma del diritto societario 3.10.2001, n. 366, che fissa il principio generale per cui le società a responsabilità limitata e le società per azioni devono costituire due modelli distinti, principio cui fa da corollario la previsione, per le prime, di un autonomo ed organico complesso di norme ed una impostazione della disciplina radicalmente divergente da quella adottata dal codice civile.

La Corte di Cassazione, con sentenza del 13.12.2010, n. 403, ha successivamente ulteriormente chiarito che la società a responsabilità limitata ha una disciplina autonoma rispetto a quella dettata per la società per azioni.

La Suprema Corte ha infatti statuito che un'interpretazione estensiva dell'art. 2409 c.c. alle s.r.l. dotate necessariamente del collegio dei sindaci non appare condivisibile per diversi motivi e segnatamente:

- per la genericità del richiamo contenuto nell'art. 2477 c.c. alle disposizioni dettate in tema di società per azioni;
- per l'espressa e specifica indicazione dettata dal legislatore in senso contrario; - per le analitiche argomentazioni svolte a sostegno dell'opzione effettuata nella relazione al testo normativo;
- per il contrasto che si verrebbe a determinare fra un eventuale potere riconosciuto al collegio sindacale di sollecitare l'intervento dell'autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 2409 c.c. e la collocazione attribuita alla società a responsabilità limitata, non più delineata come una società per azioni di più modeste dimensioni, nell'ambito del sistema societario nel suo complesso.

Va in proposito considerato che il giudizio di superfluità e contraddittorietà del ricorso al procedimento all'art. 2409 nelle società a responsabilità limitata è ancorato al palese intento di privatizzare il controllo societario in favore dei singoli soci.

Ciò trova riscontro:

- nel diritto dei soci di ottenere notizie dagli amministratori circa l'andamento degli affari sociali;

- nel loro diritto di procedere all'ispezione dei libri sociali e dei documenti, - nella riconosciuta legittimazione a proporre l'azione sociale di responsabilità:
- nella possibilità di ottenere in tale sede provvedimenti cautelari;
- nella predisposizione di un sistema idoneo a risolvere i conflitti societari interni, nell'attribuzione al collegio sindacale di compiti di controllo incentrati più sui profili contabili (artt. 2476, 2477 c.c.) anziché su quelli di corretta gestione e di legalità, rispetto ai quali deve essere invece concentrata l'attenzione del collegio sindacale delle società per azioni.

È altresì oltremodo significativa la circostanza che il legislatore abbia successivamente disposto all'art. 8 del d.lgs. 37/2004, modificativo del decreto attuativo della riforma societaria, che alle società sportive di cui all'art. 10, l. 23.3.1981, n. 91, si applica l'art. 2409 c.c. pur se aventi forme di società a responsabilità limitata, disposizione che trova fondamento e presupposto nel convincimento che, diversamente, l'articolo in questione non sarebbe stato applicabile alle società sportive a responsabilità limitata.

Tale previsione consente di argomentare nel senso che se il legislatore avesse ritenuto di estendere l'applicabilità dell'art. 2409 c.c. a tutte, indistintamente, le società a responsabilità limitata, l'avrebbe espressamente previsto.

Il rinvio alle disposizioni in tema di società per azioni dettato dall'art. 2477, ultimo comma, c.c. in tema di società a responsabilità limitata, va quindi interpretato come richiamo ai requisiti professionali, alle cause di ineleggibilità, decadenza ed incompatibilità dei sindaci stabilite dagli artt. 2397 e ss. c.c., nonché alle rispettive funzioni e ai poteri indicati dagli artt. 2403 e ss. c.c., ma non può invece valere ad assegnare loro il potere di sollecitare il controllo giudiziario in relazione a ravvisate irregolarità gestionali, a ciò ostando non solo la formulazione letterale delle disposizioni vigenti e l'intenzione del legislatore, ma anche diversi connotati attribuiti alle società a responsabilità limitata rispetto a quelle per azioni, con la riforma organica delle società di capitali di cui al d.lgs. n. 6/2003.

In definitiva, deve ritenersi che il ricorso in questione, in quanto proposto dai sindaci di (*omissis*) s.r.l. sia inammissibile, in quanto il legislatore della novella del 2003 ha innovato profondamente la disciplina della società a responsabilità limitata, prevedendo un insieme autonomo ed organico di norme, nel quale i rinvii alla disciplina della società per azioni non costituiscono più la regola, ma l'eccezione.

Di conseguenza, il rinvio alle norme che disciplinano il collegio sindacale della società per azioni, ossia agli artt. 2397 e ss. c.c. non opera per

l'art. 2409 c.c. perché non più compatibile con l'attuale modello della società a responsabilità limitata, ispirata ad un controllo tutto privatistico.

La circostanza che la s.r.l. sia a socio unico e che non possa trovare in concreto applicazione il terzo comma dell'art. 2476 c.c. non rileva ai fini di ritenere ammissibile l sindacato giudiziario, considerata la diversità dei "modelli" di società; sicché non pare appropriato parlare di "un vuoto di tutela".

La decisione del profilo di responsabilità sopra esposto rende superfluo soffermarsi sulla proponibilità del ricorso da parte di sindaci dimissionari.

Stante l'oggettiva incertezza su alcuni profili della lite sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese.

P.Q.M.

- 1) dichiara inammissibile il ricorso;
- 2) compensa le spese di lite.

Denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c. in s.r.l.: tra resistenza all'emancipazione e modifiche del c.d. "Decreto semplificazioni" del 2012

Massimo Zappalà
Avvocato in Treviso

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva. – 2. L'interpretazione della Cassazione e la resistenza del Tribunale di Milano. Critica. – 3. La tesi della legittimazione del collegio sindacale a valle del "Decreto semplificazioni" del 2012. – 4. Conclusioni.

1. Premessa introduttiva

Le sentenze in commento rappresentano due recenti arresti nel panorama della giurisprudenza di merito riferita all'applicabilità dell'istituto della denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c. alle s.r.l. Le stesse offrono lo spunto per ritornare su di un argomento già oggetto di ampio dibattito in dottrina⁽¹⁾ e che, ancor oggi, a dieci anni dall'entrata in vigore della

(1) Senza presunzione di completezza cfr. in argomento SERRA, *Il controllo giudiziario nelle società a responsabilità limitata. Giurisprudenza di legittimità e giurisprudenza di merito a confronto*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 1 ss.; SOLDATI, *La denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c.*, in *La nuova società a responsabilità limitata*, a cura di Bione, Guidotti, Pederzini, nel *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, LXV, Padova, 2012, p. 371 ss.; GUADAGNI, *Il problema dell'applicabilità dell'art. 2409*, in *Commentario della società a responsabilità limitata in onore di G.B. Portale*, a cura di Dolmetta e Presti, Milano, 2011, 756 ss.; PRESTI, *La s.r.l. e la scomparsa dell'art. 2409 c.c.: la difficile elaborazione del lutto*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze. Studi in onore di Giuseppe Zanarone*, a cura di Benazzo, Cera, Patriarca, Torino, 2011, p. 417 ss.; ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, II, Milano, 2010, p. 1168 ss.; CASAMASSA, *La s.r.l. e il ricorso ex art. 2409 c.c.*, in *Riv. dir. soc.*, 2010, p. 643 ss.; SANGIOVANNI, *Il controllo giudiziario nelle società per azioni*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 1893 ss.; CORRADO, *Controllo legale dei conti*, in *Società a responsabilità limitata*, a cura di Bianchi. *Commentario alla riforma delle società*, a cura di Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, 2008, p. 820 ss.; DALMOTTO, *Art. 2409 c.c.*, in *Il nuovo processo societario*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2008, p. 1502 ss.; TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze nelle società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, 2007, p. 107 ss.; TENCATI, *La responsabilità da controllo nelle società di capitali*, Torino, 2007, p. 207 ss.; GALGANO, GHENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, XXIX, Padova,

riforma di cui al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, pare lontano dal dirsi sopito.

In estrema sintesi, a seguito di due importanti pronunzie, rispettivamente della C. Cost., 29 dicembre 2005, n.481⁽²⁾, e della Cass., 13 gennaio 2010, n. 403⁽³⁾, si possono registrare in giurisprudenza due prevalenti linee interpretative. Da una parte la tesi di quelle Corti che ritengono ammissibile il ricorso all'art. 2409 c.c. in s.r.l., solo qualora la società sia dotata di collegio sindacale⁽⁴⁾, ed alla quale sembra aderire (pur non

2006, p. 522 ss.; ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il diritto delle società*, a cura di Olivieri, Presti e Vella, Bologna, 2012, p. 196 ss.; ROCCO DI TORREPADULA, *La società a responsabilità limitata ed il controllo giudiziario previsto dall'art. 2409 c.c.*, in Aa. Vv., *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Milano, 2005, III, p. 3637 ss.; ROCCO DI TORREPADULA, *Le « gravi irregolarità » nell'amministrazione delle società per azioni*, Milano, 2005; NAZZICONE, *Il controllo giudiziario sulle irregolarità di gestione: fattispecie e rito dopo la riforma societaria*, Milano, 2005; PRINCIPE, *Le gravi irregolarità nella gestione ex art. 2409 c.c.: spunti per una riflessione*, in *Dir. fall.*, 2005, p. 1034 ss.; TEDESCHI, *Il nuovo art. 2409 c.c.*, in Aa. Vv., *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, cit., p. 3941 ss.; PAOLUCCI, *Art. 2409*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, III, Padova, 2005, p. 993 ss.; RIVOLTA, *Il controllo giudiziario sulla gestione del nuovo diritto delle società*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 749 ss.; ABETE, *Le gravi irregolarità nel novellato testo dell'art. 2409 c.c.: brevi riflessioni*, in *Società*, 2004, p. 1475 ss.; CAGNASSO, *Art. 2476*, in *Il nuovo diritto societario, Commentario*, a cura di Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, III, Bologna, 2004, p. 1875 ss.; DALMOTTO, *Art. 2409 c.c.*, in *Il nuovo processo societario*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2004, p. 1207 ss.

(2) C. Cost., 29 dicembre 2005, n. 481, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 798 ss., con nota di RIMINI, *L'art. 2409 c.c. e le s.r.l., dopo l'intervento della Consulta* e di TINTISONA, *Controllo giudiziario e nuova s.r.l.*; in *Società*, 2006, p. 451 ss., con nota di SENINI, *Inammissibile il controllo ex art. 2409 c.c. nelle s.r.l.*; in *Dir. fall.*, 2006, II, p. 427 ss., con nota di PENTA, *Controllo giudiziario ex art. 2409 c.c., revoca degli amministratori di società a responsabilità limitata e surrogabilità delle tutele: la Corte cost. si pronuncia*; in *Dir. prat. soc.*, 2006, n. 2, p. 64 ss., con nota di SOLDATI, *Sigillo costituzionale agli strumenti di garanzia per i soci di s.r.l.*; in *Dir. e giust.*, 2006, n. 5, p. 44 ss., con nota di INFANTE, *Controlli giudiziari: a ciascuno il suo: regole e modelli diversi per s.p.a. e s.r.l.*; in *Foro it.*, 2006, I, c. 1293 ss.; in *Giur. it.*, 2006, p. 2077 ss., con nota di DESANA, *La pronuncia della Corte costituzionale sul controllo giudiziario nella società a responsabilità limitata: permangono i dubbi sulla legittimazione alla denuncia del collegio sindacale*; e in *Vita not.*, 2006, p. 810 ss. Con la citata pronuncia la C. Cost. ha espressamente stabilito che «non è incostituzionale per eccesso di delega il d.lgs. n. 6/2003 nella parte in cui riconosce ai soci della società a responsabilità limitata il potere di ricorrere al Tribunale nell'ipotesi in cui vi siano di gravi irregolarità nella gestione. La disparità di trattamento rispetto ai soci della s.p.a. si fonda sulle diverse situazioni soggettive poste a base dei due tipi di società».

