

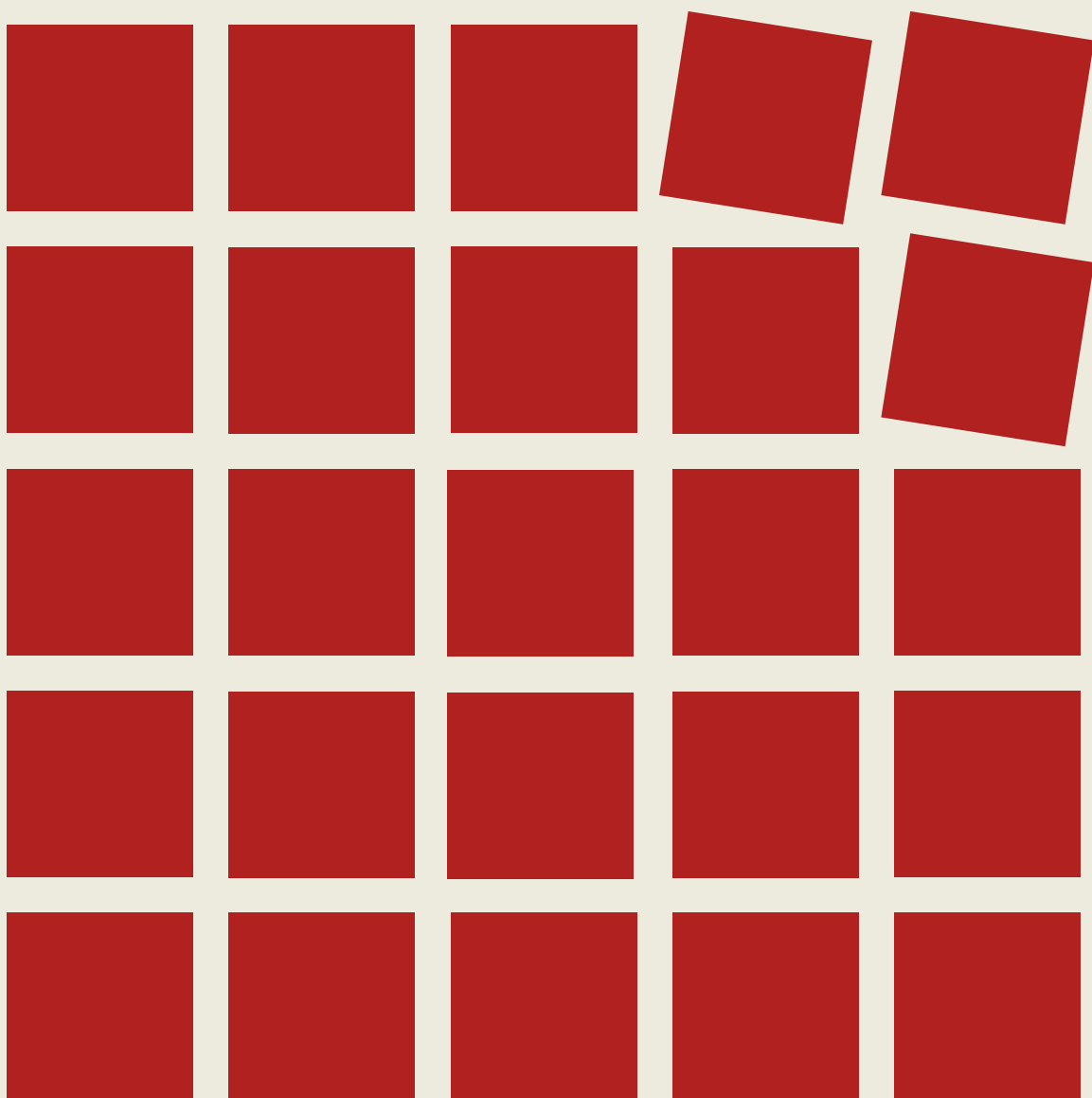
Ricerche giuridiche

ISSN 2281-6100

Vol. 5 – num. 1
Giugno 2016



Edizioni
Ca' Foscari



Ricerche giuridiche

[online] ISSN 2281-6100

Quaderni del Progetto Dottorale
di Alta Formazione in Scienze Giuridiche
e del Centro Studi Giuridici del Dipartimento
di Economia dell'Università Ca' Foscari Venezia