(3) Cass., 13 gennaio 2010, n. 403, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 500 ss., con nota di GARGARELLA MARTELLI, *Sull'applicabilità dell'art. 2409 c.c.*; in *Società*, 2010, p. 665 ss., con nota di CARDARELLI, *Obblighi di nomina del Collegio sindacale nella s.r.l. ed applicabilità dell'art. 2409 c.c.*; in *Giur. it.*, 2010, p. 595 ss., con nota di WEIGMANN, *Nessuna denuncia al tribunale nelle s.r.l.*; in *Giust. civ.*, 2010, p. 575 e in *Riv. dott. comm.*, 2010, p. 399 e in *Dir. e giust.*, 2010, p. 184 con nota di PAPAGNI, *L'inapplicabilità del procedimento ex art. 2409 c.c. alle s.r.l. con il collegio sindacale obbligatorio*.

(4) Trib. Tivoli, 29 marzo 2012, in *Società*, 2012, p. 714 s.; Trib. Trieste, 21 gennaio 2011, in <http://www.dejure.it>; Trib. Milano, 26 marzo 2010, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 499 ss., con

motivando) il Trib. Ascoli Piceno, 15 febbraio 2013, nella prima delle due decisioni qui commentate. Dall'altra quella giurisprudenza che, diversamente, esclude l'applicabilità dell'istituto della denuncia al tribunale per tale tipo di società⁽⁵⁾ ed alle cui argomentazioni si richiama il decreto del Trib. Venezia, 7 marzo 2013⁽⁶⁾, anch'esso oggetto delle presenti note.

Deve, invero, precisarsi come il Trib. Ascoli Piceno, 15 febbraio 2013, non entri *funditus* nel merito del dibattito sull'applicabilità dell'istituto della denuncia al tribunale nelle s.r.l.; e ciò ragionevolmente, poiché in effetti il medesimo viene chiamato a pronunciarsi unicamente su di un'eccezione d'improcedibilità di un ricorso ex art. 2409 c.c. a seguito

nota di GARGARELLA MARTELLI, *Sull'applicabilità dell'art. 2409 c.c. alla s.r.l.*; in *Giur. it.*, 2010, p. 624 ss.; in *Società*, 2010, con note di DE ANGELIS LU., *Ammissibilità del controllo giudiziario su richiesta dei sindaci nelle s.r.l.*, p. 820 ss., e SALAFIA, *Legittimazione dei sindaci a denunciare al tribunale le irregolarità amministrative*, p. 1098 ss.; in *Giur. it.*, 2010, p. 1624 ss., con nota di CAGNASSO, *Denuncia al Tribunale e s.r.l.: la convivenza è ancora possibile, anzi auspicabile*; in *Corr. giur.*, 2010, p. 1331 ss. con nota di MACCARONE, *L'applicabilità del controllo giudiziario ex art. 2409 c.c. alle società a responsabilità limitata*; in *Corr. mer.*, 2010, p. 818 ss., con nota di TAMBORLINI, *Art. 2409 c.c. e società a responsabilità limitata*; Trib. Napoli, 8 ottobre 2008, in *Società*, 2010, p. 207 ss., con nota di ZAPPALÀ, *Ancora sulla denuncia al Tribunale ex art. 2409 c.c. nelle s.r.l.*; Trib. Napoli, 14 maggio 2008, in *Giur. mer.*, 2009, p. 2488 ss., con nota di ACCETTELLA, *Sull'(in)ammissibilità del controllo giudiziario nella s.r.l. dotata di collegio sindacale obbligatorio dopo la pronuncia della corte costituzionale*, in *Società*, 2009, p. 1019 ss. con nota di DE ANGELIS LU., *S.r.l.: controllo giudiziario ammissibile su richiesta dei sindaci*; Trib. Milano, 8 luglio 2005, in *Foro it.*, I, 2006, c. 1239 ss.; Trib. Roma, 6 luglio 2004, in *Giur. mer.*, 2005, p. 312 ss., con nota di D'ORAZIO, *Il controllo giudiziale ex art. 2409 c.c. e l'azione di responsabilità ex art. 2476 co. 3 c.c.: v'è ancora spazio per l'art. 2409 c.c. nelle s.r.l. con collegio sindacale obbligatorio?* e in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 81 ss., con nota di DALMARTELLO, *L'art. 2409 c.c. e la nuova s.r.l.*; Trib. Udine, 1 luglio 2004, in *Società*, 2005, p. 359 ss. con nota di MARCINKIEWICZ e PATELLI, *Il nuovo controllo giudiziario ex art. 2409 c.c. sulle s.r.l.*

(5) Trib. Piacenza, 27 giugno 2012, in <http://www.ilcaso.it>; Trib. Firenze, 25 ottobre 2011, in *Società*, 2012, p. 5 ss., commentata da SALAFIA; Trib. Roma, 16 gennaio 2008 e Trib. Roma, 4 dicembre 2007, in *Riv. not.*, 2009, p. 668 ss., con nota di TORRONI, *Note in tema di poteri di controllo del socio nelle s.r.l.*; Trib. Lucca, 13 settembre 2007, in *Giur. mer.*, 2008, p. 3188 ss., con nota di GAETA, *La revoca ex art. 2259 c.c. degli amministratori nella nuova s.r.l.*; App. Roma, 13 luglio 2006, in *Foro it.*, 2007, I, p. 1593 ss.; App. Trieste, 13 ottobre 2004, in *Dir. fall.*, 2005, II, p. 275 ss. con nota di PENTA, *Ancora in tema di controllo giudiziario nella società a responsabilità limitata e brevi riflessioni sulla revoca degli amministratori*; App. Roma, 13 aprile 2005, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 81 ss. con note di GABRIELLI, *Quale controllo per le società a responsabilità limitata?* e di DONATO, *È applicabile l'art. 2409 c.c. alla s.r.l. riformata?*; in *Foro it.*, 2005, I, p. 3469 ss. e in *Giur. it.*, 2006, I, p. 75 ss., con nota di MARRA, *L'art. 2409 c.c. e la nuova s.r.l.: in attesa della Corte costituzionale già regna l'incertezza*; App. Trieste, 5 novembre 2004, in *Società*, 2005, p. 355 ss.; Trib. Bologna, 21 ottobre 2004, in *Società*, 2005, p. 357 ss.; Trib. Lecce, 16 luglio 2004, in *Società*, 2005, p. 358 ss. e in *Dir. fall.*, 2004, II, p. 822 ss., con nota di PENTA, *La questione dell'applicabilità dell'art. 2409 c.c. alle società a responsabilità limitata*.

(6) Riproponendo, per larga parte, i principali argomenti di cui alla succitata Cass., 13 gennaio 2010, n. 403.

della trasformazione di una s.p.a. in una s.r.l.⁽⁷⁾. In argomento il medesimo giudice, limitandosi ad aderire alla tesi che prevede l'applicabilità dell'art. 2409 c.c. alle s.r.l. in presenza del collegio sindacale obbligatorio, rileva unicamente che «la società trasformata ha un capitale sociale non inferiore a quello minimo stabilito per le società per azioni e, pertanto, si applicano ad essa le disposizioni in tema di società per azioni per l'espresso richiamo contenuto nel co. 4° dell'art. 2477 c.c., ivi compreso il controllo *ex art.* 2409 c.c.».

La menzionata tesi, alla quale il Tribunale di Ascoli Piceno dimostra di aderire, ha trovato ampia trattazione in una pronuncia del Trib. Napoli, 14 maggio 2008⁽⁸⁾, ed in una, successiva, del Trib. Milano, 26 marzo 2010⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾. Tali Corti, più diffusamente di altre e con motivazioni sostanzialmente analoghe, hanno argomentato la sostenibilità della legittimazione del collegio sindacale "obbligatorio" a proporre la denuncia al tribunale *ex art.* 2409 in s.r.l. In particolare la corte milanese si diffonde in un'ampia disamina della questione, producendosi inoltre in una diretta critica delle tesi sostenute dalla citata Cass., 13 gennaio 2010, n. 403, ove, di contro, si è sostenuta la totale inapplicabilità dell'art. 2409 c.c. nelle s.r.l. Le motivazioni di detta importante sentenza di legittimità sono, invece, largamente richiamate dal decreto del Trib. Venezia, 7 marzo 2013, qui commentato, a sostegno della non estensibilità alle s.r.l. dell'istituto della denuncia al tribunale.

Considerato quindi, da un lato, che i giudici veneziani attingono appieno dalle motivazioni propugnate dal S.C. e, dall'altro, che il Trib. Ascoli Piceno, 15 febbraio 2013, dimostra di aderire alla tesi diffusamente ar-

(7) Per completezza deve segnalarsi come il Trib. Ascoli Piceno, 15 febbraio 2013, in punto di merito, abbia ritenuto che: «la trasformazione della s.p.a. in s.r.l. che intervenga nel corso del procedimento *ex art.* 2409 c.c., iniziato prima della trasformazione sia irrilevante ai fini della procedibilità del controllo giudiziale perché la soluzione opposta consentirebbe agli stessi soggetti che hanno commesso le gravi irregolarità una facile elusione della norma avente carattere imperativo qual è quella dell'art. 2409 c.c.». Detta decisione è stata poi confermata dall'App. Ancona, 8 luglio 2013, in <http://www.ilcaso.it>: «La trasformazione in s.r.l. della società in corso di procedimento non può essere di per sé preclusiva [al controllo giudiziario - ndr], in quanto il rapporto tra la percentuale del capitale sociale che legittima l'esercizio del rimedio di cui all'art. 2409 c.c. e quella che consente la trasformazione consentirebbe di porre sistematicamente nel nulla l'iniziativa per cui è processo», precisando inoltre come i giudici di prime cure abbiano correttamente segnalato la pretestuosità della trasformazione in parola, la quale: «...*omissis*...si coglie nella sua maliziosa tempistica in quanto successiva al rilievo delle irregolarità denunciate in sede di ispezione».

(8) Trib. Napoli, 14 maggio 2008, cit.

(9) Trib. Milano, 26 marzo 2010, cit.

(10) Il Trib. Ascoli Piceno, 15 febbraio 2013, in vero, cita espressamente due precedenti differenti, ma entrambi riconducibili alle medesime tesi: il Trib. Roma, 6 luglio 2004, cit. ed il Trib. Milano, 8 luglio 2005, in *Foro it.*, 2006, I, p. 1239 ss.

gomentata dal Trib. Milano, 26 marzo 2010, pare maggiormente efficace tentare di riassumere i termini attuali del dibattito muovendo da una breve sintesi delle principali critiche mosse dai giudici milanesi alla giurisprudenza della Corte di Cassazione.

Fissato quanto precede, anche al fine di evitare disorientamenti nel lettore, valga sin d'ora segnalare come gran parte del citato dibattito si sia sviluppato anteriormente alle modifiche introdotte, in prima battuta, con l'art. 14, co. 13, l. 12 novembre 2011, n. 183 (la c.d. "Legge di stabilità")⁽¹¹⁾ e, successivamente, attraverso l'art. 35, co. 2, d.l. 9 febbraio 2012, n. 5 (conosciuto anche come il "Decreto semplificazioni"), poi convertito in l. 4 aprile 2012, n. 35⁽¹²⁾. Tali interventi del legislatore, per quanto di interesse al fine delle presenti considerazioni, hanno radicalmente modificato il testo dell'art. 2477 c.c.⁽¹³⁾, la diversa interpretazione del quale (già nella sua originaria formulazione) ha rappresentato uno degli argomenti di maggior frizione tra i due opposti orientamenti. Di seguito, pertanto, ci si limiterà a richiamare le diverse letture interpretative dell'art. 2477, co. 5, c.c. prev., soffermandosi, nel prosieguo, sulla valutazione degli impatti delle modifiche al medesimo all'applicabilità dell'art. 2409 in s.r.l.

2. L'interpretazione della Cassazione e la resistenza del Tribunale di Milano. Critica

La Cass., 13 gennaio 2010, n. 403 sviluppa le proprie tesi muovendo da un'analisi del dato normativo, ovvero sulla presenza (e sopravvenuta assenza) di riferimenti legislativi significativi. I giudici di legittimità, in-

(11) Per un commento alla quale si rimanda a DE ANGELIS LO., *Il collegio sindacale rimane obbligatorio nelle s.r.l. con ricavi e patrimonio netto superiori a un milione di euro*, in *Società*, 2012, p. 41 ss.; ID., *Per le Srl collegio legato alle Spa*, in *IlSole24Ore*, 17 novembre 2011, p. 39; ID., *Collegio obbligatorio*, in *Italia Oggi*, 23 novembre 2011, p. 33.

(12) Non è questa la sede per ripercorre tutti gli impatti delle modifiche introdotte con il citato Decreto Sviluppo. In argomento v. VERNA, *Sindaco unico o revisore: semplificazione o irragionevolezza*, in *Società*, 2012, p. 546 ss. e SOTTORIVA, *La riforma del sistema dei controlli nelle s.r.l. (L. 4 aprile 2012, n.35)*, in *Società*, 2012, p. 1180 ss.

(13) Ci si riferisce, in particolare, agli emendamenti subiti dall'art. 2477, co. 5, c.c. il cui testo, dall'originale formulazione «*Nei casi previsti dal secondo e terzo comma si applicano le disposizioni in tema di società per azioni; se l'atto costitutivo non dispone diversamente la revisione legale dei conti è esercitata dal sindaco*» passa alla vigente «*Nel caso di nomina di un organo di controllo, anche monocratico, si applicano le disposizioni sul collegio sindacale previste per le società per azioni*». Per completezza deve evidenziarsi come alcuni dei contributi citati nelle presenti note siano anteriori anche alle modifiche introdotte dal d.l. 27 gennaio 2010, n. 39: il tal caso il comma in questione, già consolidato nella sua formulazione ante Decreto Semplificazioni, era il quarto (ed ultimo) dell'art. 2477 c.c.

fatti, sottolineano come «l'espresso richiamo all'applicabilità anche per le società a responsabilità limitata del procedimento previsto dall'art. 2409 c.c. (art. 2488, ultimo comma, c.c., nella precedente formulazione) non è stato invero riproposto nell'attuale disciplina del detto tipo di società, quale risultante dall'intervento normativo di cui al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 (artt. da 2462 a 2483 c.c.)»⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾. A tale argomento replica il Trib. Milano, 26 marzo 2010, precisando come «l'argomento che si fonda su tale norma abrogata, di natura letterale e propugnato dalla Cassazione citata, in realtà si presta ad essere rovesciato, perché quel richiamo era dal legislatore inteso come necessario per il solo caso non vi fosse il collegio sindacale. A contrario se ne ricava che quando tale collegio vi sia, come nel caso qui considerato, il ricorso era già ammesso per motivi diversi e sistematici».

La tesi del Tribunale di Milano non convince.

Anzitutto poiché, prima della riforma, il collegio sindacale era del tutto privo di legittimazione attiva rispetto alla denuncia ex art. 2409 c.c.: detto organo di controllo poteva infatti considerarsi unicamente legittimato passivo della relativa azione. Il disposto dell'ultimo comma dell'art. 2488 c.c. ante riforma, ove stabiliva che «*anche quando manca il collegio sindacale si applica l'articolo 2409*»⁽¹⁶⁾, rappresentava, inoltre, il solo ed unico riferimento normativo in base al quale, nell'ordinamento allora vigente, si potesse ritenere applicabile l'art. 2409 c.c. alle s.r.l. Tanto premesso pare effettivamente difficile ritrovare elementi nell'art. 2488 c.c. prev. a sostegno di una sostanziale applicabilità sistematica, quasi ontologica, dell'istituto della denuncia al tribunale alle s.r.l. e, ad avviso dello scrivente, la Cassazione ha correttamente sottolineato la mancata reiterazione del richiamo nella disciplina corrente a sostegno della propria tesi.

La Suprema Corte alimenta il suesposto percorso argomentativo richiamando le intenzioni del legislatore delegante: «Il dato, già di per sé di notevole rilevanza tenuto conto che il riferimento all'art. 2409 c.c., era contenuto in apposito comma (circostanza che renderebbe comun-

(14) In effetti, tra le disposizioni dettate dal legislatore per le s.r.l., non è dato rinvenire alcun espresso richiamo alla disciplina prevista per le s.p.a. sulla denuncia al tribunale.

(15) La Cassazione prosegue nella propria motivazione evidenziando un ulteriore dato normativo: «l'articolo 92 disp. att. c.c., nello stabilire gli effetti della nomina dell'amministratore giudiziario ex articolo 2409 c.c., sull'imprenditore, si riferisce soltanto alle società per azioni e in accomandita per azioni, escludendo quindi dalla previsione le società a responsabilità limitata», provvedendo inoltre a precisare come «Sulla base di quanto sinora esposto si deve dunque concludere che per le società a responsabilità limitata non vi è alcun richiamo al procedimento di cui all'articolo 2409 c.c., e che detto mancato richiamo è riferibile ad una chiara opzione del legislatore, esplicitamente motivata con l'esigenza di adottare soluzioni in sintonia con il nuovo più articolato sistema societario delineato».

(16) Senza distinguere, giova sottolinearlo, tra collegio sindacale obbligatorio o facoltativo.

que poco verosimile l'imputazione dell'omissione ad un refuso), acquista poi ulteriore rilievo alla luce della Relazione al decreto legislativo sopra citato, in cui per la parte di interesse è affermata la superfluità e la contraddittorietà con il sistema delle società a responsabilità limitata della 'previsione di forme di intervento del giudice, quali quelle ora previste dall'art. 2409 c.c.'». A tale posizione i giudici milanesi, pur aderendo in via di principio alla tesi della autonomia della disciplina della s.r.l. da quella della s.p.a.⁽¹⁷⁾, eccepiscono come non sia «la disciplina delle s.r.l. ad essere omogenea rispetto a quella delle s.p.a., ma è un'esigenza unitaria quella di estendere il controllo legale dei conti - e della gestione - alle società che raggiungano dimensioni tali, per capitale o fatturato e numero di dipendenti, da divenire realtà economiche imprenditoriali meritevoli di attenzioni pubbliche. La unitarietà, se si vuole, è quella dell'istituto dei sindaci, non riassumibile in quella del tipo di contratto sociale, perché da questa prescinde la necessità dei sindaci, che fa riferimento, come s'è detto, a parametri economici e non attinenti i rapporti fra i soci».

L'argomento del Trib. Milano, 26 marzo 2010, pur tradendo un condivisibile afflato ideologico⁽¹⁸⁾, appare incorrere in una pericolosa inversione degli

(17) Così sul punto il Trib. Milano, 26 marzo 2010, cit.: «Vero è che la attuale s.r.l. si caratterizza per una concezione del tutto autonoma rispetto alla s.p.a., per cui va negato un rapporto di derivazione legislativa dell'una rispetto all'altra, a differenza della legislazione vigente prima del 2004, ma nel caso di specie è presente un esplicito rinvio».

(18) Il quale risulta autorevolmente condiviso ed argomentato da BENAZZO, *I controlli nelle società a responsabilità limitata: singolarità del tipo od omogeneità della funzione?*, in *Riv. soc.*, 2010, p. 39 ss.: «Non già per la circostanza che si tratti di una soluzione interpretativa che trova conforto (implicito e indiretto) nel dettato letterale (art. 2477 c.c.); ovvero perché giustificabile, sul piano operativo, in ragione del rilievo che il ricorso all'autorità giudiziaria possa rappresentare il solo strumento idoneo, per un verso, ad assicurare l'efficacia del controllo sulla gestione operato dai sindaci e, per un altro verso, a garantire a questi ultimi una via di fuga da responsabilità altrimenti destinate a divenire 'oggettive', in tutte le ipotesi (viepiù verosimili nella s.r.l.) di 'allineamento' o di 'sovrapposizione' tra soci e organo amministrativo. Quanto piuttosto, e prima ancora, per la circostanza che una siffatta conclusione ha il pregio di porsi in perfetta sintonia con le indicazioni di sistema che sono venute emergendo e che hanno evidenziato come la funzione di controllo nelle imprese sociali richieda, a determinate condizioni quelle che, come si è indicato, farebbero assumere una rilevanza 'pubblica' alla struttura medesima - l'operatività di presidi esterni, quali per l'appunto l'intervento dell'autorità giudiziaria, pur all'interno di un codice organizzativo d'impresa a forte connotazione personalistica. Il che, a ben vedere, toglierebbe forza alla possibile obiezione secondo la quale, così facendo, si arriverebbe a un'applicazione in via analogica di una norma (l'art. 2409 c.c.) in verità straordinaria nella misura in cui sancisce un controllo sulla gestione ad opera dell'autorità giudiziaria. Se le considerazioni svolte nelle pagine precedenti sono corrette, infatti, non si tratterebbe dell'estensione di un precetto eccezionale, quanto piuttosto dell'applicazione diretta di una norma che, sebbene speciale, appartiene tuttavia allo statuto (comune) delle società di capitali a valenza 'pubblica' e, come tale, da applicarsi in via automatica secondo un rapporto di proporzionalità lineare rispetto alla presenza degli indici (legali) di distinzione tra un codice organizzativo 'privato' e uno a valenza 'pubblica'».

schemi applicativi⁽¹⁹⁾. Dai passaggi riportati si coglie appieno, infatti, come i giudici milanesi pretendano di anteporre la salvaguardia dell'unicità della funzione di controllo espletata dal collegio sindacale (ora, *rectius*, organo di controllo) alle norme disciplinanti l'organizzazione del particolare tipo sociale. Muovendo da tale assunto mi pare si rischi di finire, erroneamente, per piegare la disciplina dei controlli della s.r.l. ad un'innaturale pedissequa riproposizione degli schemi giuridici della s.p.a., senza preventivamente verificarne la compatibilità con il tipo s.r.l.⁽²⁰⁾. A voler tacere del fatto che, seguendo quest'impostazione, si ottiene il risultato di assimilare i soci delle s.r.l. di maggiori dimensioni agli azionisti delle s.p.a.⁽²¹⁾.