Edizioni Ca' Foscari - Digital Publishing

Università Ca' Foscari Venezia

Dorsoduro 3246 | 30123 Venezia

URL <http://edizionicafoscari.unive.it/it/edizioni/riviste/ricerche-giuridiche/>

Ricerche giuridiche

Rivista semestrale

Direzione scientifica Nicolò Abriani (Università di Firenze, Italia) Luigi Benvenuti Carmelita Camardi Francesco Caprigione (Università Guglielmo Marconi, Roma, Italia) Lorenzo De Angelis María Ángeles Egusquiza Balmaseda (Universidad Pública de Navarra, España) Antoine Lyon-Caen (Université Paris Ouest, France) Arturo Maresca («La Sapienza» Università di Roma, Italia) Fabrizio Marrella Roger McCormick (London School of Economics, UK) Christoph G. Paulus (Humboldt Universität zu Berlin, Deutschland) Adalberto Perulli Alessandro Somma (Università di Ferrara, Italia) Alberto Urbani

Direttore responsabile Alberto Urbani

Comitato Scientifico Christian Armbrüster (Freie Universität Berlin, Deutschland) Marcello Clarich (LUISS Università Guido Carli, Roma, Italia) Nina Dietz Legind (Syddansk Universitet, Denmark) Giuliana Martina Paolo Montalenti (Università di Torino, Italia) Johannes Michael Rainer (Universität Salzburg, Austria) Masaki Sakuramoto (Toyo University, Tokyo, Japan) Antonella Sciarone Alibrandi (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Roberto Senigaglia Marco Sepe (Unitelma Sapienza, Roma, Italia) Gianluca Sicchiero Tiziano Treu (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Giuseppe Vettori (Università di Firenze, Italia) Manfred Weiss (Universität Frankfurt, Deutschland) Gaetano Zilio Grandi

Comitato di redazione Vania Brino Francesca Burigo Valentina Cagnin Cristina De Benetti Sara De Vido Mariella Lamicela Bianca Longo Marco Mancini Andrea Minto (Universiteit Utrecht, Nederland) Marco Olivi Giuseppe Paone Andrea Pin (Università di Padova, Italia) Ilenia Rapisarda Marco Ticozzi Alessandra Zanardo Giuliano Zanchi Andrea Zorzi

Comitato scientifico per la valutazione Fabio Addis (Università di Brescia, Italia) Mads Andenas (Universitetet i Oslo, Norge) Antonella Antonucci (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Florence Benoit-Rohmer (EiUC, Venezia, Italia) Elisabetta Bergamini (Università di Udine, Italia) Massimo Bianca (Università di Trieste, Italia) Elena Bindi (Università di Siena, Italia) Antonio Blandini (Università di Napoli «Federico II», Italia) Enrico Camilleri (Università di Palermo, Italia) Maria Teresa Carinci (Università di Milano, Italia) Daniela Caterino (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Carlo Cester (Università di Padova, Italia) Nis Jul Clausen (Syddansk Universitet, Denmark) Paoloefisio Corrias (Università di Cagliari, Italia) Ciro G. Corvese (Università di Siena, Italia) Alessandro D'Adda (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Raffaele De Luca Tamajo (Università di Napoli «Federico II», Italia) Francesco De Santis (Università di Salerno, Italia) Riccardo Del Punta (Università di Firenze, Italia) Leonardo Di Brina (Università «Guglielmo Marconi», Italia) Giovanni Di Rosa (Università di Catania, Italia) Leonardo Ferrara (Università di Firenze, Italia) Giuseppe Ferri jr. (Università di Roma Tor Vergata, Italia) Gianvito Giannelli (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Delia La Rocca (Università di Catania, Italia) Valerio Lemma (Università «Guglielmo Marconi», Roma, Italia) Raffaele Lener (Università di Roma Tor Vergata, Italia) Michele Lobocono (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Pierpaolo Marano (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Cinzia Motti (Università di Foggia, Italia) Marco Olivetti (Libera Università Maria SS. Assunta, Roma, Italia) Carlo Paterniti (Università di Catania, Italia) Ugo Patroni Griffi (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Paolo Patrono (Università di Verona, Italia) Mirella Pellegrini (LUISS Università Guido Carli, Roma, Italia) Henry Peter (Université de Genève, Suisse) Andrea Pisaneschi (Università di Siena, Italia) Dianora Poletti (Università di Pisa, Italia) Riccardo Salomone (Università di Trento, Italia) Franco Scarpelli (Università di Milano-Bicocca, Italia) Martin Schauer (Universität Wien, Austria) Francesco Seatzu (Università di Cagliari, Italia) Paolo Tosi (Università di Trento, Italia) Vincenzo Troiano (Università di Perugia, Italia) Fernando Valdés Dal-Ré (Universidad Complutense de Madrid, España) Francesco Vella (Università di Bologna, Italia) Michele Vellano (Università della Valle D'Aosta, Italia) Lorenzo Zoppoli (Università di Napoli «Federico II», 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, Italia.