La ricostruzione operata dal Tribunale di Milano, infine, mi pare non possa resistere alle modifiche introdotte con il "Decreto Semplificazioni" del 2012, il quale richiama le norme sul collegio sindacale delle s.p.a. in ogni ipotesi di nomina dell'organo di controllo nelle s.r.l.⁽²²⁾, indipendentemente dal superamento dei noti limiti di cui all'art. 2477, co. 2 e 3, c.c.

Il novellato riferimento alla normativa della s.p.a. non può più, quindi, essere letto quale indice di necessario allineamento della disciplina dei controlli nelle s.r.l. in ragione della rilevanza dimensionale pretesamente "pubblicistica" eventualmente raggiunta dalla medesima. Lo stesso - come si dirà più diffusamente *infra* al par. 3 - è ora divenuto mero richiamo a quella parte della disposizioni sul collegio sindacale delle s.p.a. che, superata la verifica di compatibilità, diverranno applicabili alle s.r.l. Sembra, pertanto, che il nuovo corso dell'art. 2477, co. 5, c.c. possa far ritenere superata

(19) Per una ficcante e condivisibile critica alla posizione del Trib. Milano, 26 marzo 2010, v. PRESTI, *La s.r.l. e la scomparsa dell'art. 2409 c.c.: la difficile elaborazione del lutto*, cit., p. 433 ss.

(20) In questo senso v. PRESTI, *op. cit.*, p. 434: «Porre a fondamento la pretesa unitarietà del collegio sindacale alla disciplina societaria significa, infatti, effettuare sì un giudizio di compatibilità, ma, per dirla con De André, 'in direzione ostinata e contraria' rispetto a quella corretta. In sostanza, infatti, assunta a premessa l'unitarietà del collegio sindacale, si adatta la disciplina della s.r.l. per renderla compatibile con la stessa identica regolazione che il collegio sindacale ha nelle s.p.a. Come si è anticipato, invece, il filtro di compatibilità deve essere svolto, in primo luogo, nel senso di 'impiantare' nella disciplina della s.r.l. solo quelle norme che con il sistema della s.r.l. sono compatibili e, in secondo luogo, interpretando queste ultime in modo coerente con il nuovo contesto ove, tramite il rinvio, esse sono ospitate».

(21) Di questo avviso anche PRESTI, *op. cit.*, p. 443, il quale precisa: «La tesi qui criticata ha il difetto di 'schiacciare' la disciplina della società a responsabilità limitata con collegio sindacale obbligatorio su quella delle s.p.a. svalutando il principio della rilevanza centrale del socio, ridotto a mero investitore come l'azionista della s.p.a.».

(22) Il testo dell'art. 2477, co. 5, c.c., così come modificato dall'art. 35, co. 2, d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, successivamente convertito dalla l. 4 aprile 2012, n. 35, è ora il seguente: «Nel caso di nomina di un organo di controllo, anche monocratico, si applicano le disposizioni sul collegio sindacale previste per le società per azioni».

quell'impostazione che legittimava un'arbitraria "frattura" nella disciplina dei controlli all'interno del tipo "s.r.l." sulla scorta di criteri dimensionali, non trovando più detta suddivisione alcun riscontro nella norma positiva.

La Cassazione, riprendendo un ulteriore dato normativo, evidenzia, infine, come l'art. 13, l. 23 marzo 1981, n. 91, preveda espressamente l'estensione dell'art. 2409 c.c. alle società sportive costituite in forma di s.r.l.⁽²³⁾, sottolineando la coerenza del legislatore nel prevedere espressamente una deroga alla generale inapplicabilità della denuncia al tribunale nelle s.r.l.⁽²⁴⁾. Minimizza la portata del richiamo il Trib. Milano, 26 marzo 2010, eccependo come «il decreto legislativo n. 37 del 2004 all'art. 8 prevede che alle società sportive aventi forma di società a responsabilità limitata si applichi comunque l'art. 2409 c.c.: a prescindere dal fatto che si tratta all'evidenza di norma eccezionale dalla quale poco può dedursi circa la ricostruzione del sistema, l'eccezione consiste nel fatto che il ricorso ex art. 2409 c.c. sia esperibile anche dal socio e quindi anche questo argomento per i fini che qui interessano è irrilevante».

Anche in questo caso mi pare che la corte milanese non colga nel segno. Sembra, infatti, più corretto interpretare l'eccezionale deroga introdotta dal legislatore come un dato sistemico rilevante. Lo stesso si presenta come un esplicito allineamento tra i poteri di controllo concessi ad un soggetto terzo rispetto alla società (la federazione nazionale) e quelli in capo ai protagonisti «interni» alla medesima (soci e collegio sindacale)⁽²⁵⁾. Un dato normativo necessario in uno scenario di sistema che, diversamente, non legittimerebbe alcuna applicabilità dell'art. 2409 c.c. alle s.r.l.

(23) Tale articolo, prima sostituito dall'art. 4, d.l. 20 settembre 1996, n. 485, è stato poi così modificato dall'art. 8, co. 3, d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37, con decorrenza dal 29 febbraio 2004. Lo stesso stabilisce che «*Il procedimento di cui all'articolo 2409 del codice civile si applica alle società di cui all'articolo 10, comprese quelle aventi forma di società a responsabilità limitata; il potere di denuncia spetta anche alle federazioni sportive nazionali*».

(24) Così la Cassazione: «Come nota conclusiva sul profilo ora considerato, sembra infine utile ancora evidenziare che lo stesso legislatore ha successivamente interpretato la normativa vigente nel senso indicato, avendo disposto con il Decreto Legislativo n. 37 del 2004, articolo 8, modificativo del decreto attuativo della riforma societaria, che alle società sportive di cui alla legge 23 marzo 1981, n. 91, articolo 10, si applica l'articolo 2409 c.c., pur se aventi forma di società a responsabilità limitata, disposizione che trova fondamento e presupposto nel convincimento che, diversamente, l'articolo in questione non sarebbe stato applicabile alle società sportive a responsabilità limitata».

(25) Non si spiegherebbe, infatti, una legittimazione attiva in capo ad un soggetto del tutto avulso dalla compagine sociale ed una concorrente negazione di tale potere ai soggetti qualificati e partecipanti alla vita sociale. In senso conforme v. SOLDATI, *La denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c.*, in AA. VV., *La nuova società a responsabilità limitata*, cit., p. 380 s. e PRESTI, *op. cit.*, p. 442.

3. La tesi della legittimazione del collegio sindacale a valle del “Decreto Semplificazioni” del 2012.

Come già anticipato in premessa, le sentenze in commento, nonché i protagonisti del dibattito di cui si è dato brevemente conto, hanno fondato le proprie tesi su una differente interpretazione dell’art. 2477, co. 5⁽²⁶⁾, c.c. Detta norma, nella formulazione *pro tempore* vigente, stabiliva che: «*Nei casi previsti dal secondo e terzo comma si applicano le disposizioni in tema di società per azioni; se l’atto costitutivo non dispone diversamente la revisione legale dei conti è esercitata dal sindaco*»⁽²⁷⁾⁽²⁸⁾.

(26) Da intendersi, pare opportuno ripeterlo, co. 4 nella formulazione *ante* d.l. 27 gennaio 2010, n. 39.

(27) La fattispecie contemplata dai massimi giudici nella più volte citata sentenza della Cass., 13 gennaio 2010, n. 403 si riferisce infatti al testo dell’art. 2477 c.c. vigente prima delle modifiche introdotte dal Decreto Semplificazioni. Così sul punto la Cass.: «L’articolo 2477 c.c., indica infatti due ipotesi in cui è necessario procedere alla costituzione del collegio sindacale (capitale sociale non inferiore a quello minimo previsto per le società per azioni, superamento per un biennio dei limiti dettati per il bilancio in forma abbreviata), stabilendo inoltre che in tali casi ‘si applicano le disposizioni dettate in tema di società per azioni’. Orbene, considerato che l’articolo 2409 c.c., è collocato nell’ambito della disciplina del collegio sindacale nelle società per azioni, si potrebbe astrattamente sostenere che per effetto del detto richiamo i provvedimenti di cui all’articolo 2409 c.c., che il collegio sindacale può richiedere (u.c.), possano essere sollecitati anche ove si tratti di società a responsabilità limitata. Tuttavia una siffatta interpretazione non appare condivisibile per diversi motivi, e segnatamente: per la genericità del richiamo contenuto nell’articolo 2477 c.c., alle disposizioni dettate in tema di società per azioni; per l’espressa e specifica indicazione del legislatore in senso contrario; per le analitiche argomentazioni svolte a sostegno dell’opzione effettuata nella relazione al testo normativo; per il contrasto che si verrebbe a determinare fra un eventuale potere riconosciuto al collegio sindacale di sollecitare l’intervento dell’autorità giudiziaria ai sensi dell’articolo 2409 c.c., e la collocazione attribuita alla società a responsabilità limitata, non più delineata come una società per azioni di più modeste dimensioni, nell’ambito del sistema societario nel suo complesso...*omissis*. Il rinvio alle disposizioni in tema di società per azioni dettato dall’articolo 2477 c.c., u.c., in tema di società a responsabilità limitata, va quindi interpretato come richiamo ai requisiti professionali, alle cause di ineleggibilità, decadenza ed incompatibilità dei sindaci stabilite dall’articolo 2397 c.c., e ss., nonché alle rispettive funzioni e ai poteri indicati dall’articolo 2403 c.c., e ss., ma non può certamente valere ad assegnare loro il potere di sollecitare il controllo giudiziario in relazione a ravvisate irregolarità gestionali, a ciò ostando, come sopra detto, la formulazione letterale delle disposizioni vigenti, l’intenzione del legislatore, i diversi connotati attribuiti alle dette società rispetto a quelle per azioni, con la riforma organica delle società di capitali di cui al decreto legislativo n. 6 del 2003».

(28) Anche le critiche mosse dal decreto del Trib. Milano, 26 marzo 2010, fondano le loro radici sul testo dell’art. 2477 c.c. previgente al d.l. 27 gennaio 2010, n. 39: «Sotto il profilo letterale si nota che esiste una norma di rinvio dalla disciplina delle s.r.l. a quella delle s.p.a., sullo specifico tema, cioè l’ultimo comma dell’art. 2477 c.c., che trattando dei sindaci, al secondo e terzo comma stabilisce quando la nomina ne sia inderogabilmente dovuta e al quarto comma recita che in tali casi ‘si applicano le disposizioni in tema di

Il testo dell'art. 2477, co. 5, c.c., così come modificato dall'art. 35, co. 2, d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, successivamente convertito in l. 4 aprile 2012, n. 35, è ora il seguente: «*Nel caso di nomina di un organo di controllo, anche monocratico, si applicano le disposizioni sul collegio sindacale previste per le società per azioni*».

Il dettato normativo, quanto mai lapidario, non brilla per chiarezza.

Se, da un lato, il significato letterale della norma sembra imporre all'interprete un generico richiamo alle norme prescritte in tema di collegio sindacale per le s.p.a., dall'altro, mi pare tuttavia lecito interrogarsi sull'effettiva portata di detto riferimento⁽²⁹⁾.

Non è chiaro, infatti, se l'applicazione analogica di cui al novellato art. 2477, co. 5, c.c. possa riferirsi a tutte, indistintamente, le norme contenute nel libro V, titolo V, capo V, sezione VI-bis, paragrafo 3 rubricato «*Del collegio sindacale*»⁽³⁰⁾, oppure no.

Al quesito sembra debba risponderci in senso negativo.

Un tanto in ragione del fatto che, per quanto il richiamo appaia generale, lo stesso dovrà subire il filtro di compatibilità con la disciplina delle s.r.l.⁽³¹⁾. Non può infatti dubitarsi che l'applicabilità in s.r.l. delle norme

società per azioni': dato che l'art. 2409 c.c. fa parte proprio della sezione che si occupa del collegio sindacale delle s.p.a., il rinvio - a parere del Tribunale tutt'altro che generico contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte di Cassazione nella sentenza sopra citata - ha l'effetto, per le società rientranti nei commi 2 e 3 dell'art. 2477 c.c. - quali la Sorgente Immobiliare s.r.l. - di estendere anche la possibilità di denuncia al Tribunale delle gravi irregolarità. A marcare la differenza con le società per azioni nelle s.r.l. il collegio sindacale svolge il controllo di gestione, inderogabilmente, ma unitamente al controllo contabile, quest'ultimo solo in carenza di diversa disposizione dell'atto costitutivo che lo attribuisca alla società di revisione; nelle s.p.a. invece controllo di gestione e contabile sono inevitabilmente scissi. Questo è il significato delle ultime parole dell'ultimo comma dell'art. 2477 c.c. inserite nel 2004 a specificare proprio che in carenza di diversa disposizione il controllo contabile vien fatto dal collegio sindacale. Nessuna deroga quanto al ruolo dei sindaci è invece prevista in relazione all'art. 2409 c.c., che di per sé costituisce naturale corollario della funzione dei sindaci».

(29) La collocazione dell'art. 2409 c.c. nel paragrafo dedicato alle norme sul collegio sindacale delle s.p.a. deve considerarsi mero dato topografico e circostanza del tutto ininfluenza rispetto al richiamo operato dall'art. 2477, co. 5, c.c. Diversamente ragionando si finirebbe per considerare (*mutatis mutandis*) alla stregua di conferimenti anche le prestazioni accessorie di cui all'art. 2345 c.c. per il sol fatto di trovarsi nella sezione dedicata ai medesimi.

(30) Ovvero dall'art. 2403 all'art. 2409 c.c.

(31) V. in argomento PRESTI, *op. cit.*, p. 430 e ZANARONE, *op. cit.*, p. 21 il quale precisa come «la norma richiamata dovrà innanzitutto interpretarsi tenendo conto della norma richiamante, vale a dire della più ampia portata che la prima assume, grazie alla seconda, in un contesto diverso da quello originario, e dunque nel significato che appaia più consono alle peculiarità di quest'ultimo; se poi, nonostante il ricorso al descritto processo ermeneutico, permanga un giudizio di incompatibilità fra le suddette peculiarità e il tenore della norma

dettate in tema di s.p.a. debba subire un preventivo vaglio di legittimità guidato dalle caratteristiche ontologiche della s.r.l. In altre parole potranno considerarsi richiamate unicamente quelle norme che ritrovino nella s.r.l. un contesto normativo coerente alla *ratio* delle stesse⁽³²⁾.

A riprova dell'inevitabile, fisiologico, obbligatorio adeguamento delle norme oggetto di rinvio valga un semplice esempio.

Si muove dall'assunto che ritiene pienamente applicabili all'organo di controllo delle s.r.l. le disposizioni di cui all'art. 2407 c.c. e, in particolare, del co. 3 del medesimo, ove si stabilisce che «*all'azione di responsabilità contro i sindaci di applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 2393, 2393 bis, 2394, 2394 bis e 2395*». Sebbene, anche nel caso *de quo*, il richiamo alle norme di cui alla disciplina delle s.p.a. sia del tutto esplicito, non mi pare potersi dubitare che l'efficacia dello stesso andrà inevitabilmente filtrata da una preventiva valutazione del contesto normativo sulla responsabilità degli amministratori in s.r.l., ovvero, nel caso di specie, della disciplina di cui all'art. 2476 c.c. Seguendo questa logica, infatti, dovrà estendersi la legittimazione attiva all'esercizio dell'azione di responsabilità contro l'organo di controllo delle s.r.l. anche al singolo socio. Un tanto coerentemente alla disciplina applicabile proprio in s.r.l. ed in netto contrasto con il *quorum* espressamente richiesto dall'art. 2393 *bis* in tema di s.p.a.⁽³³⁾.

Tale evidente necessità di adeguamento delle norme richiamate mi pare, se possibile, ancora più accentuata a valle del modifiche introdotte all'art. 2477 c.c. dal "Decreto stabilità" del 2012.

Il legislatore, attraverso l'ultimo citato intervento, ha previsto per le s.r.l. una nuova disciplina dei controlli. In estrema sintesi si è passati da un regime (pur sempre facoltativo ove non realizzate le fattispecie di cui all'art. 2477, co. 2 e 3, c.c.) che prevedeva, nel silenzio dell'atto costitutivo, un collegio sindacale quale organo incaricato di vigilare sulla legittimità e sul controllo legale dei conti, ad un regime fondato sull'ap-

oggetto del richiamo, l'interprete dovrà puramente e semplicemente rinunciare a farne applicazione parziale o totale».

(32) In questo senso PRESTI, *op. loc. ultt. citt.*, il quale chiarisce come «In sostanza, il filtro di compatibilità significa che possono considerarsi richiamate solo le disposizioni che siano coerenti al contesto normativo della s.r.l. e nella misura in cui lo siano» e ZANARONE, *op. cit.*, p. 1165 s. il quale precisa: «Occorre tuttavia avvertire che in ogni ipotesi di rinvio, per quanto apparentemente incondizionata, deve ritenersi implicita, secondo una diffusa opinione, la formula 'in quanto compatibile', onde evitare effetti distorsivi della norma richiamata su[l] sistema di arrivo».

(33) Cfr. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., p. 1166; PRESTI, *op. cit.*, p. 431. *Contra Trib. Milano*, 9 ottobre 2008, in *Foro it.*, 2010, I, c. 335.

parente alternativa⁽³⁴⁾ del sindaco unico (*rectius*: organo di controllo) o dell'unico revisore⁽³⁵⁾.

Tale opzione non deve però trarre in inganno. La stessa deve essere interpretata unicamente alla stregua di una "ibrida commistione"⁽³⁶⁾ introdotta dal legislatore nel processo di nomina dell'organo di controllo e del revisore legale che, tuttavia, non può portare a ritenere legittimo il trasferimento delle competenze del primo al secondo. Sin dall'introduzione del d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, è stato infatti correttamente osservato dalla più attenta dottrina come: «In realtà, mentre il sindaco unico può - salvo i casi in cui ciò sia espressamente escluso dalla legge - espletare la funzione della revisione legale dei conti, il revisore non svolgerà mai la funzione di vigilanza di esclusiva pertinenza dell'organo sindacale»⁽³⁷⁾⁽³⁸⁾.

(34) La presenza della locuzione disgiuntiva «o» sembrerebbe, infatti, *prima facie*, non acconsentire una concorrente presenza dei due organi di controllo.

(35) Beninteso ai soci è tutt'ora lasciata la facoltà di introdurre controlli ben più pregnanti quali, ad esempio, l'organo di controllo in forma di collegio sindacale in uno o più revisori esterni.

(36) L'espressione è di DE ANGELIS LO., *Controlli nelle Srl tra tante incognite*, in *IlSole24ore*, 20 febbraio 2012, p. 4.

(37) Così DE ANGELIS LO., *ibidem*.

(38) In senso conforme all'Illustre Autore v. anche la recentissima motivazione della Massima I.D. 13, in *Orientamenti del comitato triveneto dei notai in materia di atti societari*, Milano, 2013, 187 ss., la quale, muovendo dall'analisi della tecnica legislativa attuata per il modello "s.r.l.", ha correttamente osservato quanto segue: «L'art. 2477 c.c. continua a non disciplinare in maniera autonoma le funzioni, i poteri e le regole organizzative dei soggetti preposti ai controlli, limitandosi ad evocare la loro istituzione al verificarsi di determinati presupposti. L'unica novità è che il collegio sindacale è ora definito 'organo di controllo, anche monocratico', ma la portata innovativa finisce qui, poiché il comma 5 del medesimo art. 2477 c.c. precisa che a detto 'organo di controllo' si continuano ad applicare le disposizioni sul collegio sindacale previste per le società per azioni. Per quanto riguarda il 'revisore', poi, non esiste nemmeno il rinvio alla normativa specifica contenuta nel d.lgs. n. 39/2010, limitandosi le nuove disposizioni a prevederne la nomina. E' dunque alla disciplina dei soggetti tipici preposti ai controlli delle società azionarie, nominati dalla legge, che occorre, ancora una volta, far riferimento per integrare le scarse disposizioni positive disciplinanti le società a responsabilità limitata. Le funzioni e le regole organizzative dell'organo di controllo' delle società a responsabilità limitata sono, pertanto, esclusivamente quelle del 'collegio sindacale' delle società azionarie, integrate con l'unica precisa disposizione sul punto contenuta nel comma 5 dell'art. 2477 c.c., quella sulla possibile composizione anche monocratica di detto organo. Mentre per il 'revisore', soggetto tipico, nominato dalla legge, la sua disciplina non può che essere quella dettata per tale figura dal d.lgs. n. 39/2010. L'organo di controllo', anche monocratico, nella società a responsabilità limitata potrà dunque esercitare anche la revisione legale qualora il o i suoi componenti siano tutti revisori legali iscritti nell'apposito registro e sempreché la società non sia tenuta alla redazione del bilancio consolidato (art. 2403, co. 2, c.c.). Qualora poi una società a responsabilità limitata rientri tra gli enti di cui al co. 2 dell'art. 16 del d.lgs. n. 39/2010 (ad esempio sia sottoposta al controllo di un ente di interesse pubblico), la funzione di revisione legale non potrà mai essere attribuita all'organo

Pertanto il revisore legale – nelle ipotesi di cui al novellato art. 2477, co. 2 e 3, c.c. – non potrà mai essere legittimamente investito degli adempimenti spettanti all'organo di controllo, ma dovrà, di contro, affiancare quest'ultimo, adempiendo alle differenti competenze, nelle ipotesi previste dalla legge⁽³⁹⁾⁽⁴⁰⁾.