Direzione e redazione Dipartimento di Economia, Università Ca' Foscari Venezia San Giobbe - Cannaregio 873, Fondamenta San Giobbe, 30121 Venezia
ricerchegiuridiche@unive.it

Valutazione dei contributi I contributi inviati alla rivista *Ricerche giuridiche* 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 Il contributo ricevuto è trasmesso in forma anonima, a cura della Direzione scientifica, ad uno o più componenti del Comitato scientifico per la valutazione, affinché i medesimi formulino il proprio giudizio compilando in via telematica l'apposito questionario. Trascorso il termine di trenta giorni dalla ricezione senza che il valutatore designato abbia formulato il giudizio, il contributo si intende da questi approvato.
- 3 La valutazione è calibrata sul genere letterario del contributo, e quindi sulla diversa funzione del saggio, della rassegna di giurisprudenza, del commento a sentenza.
- 4 In presenza di pareri dissenzienti, la Direzione può assumersi la responsabilità scientifica di procedere comunque alla pubblicazione, ma con indicazione del parere contrario dei valutatori interpellati. 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 ricevute dai valutatori, assumendosi la responsabilità della verifica.
- 5 In ciascun fascicolo della rivista sarà indicato, in ordine alfabetico, l'elenco dei membri del Comitato scientifico per la valutazione che hanno effettuato la valutazione dei contributi pubblicati.
- 6 La Direzione scientifica della Rivista si riserva la facoltà di valutare autonomamente i contributi di alti esponenti delle istituzioni e i supplementi che raccolgono gli atti di convegni.

Sommario

SAGGI

**The Enforcement Problem of International Labour Law
Comparative Perspectives**

María Encarnación Gil Pérez, Ioannis Katsaroumpas, María Lattanzi,
Elena Radevich, Masahito Toki

7

**Il governo del rischio di riciclaggio
e di finanziamento del terrorismo nel sistema bancario**

Marco Pistritto

25

PAPERS

**Regole prescrittive e funzioni descrittive:
una stretta di mano necessaria tra diritto e psicologia**

Gianluca Sicchiero

43

Il controllo giudiziale sullo *ius variandi* dopo il Jobs Act

Annalisa Feltre

53

OSSERVATORIO

TRIBUNALE DI VERONA, Ordinanza, 12 dicembre 2014, n. 95 (ord.)

Platania Estensore

**Digressioni sul tema del *rent to buy* a partire
da Tribunale di Verona, 12 dicembre 2014, n. 95**

Anna Russo

84

CASSAZIONE CIVILE, sez. II, 7 agosto 2014, n. 17792

Vitrone Presidente – Bisogni Estensore

Soggettività giuridica e società di persone

Gaia De Marchi

107

CASSAZIONE CIVILE, sez. I, 3 dicembre 2014, n. 25576,

La natura giuridica dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria e l'applicabilità del principio del silenzio-assenso nel procedimento autorizzativo ex art. 14 t.u.b.

Sabrina Pelillo

127

TRIBUNALE DI VENEZIA, sez. spec. impr., 10 giugno 2016, n. 2690 (ord.)