Aderendo alla diversa tesi della piena alternatività tra organo di controllo e revisore⁽⁴¹⁾, si giungerebbe inoltre all'inaccettabile conclusione

di controllo', ma dovrà essere istituito, in aggiunta a quest'ultimo, anche un 'revisore'. In ogni caso il 'revisore' non potrà svolgere la funzione di controllo di legalità prevista dall'art. 2403 c.c., poiché ciò comporterebbe una deroga non prevista dall'ordinamento alle norme che disciplinano le competenze legali di tale soggetto, atteso che il comma 1 dell'art. 2477 c.c. continua a limitare l'autonomia dell'atto costitutivo in materia di competenze e poteri dell'organo di controllo e del revisore alla sola ipotesi dell'istituzione facoltativa di dette figure. E' comunque da rilevare che la questione relativa alla possibilità di attribuire anche al revisore, e non al solo organo di controllo, entrambe le funzioni (controllo di legalità e revisione) è di modesta rilevanza pratica, in quanto la composizione soggettiva dell'organo di controllo monocratico cui è affidata anche la revisione legale dei conti è identica a quella del revisore, poiché in tal caso il componente dell'organo di controllo deve essere un revisore iscritto nell'apposito registro. Ammettere che tale unico soggetto possa qualificarsi 'revisore', e non 'organo di controllo', avrebbe dunque rilevanza solo formale, con riflessi limitati alla diversa disciplina sulla nomina, revoca e dimissioni ad esso applicabile rispetto all'organo di controllo. Anche per tale motivo non appare giustificata una deroga al sistema che consenta l'attribuzione al revisore di funzioni non previste dalla legge, quali il controllo di legalità, in assenza di una norma espressa in tal senso».

(39) Denuncia i rischi sottesi ad una differente lettura, sin dall'introduzione del d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, DE ANGELIS LO., *op. ult. cit.*, p. 4: «In caso di nomina del revisore al posto del sindaco, nessuno controllerà più in tali società la legalità della gestione, la correttezza dell'amministrazione, l'adeguatezza dell'organizzazione sociale, specialmente in campo amministrativo e contabile. E nessuno avrà più titolo per intervenire alle adunanze degli altri organi sociali. Rendendosi con ciò conto dei possibili effetti distorsivi delle deliberazioni assembleari e consiliari nel momento della loro assunzione».

(40) In questo senso, ora, anche la motivazione della Massima I.D. 13, *op. cit.*, p. 189 s.: «Non è mai possibile nominare il solo revisore, cui non è attribuibile la funzione di controllo di legalità, sottraendo in questo modo la società a tale controllo. In relazione all'ultima affermazione è da rilevare che non solo le norme civilistiche sulle società azionarie, ma anche le disposizioni contenute nel d.lgs. n. 39/2010, consentono l'istituzione del 'revisore' solo in aggiunta all'organo di controllo interno e non in sua alternativa. Basti pensare che l'art. 13 del d.lgs. n. 39/2010, in materia di nomina del revisore, dispone la competenza esclusiva dell'organo di controllo nell'individuazione dei candidati revisori, rimettendo ai soci unicamente il potere di accettare o meno le candidature proposte senza possibilità di integrarle con propri candidati. Tale disposizione è stata introdotta nel nostro ordinamento al fine di garantire la terzietà del revisore, come richiesto dalla direttiva 2006/43/CE. La stessa è dunque inderogabile in quanto volta a soddisfare un interesse di ordine pubblico. L'istituzione di un revisore in assenza di un organo di controllo sarebbe pertanto contraria al sistema anche sotto questo profilo».

(41) Sostenuta, *inter alia*, dal Consiglio Notarile di Milano nella Massima 124, in *Codice delle società*, a cura di Genghini e Simonetti. *Manuali notarili*, a cura di Genghini, vol. 1, Padova, 2013, p. 263.

che il tribunale, nell'ipotesi di cui all'art. 2477, co. 6, c.c.⁽⁴²⁾, sia chiamato non solo a nominare, in luogo dell'assemblea, il o i soggetti incaricati di svolgere le diverse funzioni di controllo ma, altresì, a compiere una «valutazione di merito di natura negoziale sul modello di controllo da adottare, sostituendo la propria volontà a quella dei contraenti»⁽⁴³⁾.

Su tale ultimo dato normativo pare lecito proporre alcune ulteriori riflessioni.

La menzionata facoltà concessa «*a qualsiasi soggetto interessato*» di adire il tribunale competente al fine di vedere nominato l'organo di controllo o il revisore, rappresenta un *unicum* nel panorama del diritto societario⁽⁴⁴⁾. Essa, inoltre, mal si concilia tanto con le istanze autonomiste previste dalla riforma per le s.r.l.⁽⁴⁵⁾, quanto - sotto un profilo di coerenza legislativa - con le modifiche da ultimo introdotte alla revisione legale⁽⁴⁶⁾.

Ciò premesso, detto intervento, seppur passibile di ricevere alcune osservazioni critiche, non può tuttavia lasciare indifferenti e trova, a meglio osservare, una precisa collocazione sistematica nella disciplina dei controlli delle s.r.l.

La virtuosa finalità della norma è quella di fornire, a chiunque vi abbia interesse, uno strumento idoneo ad assicurare - nelle ipotesi previste

(42) Ovvero quella nella quale il tribunale medesimo provvede alla nomina dell'organo di controllo o del revisore, nelle ipotesi in cui l'assemblea non si attivi tempestivamente.

(43) Così la motivazione della Massima I.D. 13, *op. cit.*, p. 191.

(44) L'intervento giudiziale si ritrova infatti solo nel ricorso *ex art.* 2409 c.c. e, in ipotesi di nomina del rappresentante comune degli azionisti, nell'art. 2417, co. 2, c.c. In entrambi i casi, tuttavia, l'intervento del tribunale avviene su istanza di soggetti qualificati e non di chiunque vi abbia interesse.

(45) Sottolinea la stridente singolarità dell'ultima parte dell'art. 2477, co. 6, c.c. CAPRARA, *Il collegio sindacale nella nuova disciplina della revisione legale*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 543 ss.: «Con questa disposizione si consente, dunque, senza limiti di tempo alla minoranza (*rectius*: al singolo socio), ma anche ai terzi, di chiedere la nomina giudiziale di un organo sociale. Una disposizione che si segnala per la sua singolarità nel panorama societario e si presta ad una pluralità di rilievi. Viene, in primo luogo in considerazione il contesto normativo in cui è dettata: la s.r.l., schema societario dove è assai ampia l'autonomia contrattuale, è aliena da forme di controllo (e ingerenza) giudiziario quali la denuncia *ex art.* 2409 c.c.; è difficile, dunque, sul piano sistematico, giustificare un atto così penetrante nell'autonomia privata quale è la nomina dei sindaci da parte di un giudice».

(46) Così ancora CAPRARA, *ibidem*: «nell'economia complessiva dell'intervento di riforma della revisione legale, la disposizione si segnala come una scelta poco coerente con altre che sembrano dirigere nella direzione opposta come, ad esempio, l'esclusione del potere di nomina della società di revisione ad opera della Consob in caso di omissione da parte della società (di interesse pubblico) soggetta a revisione, nonché l'assenza di rimedi giudiziari o amministrativi per il caso della mancata nomina del revisore nelle società chiuse».

dalla legge – l'esistenza di un organo di controllo o di un revisore⁽⁴⁷⁾. Il legislatore ha concesso un eccezionale rimedio giudiziale all'eventuale ingiustificata assenza dell'organo controllo o del revisore nelle s.r.l.

Tanta attenzione da parte del legislatore al fine di assicurare la presenza, ove prescritta dalla legge, di un organo di controllo nelle s.r.l., trova, ad avviso di chi scrive, una spiegazione coerente avuto riguardo ai potenziali effetti di un pieno esercizio dei poteri di controllo da parte del competente organo in tale tipo di società.

Basti pensare al disposto dell'art. 2406, co. 2, c.c. il quale stabilisce che: «*Il collegio sindacale può altresì, previa comunicazione al presidente del consiglio di amministrazione, convocare l'assemblea qualora nell'espletamento del suo incarico ravvisi fatti censurabili di rilevante gravità e vi sia urgente necessità di provvedere*».

Il collegio sindacale (in s.r.l., *rectius*, l'organo di controllo), in adempimento ai doveri di controllo di legalità di cui agli artt. 2403 e 2403 *bis* c.c., dovrà⁽⁴⁸⁾ pertanto provvedere alla convocazione dell'assemblea in tutti quei casi in cui verifichi l'esistenza di irregolarità nella gestione della società o il fondato sospetto di gravi irregolarità⁽⁴⁹⁾. Da detto dovere sembra possano farsi discendere due conseguenze rilevanti rispetto al sistema di controlli oggi vigente in s.r.l.: (i) espletata detta convocazione e riferito sui fatti censurabili di rilevante gravità, non potrà essere ascritta alcuna responsabilità all'organo di controllo, tanto nei confronti dei soci, quanto dei terzi⁽⁵⁰⁾; e, al contempo, (ii) i soci saranno messi in

(47) In argomento v. ABRIANI, *Mini-rivoluzione per i controlli sui conti aziendali*, in *IlSole24Ore*, 19 aprile 2010, p. 2, il quale rileva: «la norma contribuirà ad arginare il fenomeno dell'omessa istituzione del collegio sindacale obbligatorio, ma si sarebbe potuto andare oltre, prevedendo la nomina giudiziale anche su diretta segnalazione del conservatore del registro delle imprese» e CAPRARA, *ibidem*: «Peraltro il legislatore voleva probabilmente offrire uno strumento per colpire la prassi della omessa nomina del collegio sindacale nelle s.r.l. (ora organo di controllo), a prescindere dalla convocazione dell'assemblea. Sul piano pratico e di efficienza dei modelli di tutela, si è voluto cioè fornire uno strumento che consenta di evitare che una grave irregolarità, quale quella della mancata nomina obbligatoria del collegio sindacale, potesse da un lato rimanere priva di sanzione e, dall'altro, divenire mero strumento di ricatto da parte del singolo socio».

(48) Pur in presenza di una formulazione letterale della norma che parrebbe qualificare detto intervento quale mera facoltà per il collegio sindacale, sembra, di contro, maggiormente corretto ravvedere in detta fattispecie un preciso obbligo di convocazione dell'assemblea da parte dell'organo di controllo. In questo senso, da ultimo, anche SERRA, *op. cit.*, 1.

(49) Cfr. Trib. Milano, 18 marzo 2008, in *Società*, 2009, p. 1540.

(50) Il tempestivo adempimento di detto dovere pare infatti sufficiente a sterilizzare una delle ragioni addotte dall'avversata tesi per estendere la facoltà di denuncia al tribunale all'organo di controllo in s.r.l., ovvero la pretesa assenza di rimedi adeguati per reagire alle

condizione di conoscere le fattispecie ritenute illecite, di valutare l'eventuale gravità delle stesse nella competente sede e, qualora ritenute potenzialmente dannose per la società, di intervenire adottando tutte le misure idonee a contenerne od eliminarne gli effetti.

Ciò che vuole evidenziarsi è che, tramite la citata convocazione ex art. 2406, co. 2, c.c., i soci verranno resi edotti delle condotte dell'organo amministrativo e chiamati ad esprimersi sul punto.

Detta precisa conoscenza delle condotte dell'organo amministrativo e la conseguente possibilità di attivo intervento da parte dei soci, letta in uno alla responsabilità dei medesimi ex art. 2476, co. 7, c.c.⁽⁵¹⁾, mette potenzialmente in condizione quest'ultimi di dover rispondere delle proprie decisioni o autorizzazioni, in solido con gli amministratori, nei confronti della società, dei soci (eventualmente dissenzienti rispetto alle volontà della maggioranza) o dei terzi e, per l'effetto, di subire le medesime conseguenze che patirebbero gli amministratori medesimi in ipotesi in cui le risultanze della complessa fase istruttoria di cui all'art. 2409, co. 2, 3 e 4, c.c., dovessero evidenziare la sussistenza di gravi irregolarità non tempestivamente eliminate.