Marra Giudice

L'applicabilità alle società cooperative dell'art. 2358 c.c.

Violazione dell'art. 2358 c.c.: conseguenze e legittimazione ad agire

Sofia Mansoldo

148

I contributi del presente fascicolo sono stati valutati da:

B. Barei, C. Corvese, A. D'Adda, L. Di Brina, G. Di Rosa, G. Fauceglia, V. Filì, G. Giannelli, V. Lemma, M. Lobocono, M. A. Occhino, U. Patroni Griffi, D. Poletti, O. Pollicino, M. Sepe, R. Salomone, V. Troiano

Saggi

The Enforcement Problem of International Labour Law

Comparative Perspectives

María Encarnación Gil Pérez
(Prof., Dir. of Labour Law and Social Security Law,
University of Castilla-La Mancha, Spain)

Ioannis Katsaroumpas
(D. Phil. Candidate, University of Oxford, UK, Onassis Foundation Scholar)

María Lattanzi
(Lawyer specialized in Labour Law. Former Lecturer on Labour Law
at the University of Palermo, Buenos Aires, Argentina)

Elena Radevich
(Associate Professor, Law Institute of Tomsk State University, Russia)

Masahito Toki
(Research associate, the University of Tokyo, Japan)

Abstract The enforcement of international labour law (ILL) becomes more acute problem in the context of globalization and the deployment of neoliberal economic forces threatening the effectiveness of ILL. Based on comparative outlook on this problem with examples taken from five countries, the following general observations could be made. Firstly it is crucial to acknowledge the diversity of the systems of enforcement of non-domestic labour standards. Secondly collective labour rights enjoy lower levels of enforcement than individual rights. This seems to be caused by an issue springing from the particularities of the national traditions as well as a genuine by-product of the neoliberal expansion against the social sphere. Thirdly, “soft” and “hard” law should not be understood as static categories. The distinction between “soft” and “hard” law cannot be determined a priori, hence a dynamic and flexible approach and potentially a re-reading of the hard/soft law distinction are required. We have concluded that, towards redressing the enforcement problem, there is a need for a radical reconceptualisation of the hard/soft law distinction and a need for a pluralistic, open and integrated approach to different mechanisms of enforcement.

Summary 1. Introduction. – 2. The Concept of Fundamental Social Rights. – 3. National Cases. – 3.1. Argentina. – 3.2. Greece. – 3.3. Japan. – 3.4. Russia. – 3.5 Spain. – 4. Conclusion

Keywords Enforcement. Soft Law. Hard Law.

1 Introduction

The challenges of international labour law (ILL) could be divided into two categories. On the one hand, the task of promulgation of proper international legal norms has captured the intellectual attention of many scholars. Yet, on the other hand it is the second category that poses the most serious threat to ILL, namely the enforcement of these rules. In short, the problem is not normative. It is of enforcement which could be called as the enforcement problem of ILL. As Keith Ewing remarks «the supervision and enforcement of international labour law relies on the *goodwill* of governments to abide by obligations voluntarily entered into and ultimately on *moral persuasion* by international community»¹. The problem becomes more acute in the context of globalization and the deployment of neoliberal economic forces threatening the effectiveness of ILL.

In light of these considerations we structure our article as follows.

First, as a preliminary question, we will briefly deal with the concept of Fundamental Rights which has been a common and recurrent theme in the scholarship. Subsequently, we will state the effectiveness problem of ILL. Rather than having a theoretical discussion, we consider more useful to present a comparative outlook on this problem with examples taken from five countries. Following this comparative presentation, we will make some general observations.

2 The Concept of Fundamental Social Rights

In spite of its wide application the concept of fundamental social rights seems to be quite ambiguous. This is so for two reasons: 1) the difficulty in determining what counts social rights; 2) what fundamental means. The social rights include the labour rights as well as a broader category of rights associated with human social actors. The task of determining which social rights are fundamental is equally challenging. Without having the space to enter into the full merits of the debate, the following observation should be briefly made regarding different approaches to the concept of “fundamental”. In particular, a relativist camp would suggest

This article is the result of the work during the seminar “Fundamental social rights in the age of globalisation” which was organized by the Ca’ Foscari University of Venice and the International Society for Labour and Social Security Law. We would like to thank the organizers of this seminar and the prominent scholars for providing us with a resourceful fund of ideas.