Tirando le fila di quanto precede, ed avuto riguardo al particolare contesto normativo della s.r.l.⁽⁵²⁾, pare quindi possibile confermare un ulteriore argomento a sostegno dell'inapplicabilità dell'art. 2409 c.c. a tale tipo di società.

Il combinato disposto (i) dell'art. 2477, co. 6, c.c., nella parte in cui mette in condizione la s.r.l., ove previsto dalla legge, di essere comunque vigilata dall'organo di controllo⁽⁵³⁾; (ii) dell'art. 2406, co. 2, c.c., ove viene prescritto al collegio sindacale di provvedere alla convocazione dell'assemblea in caso venissero verificati fatti censurabili⁽⁵⁴⁾; e

eventuali irregolarità di gestione compiute dagli amministratori. In questo senso v. SERRA, *op. cit.*, p. 1, nt. 23.

(51) Sull'art. 2476, co. 7, c.c., v. DE ANGELIS LO., *Amministrazione e controllo nelle società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 469 ss.

(52) Ove sembra doveroso, giova ribadirlo, prendere atto che i poteri di controllo e di tutela degli interessi dei soci sono stati posti dal legislatore della riforma nelle mani dei quest'ultimi (ed, in particolare, di quelli non amministratori).

(53) Propone una lettura del dato normativo in questione quale reazione del legislatore alle resistenze di alcune corti di merito alla non ammissibilità della denuncia al tribunale in s.r.l. CAPRARA, *op. cit.*, p. 543 ss.: «Questa soluzione va, dunque, letta anche alla luce dei ripetuti tentativi della giurisprudenza di merito, sin dalla introduzione della riforma del diritto societario, di riconoscere l'ammissibilità della denuncia ex art. 2409 c.c. anche nelle s.r.l.; tentativi che non hanno fatto breccia né avanti il giudice delle leggi, né nella giurisprudenza di legittimità».

(54) Ritiene tale dato ulteriore indice dell'inapplicabilità dell'art. 2409 alle s.r.l. SERRA,

(iii) dell'art. 2476, co. 7, c.c., ove viene prescritta una responsabilità solidale di quei soci che hanno «*intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi*», rende di fatto superflua (ma, in effetti, non contraddittoria, come vorrebbe la citata Cass., 13 gennaio 2010, n. 403) la legittimazione dell'organo di controllo ad esperire la denuncia al tribunale *ex art. 2409 c.c.*

Le tutele ottenibili tramite il pieno utilizzo delle citate norme paiono quindi potersi surrogare, in s.r.l., alle garanzie offerte dal procedimento *ex art. 2409 c.c.* in tutti quei casi in cui sia presente un organo di controllo ed il medesimo adempia ai propri doveri. Detta ricostruzione, inoltre, mi pare abbia anche il pregio di superare quella contraddizione nella tesi della corte milanese orientata a non ammettere il ricorso *ex art. 2409 c.c.* in s.r.l. nelle ipotesi di cui all'art. 2477, co. 1, c.c.⁽⁵⁵⁾.

op. cit., p. 1: «I soci, infatti, sono - una volta informati dei fatti censurabili, fra i quali rientrano certamente le irregolarità gestionali degli amministratori - i primi interessati sia a provvedere per fare in modo che cessi la situazione di pregiudizio per la società sia a scegliere gli strumenti da azionare per perseguire tale risultato. Pertanto, ciò che rende superflua la persistenza - in capo al collegio sindacale - del potere di denuncia previsto nell'art. 2409 c.c. c.c. è la possibilità concessa dal novellato art. 2476 c.c. ai soci non amministratori di tutelare - tramite l'esercizio sia dell'azione di responsabilità sia dell'azione diretta alla revoca degli amministratori - l'interesse al ripristino della regolarità gestionale e all'eliminazione del pregiudizio. Superfluità che discende dal fatto che la denuncia del collegio sarebbe (ed è) destinata a promuovere un procedimento di accertamento delle irregolarità, alla cui conclusione - in caso di esito positivo dell'accertamento - il Tribunale può convocare l'assemblea sociale per le conseguenti deliberazioni ovvero - nei casi più gravi - revocare gli amministratori e nominare un amministratore giudiziario. È agevole notare che trattasi di risultati ai quali, per la società a r.l., si perviene direttamente sia tramite l'iniziativa del collegio sindacale, il quale può promuovere la convocazione dell'assemblea senza necessità di un vaglio del tribunale sulla gravità delle irregolarità denunciate sia tramite l'esercizio del potere di azione riconosciuto al socio dall'art. 2476 c.c. Da un lato il singolo socio può sempre promuovere l'azione di responsabilità non diversamente da quanto può fare - soltanto nei casi più gravi - l'amministratore giudiziario; dall'altro il singolo socio può chiedere al tribunale la revoca, in via cautelare, degli amministratori, provvedimento di revoca che - nelle società azionarie, sempre nei casi più gravi - il Tribunale può adottare dopo l'esame della denuncia proposta dagli aventi diritto. In sostanza si può convenire che l'esercizio da parte del singolo socio delle azioni attribuite dall'art. 2476 c.c., quando promosso a seguito dell'iniziativa del collegio sindacale di convocare (l'assemblea dei soci ovvero) i soci a norma dell'art. 2406, co. 2, c.c., consente di raggiungere risultati sostanzialmente analoghi ai risultati (convocazione dell'assemblea e, nei casi più gravi, revoca degli amministratori) cui è preordinato il controllo giudiziario disciplinato nell'art. 2409 c.c. evitando le fasi procedurali destinate all'esame della fondatezza della denuncia e dell'(eventuale) ispezione della società. In conclusione sia argomentazioni di ordine esegetico (nei limiti prospettati) e sistematico sia ragioni di economia processuale inducono ad escludere l'applicabilità dell'art. 2409 c.c. alle società a r.l. ancor quando in esse sia obbligatoria la nomina del collegio sindacale».

(55) L'osservazione è sollevata da SERRA, *ibidem*: «In tema resta da segnalare un ultimo profilo di contraddittorietà. La giurisprudenza qui richiamata è univocamente orientata ad

Impregiudicate le conclusioni che precedono in punto di (in)applicabilità dell'istituto della denuncia al tribunale in s.r.l., devono porsi le seguenti riflessioni.

La succitata surroga sconta, invero, l'incolmabile *gap* presente tra un *enforcement* di natura privatistica ed uno di natura pubblicistica (*rectius*: giudiziale). Se, infatti, corrisponde al vero che i rimedi risarcitori e societari di cui alle azioni ex art. 2409, co. 4, 5 e 6, c.c., paiono ottenibili anche attraverso gli interventi del combinato disposto di cui agli artt. 2406, co. 2, c.c. e 2476, co. 3, c.c.⁽⁵⁶⁾, riassume, ad avviso di chi scrive, un inevitabile vuoto di tutela contro le illegittimità compiute dagli amministratori in s.r.l. non solo qualora l'organo di controllo sia assente ma, soprattutto, quando vi sia coincidenza di intenti (se non, addirittura, d'identità) tra la compagine sociale e l'organo amministrativo, provocando così una potenziale lesione dell'interesse generale dell'ordinamento rivolto a tutelare la corretta gestione dell'impresa privata⁽⁵⁷⁾.

escludere l'applicabilità dell'art. 2409 c.c. nel caso in cui la nomina del collegio sindacale sia facoltativa. Tale conclusione, plausibile e coerente con l'opinione di chi nega ogni possibilità di ricorso al controllo giudiziario nella società a r.l., risulta meno conciliabile con la tesi sostenuta dai fautori dell'orientamento opposto. Ed infatti, se si muove dal presupposto che il potere di denuncia ai sensi dell'art. 2409 c.c. sia intrinseco alla funzione del collegio sindacale, in quanto per il principio 'dell'unitarietà' dell'istituto dei sindaci se 'una è la responsabilità dei sindaci, in s.r.l. e s.p.a., una e identica deve essere anche la possibilità di reagire rispetto alle irregolarità degli amministratori', dovrebbe discenderne che non vi è ragione di distinguere a seconda che la nomina del collegio sia obbligatoria ovvero facoltativa. Laddove il collegio sindacale è presente, le sue competenze non possono essere intaccate proprio perché la legge non consente di graduare diritti, doveri e conseguenti responsabilità dei sindaci in funzione dell'obbligatorietà o meno della nomina».

(56) Sull'assoluta mancanza di coincidenza tra i presupposti dell'azione ex art. 2476, co. 3, c.c. e quella ex art. 2409 c.c. mi permetto di rinviare a ZAPPALÀ, *Ancora sulla denuncia al Tribunale ex art. 2409 c.c. nelle s.r.l.*, in *Società*, 2010, p. 208 ss.

(57) *Contra* SERRA, *ibidem*, il quale sottolinea: «Nell'ordinamento societario non è dato rinvenire norme che legittimino tale conclusione. Compito del collegio sindacale è la tutela dell'interesse dei soci alla corretta gestione della società cui essi partecipano, ovvero - se si preferisce - la tutela dell'interesse sociale inteso come interesse dell'impresa della cui gestione ad essi sono affidati il controllo e la vigilanza. Le maggiori o minori dimensioni dell'impresa, come la struttura aperta o chiusa della società, possono costituire condizione per l'applicabilità di discipline differenziate con riguardo ad es. alla tutela del mercato e della concorrenza, ma non toccano l'essenza della funzione di controllo affidata ai sindaci. Testuale conferma di tale assunto è desumibile - oltre che dalle norme già richiamate - quanto meno dagli artt. 2377, 2393 e 2406 c.c., che disciplinano rispettivamente l'attribuzione del diritto di impugnare le deliberazioni assembleari non conformi alla legge e allo statuto; l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori e il diritto del collegio di convocare l'assemblea qualora, nell'espletamento dell'incarico, ravvisi fatti censurabili di rilevante gravità e vi sia urgente necessità di provvedere. Si tratta, infatti, di poteri che sono attribuiti ai sindaci in funzione della tutela dell'interesse sociale ad una corretta gestione, il cui esercizio è previsto, da un lato, al fine di impedire che abbiano

4. Conclusioni

Il mutato scenario dei controlli in s.r.l. e, in particolare, l'introduzione della figura dell'organo di controllo monocratico, a sommosso avviso dello scrivente, pone qualche riflessione in più sull'opportunità di legittimare ogni automatismo applicativo tra la disciplina del collegio sindacale in s.p.a. ed in s.r.l.⁽⁵⁸⁾.

Al fine di evitare distorsioni nel sistema dei controlli in s.r.l. devono pertanto potersi considerare richiamate unicamente quelle norme che «siano coerenti al contesto normativo della s.r.l. e nella misura in cui lo siano»⁽⁵⁹⁾.

Ciò per due principali ordini di ragioni.

In primis poiché il legislatore del "Decreto semplificazioni" del 2012, con la modifica introdotta all'art. 2477, co. 5, c.c., di fatto, ha sconfessato la tesi di chi sosteneva l'applicabilità dell'istituto della denuncia al tribunale in s.r.l. nell'ipotesi in cui il collegio sindacale fosse obbligatorio⁽⁶⁰⁾ in ragione della pretesa "rilevanza pubblicistica" delle s.r.l., di cui

esecuzione deliberazioni assunte in pregiudizio della società ovvero al fine di reintegrare il patrimonio sociale e, dall'altro, per consentire ai soci di assumere le iniziative necessarie e o più opportune per fare cessare comportamenti degli amministratori di grave rilevanza. Può altresì convenirsi che l'esercizio di tali poteri si traduca anche in una forma, indiretta, di tutela dell'interesse generale e dei terzi. Resta fermo, però, che della cura di tali interessi non è investito il collegio sindacale, il cui compito si esaurisce nel garantire che la gestione sociale sia svolta nell'interesse dei soci».

(58) A titolo meramente esemplificativo basti pensare come, volendo per un attimo aderire alla lettura che legittima un'incondizionata riproposizione degli schemi applicativi tra s.p.a. e s.r.l., l'organo di controllo monocratico (ovvero il sindaco unico) si vedrebbe oggi potenzialmente investito di alcuni poteri che nelle s.p.a. vengono (per preferibile interpretazione dottrinale) ritenuti esperibili solo dal collegio sindacale inteso nella sua composizione collegiale. Si pensi, ad esempio, non solo alla possibilità di procedere autonomamente alla denuncia al tribunale *ex art.* 2409, co. 7, c.c., ma altresì di procedere all'esercizio dell'azione di responsabilità contro gli amministratori (in ragione del combinato disposto degli artt. 2477 e 2393 c.c.) o ad impugnare le decisioni dei soci *ex art.* 2479-ter, co. 1, c.c. in palese violazione di quel principio collegiale/maggioritario che, attualmente, sembra preferibile governi la legittimazione attiva del collegio sindacale in s.p.a. in detti casi.

(59) Così PRESTI, *op. loc. ultt. citt.*

(60) Per tutti il Trib. Milano, 26 marzo 2010, cit.: «La abrogazione del richiamo contenuto nell'art. 2488 c.c. vale dunque a escludere che quando non vi sia collegio sindacale ed in particolare collegio sindacale obbligatorio, come si vedrà, sia possibile per i soci presentare il ricorso *ex articolo* 2409 c.c., il che deve darsi per scontato perché si tratterebbe effettivamente di sovrapposizione con il ricorso cautelare di cui all'articolo 2476, co. 3, c.c.; proprio questo è il senso che deve attribuirsi al passo della relazione alla riforma che si citerà *infra* e cioè chiarire che il socio non dispone del potere di sollecitare provvedimenti di cui all'articolo 2409 c.c., il che non può valere tuttavia ad escludere che anche i sindaci siano privi di questo potere, che, si vedrà, deve intendersi espressamente

all'art. 2477, co. 2 e 3, c.c.⁽⁶¹⁾. Così venuto meno il supporto normativo che pareva legittimare alcuni a distinguere differenti discipline dei controlli tra le s.r.l. per le quali l'ordinamento prescriveva inderogabilmente la presenza di un organo di controllo e quelle per le quali l'opzione di istituire detto organo era rimessa ai soci, insistere per un'applicazione dell'art. 2409 c.c. alle s.r.l. di cui all'art. 2477, co. 2 e 3, c.c., mi pare non solo decisamente incoerente rispetto al nuovo corso della norma ma, ciò che più conta, scelta del tutto arbitraria tramite la quale dotare un organo eletto dalla maggioranza di un potere che non viene più (e questo è un dato condiviso tra le diverse tesi) riconosciuto alla minoranza qualificata dei soci nel medesimo tipo sociale⁽⁶²⁾.

Per altro verso, e questo secondo dato mi pare di grande momento, deve evidenziarsi come il legislatore, pur essendo di recente intervenuto più volte sull'art. 2477 c.c. e, per l'effetto, sul regime dei controlli in s.r.l., non abbia ritenuto di introdurre esplicitamente nel tessuto normativo vivente alcun diretto richiamo all'istituto della denuncia al tribunale per detto tipo di società.

Probabilmente potrà eccepirsi l'ennesima lacuna normativa di un legislatore "distratto"; tuttavia, ad avviso di chi scrive, pare, diversamente, confermare una precisa volontà di espungere dal sistema di controlli previsti per le s.r.l. la denuncia al tribunale *ex art.* 2409 c.c., seppur attraverso l'ennesimo (discutibile) silenzio.

Il "Decreto semplificazioni" del 2012, introducendo una marcata flessibilità nella disciplina dei controlli in s.r.l., ha in effetti sottolineato, una volta di più, l'innegabile disparità di trattamento tra s.p.a. ed s.r.l. che, coerentemente alle costanti volontà del legislatore, si traduce in piena autonomia tra i due tipi sociali. Autonomia che pare permettere di ritenere il complesso delle norme dedicate dal legislatore ai sistemi di controllo in s.r.l. svincolato dagli schemi applicativi della s.p.a. e, coerentemente alle linee guida del particolare tipo sociale, in grado di sopperire (se non *in toto*, in buona parte) agli effetti ottenibili tramite

richiamato dall'articolo 2477 c.c. oggi vigente, in tema di controllo legale dei conti, un controllo che chiaramente non spetta ai soci, ma ai sindaci».

(61) Ancora Trib. Milano, 26 marzo 2010, cit.: «In altre parole se il legislatore ha avvertito la insufficienza in taluni casi dell'*enforcement* privato costituito dalla volontà e interesse concorrente dei soci alla conservazione del patrimonio sociale, con la possibilità di agire in responsabilità e chiedere la revoca, aggiungendovi un *enforcement* di carattere pubblicistico e preventivo costituito dal controllo legale dei conti, allora appare incongruo che si tratti di un rafforzamento diverso da quello delle s.p.a., monco dei poteri di cui all'art. 2409 c.c., ed in tal senso deve leggersi in modo ampio il richiamo di cui all'art. 2477 c.c.».

(62) V. *supra*, nt. 60.

un controllo “esterno” attraverso il pieno utilizzo del sistema di controlli “interno”.

Di tale disparità ed autonomia il decreto del Trib. Venezia, 7 marzo 2013 – a differenza del Trib. Ascoli Piceno, 15 febbraio 2013 – appare aver pienamente colto l’essenza⁽⁶³⁾.

La modifica introdotta all’art. 2477, co. 5, c.c. si dimostra, quindi, coerente all’approccio autonomista apertamente predicato dal legislatore in sede di riforma, ed ha il pregio di unificare (sotto il cappello di un unico rinvio) la disciplina dei controlli in s.r.l. Questi ultimi resteranno ancora influenzati nell’*an* (come tradizionalmente previsto in tale tipo di società), in ragione, da un lato, dell’avverarsi delle condizioni di cui all’art. 2477, co. 2, 3 e 4, c.c. e, dall’altro, della volontà dei soci. Tuttavia non potranno più essere influenzati nel *quomodo*, che resta inevitabilmente soggetto al rinvio di cui all’art. 2477, co. 5, c.c. «in ogni caso di nomina di organo di controllo, anche monocratico».

In questo modo la disciplina (e, si badi, non l’esistenza) dei controlli in s.r.l. diventa indipendente dalle dimensioni raggiunte dalla società medesima. La s.r.l., infatti, anche qualora non realizzi le condizioni di cui all’art. 2477, co. 2 e 3, c.c., ma decida di dotarsi ugualmente dell’organo di controllo, mutuerà, in quanto compatibili, le disposizioni dettate per la s.p.a. e, come sopra evidenziato, le piene tutele interne offerte dall’ordinamento.

Il condivisibile afflato di quella parte della dottrina e della giurisprudenza di merito rivolto ad uniformare il sistema dei controlli tra s.r.l. e s.p.a. in ragione delle dimensioni dell’impresa si scontra, ad avviso dello scrivente, con le istanze autonomiste della riforma che paiono, anche a valle degli ultimi interventi qui in commento, ancora ben radicate nella penna del legislatore.

In attesa di un auspicato intervento di quest’ultimo che provveda a definire con maggiore incisività i confini dei controlli in s.r.l., l’impatto

(63) Lo stesso infatti, pur riferendosi ad una fattispecie sviluppatasi *ante* d.l. 27 gennaio 2010, n. 39, sottolinea come «Il rinvio alle disposizioni in tema di società per azioni dettato dall’art. 2477, ultimo comma, c.c. in tema di società a responsabilità limitata, va quindi interpretato come richiamo ai requisiti professionali, alle cause di ineleggibilità, decadenza ed incompatibilità dei sindaci stabilite dagli artt. 2397 e ss. c.c., nonché alle rispettive funzioni e ai poteri indicati dagli artt. 2403 ss. c.c., ma non può invece valere ad assegnare loro il potere di sollecitare il controllo giudiziario in relazione a ravvisate irregolarità gestionali, a ciò ostando non solo la formulazione letterale delle disposizioni vigenti e l’intenzione del legislatore, ma anche diversi connotati attribuiti alle società a responsabilità limitata rispetto a quelle per azioni, con la riforma organica delle società di capitali di cui al D.Lgs n. 6/2003...*omissis*...di conseguenza, il rinvio alle norme che disciplinano il collegio sindacale della società per azioni, ossia agli artt. 2397 e ss. c.c. non opera per l’art. 2409 c.c. perché non più compatibile con l’attuale modello della società a responsabilità limitata, ispirata ad un controllo tutto privatistico».

del “Decreto Semplificazioni” del 2012 pare pertanto corroborare la tesi del tramonto di quell’approccio alla s.r.l. che – seppur guidato dal citato e condivisibile intento di garantire parità di controlli a parità di dimensioni – pretenderebbe di replicare la disciplina delle s.p.a. alle s.r.l., così come già autorevolmente evidenziato dalla Corte Costituzionale⁽⁶⁴⁾.

Ciò in piena aderenza allo spirito (ormai quasi decennale) della riforma nella quale si leggeva come la s.r.l. dovesse «prevedere un autonomo ed organico complesso di norme, anche suppletive, modellato sul principio della rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra soci» e ciò con buona pace dei fautori della resistenza all’emancipazione della s.r.l.

Abstract

The author summarizes the status quo of the debate in scholars and courts related to the applicability of the article 2409 of the Civil Code to the limited liability company (società a responsabilità limitata) and suggest some reflection on board of auditors (organo di controllo) lack of locus standi after coming into force the of the d.l. february 9th, 2012, n. 5.

(64) Correttamente ha infatti osservato la C. Cost., 29 dicembre 2005, n. 481, cit.: «I principi ed i criteri direttivi della legge di delegazione devono essere interpretati sia tenendo conto delle finalità ispiratrici della delega, sia verificando, nel silenzio del legislatore delegante sullo specifico tema, che le scelte operate dal legislatore delegato non siano in contrasto con gli indirizzi generali della stessa legge-delega» precisando, inoltre, come debba tenersi «conto delle finalità che, attraverso i principi ed i criteri enunciati, la legge delega si prefigge con il complessivo contesto delle norme da essa poste e (tener) altresì conto che le norme delegate vanno interpretate nel significato compatibile con quei principi e criteri».

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