1 KEITH EWING, *Britain and the ILO*, Institute of Employment Rights, 1994, 14, emphasis added. For the effectiveness of international standards see BOB HEPPLER, *Labour Laws and Global Trade* Hart, 2005, Ch 2.

that the concept acquires different meanings within the various national and international sources. In contrast, a more human oriented approach would associate “fundamental rights” with the concept of human dignity.

Let us now move to the sensitive issue of enforcement. The latter is related to how fundamental social rights work and are implemented in practice. It is not enough to have the proper norms without a relevant and effective mechanism of enforcement.

3 National Cases

3.1 Argentina

Since 2008, the Supreme Court of Justice of Argentina has dealt with some cases related to the enforcement of the principle of Freedom of Association.

Argentina has ratified the Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (no. 87)², the Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (no. 98)³, Workers’ Representatives Convention, 197 (no. 135)⁴ and the Collective Bargaining Convention, 1981 (no. 154)⁵.

The trade union system in Argentina allows the registration of different trade unions covering a particular industry, profession, category or enterprise, but the official trade union status is only granted to the most representative one in each of these areas. This means that, although all these unions may coexist, only the official union (*Sindicato con personería gremial*) is granted the rights of representation of collective interests, collective bargaining, administration of social welfare activities, tax exemption, trade union special protection for their representatives, administration of their own healthcare organizations, ecc⁶.

The aforementioned trade union system is known as “*Unicato*” and has been repeatedly alleged to be in serious breach of the principles laid down both in international law and in Argentina’s own Constitution in respect to the freedom of association⁷. The ILO, through the Committee of Experts

2 Ratified on 18 January 1960.

3 Ratified on 24 September 1956.

4 Ratified on 23 November 2006.

5 Ratified on 29 January 1993.

6 According to Sections 31, 38, 39, 48 and 52 of the Trade Union Law No. 23,551.

7 Section 14bis of Argentinean Constitution sets forth: «Labour in its several forms shall be protected by law, which shall ensure to workers: dignified and equitable working condi-

on the Application of Conventions and Recommendations and the Committee on Freedom of Association has issued several observations and recommendations since 1989, year in which this system was finally ratified and implemented by the Argentinean Trade Union Law (Law no. 23,551).

As it has been already mentioned, it was only in 2008 (twenty years after the enactment of the law) that the Argentinean Supreme Court of Justice started to challenge this system in its judgments. Furthermore, as pointed out by Von Potobsky and Goldín, it was also as from that moment that the Supreme Court of Justice started to take into account the provisions of Convention (no. 87), as well as its construction by the bodies and committees of the ILO⁸.

We take as an example the case "*Rossi, Adriana María vs. National State - Argentine Army*", decided by the Argentinean Supreme Court of Justice in 2009⁹.

Ms. Rossi was subjected to a disciplinary measure by her employer, the Argentine Army. She alleged that this measure had been illegal due to her position as president of a Trade Union, *Asociación de Profesionales de la Salud del Hospital Naval (PROSANA)*, a simply registered union.

According to Argentine law, if a disciplinary measure has to be imposed to a union representative or even in the case of a dismissal with cause, the

tions; limited working hours; paid rest and vacations; fair remuneration; minimum vital and adjustable wage; equal pay for equal work; participation in the profits of enterprises, with control of production and collaboration in the management; protection against arbitrary dismissal; stability of the civil servant; free and democratic labor union organizations recognized by the mere registration in a special record.

Trade unions are hereby guaranteed: the right to enter into collective labour bargains; to resort to conciliation and arbitration; the right to strike. Union representatives shall have the guarantees necessary for carrying out their union tasks and those related to the stability of their employment.

The State shall grant the benefits of social security, which shall be of an integral nature and may not be waived. In particular, the laws shall establish: mandatory social insurance, which shall be in charge of national or provincial entities with financial and economic autonomy, administered by the interested parties with State participation, with no overlapping of contributions; adjustable retirements and pensions; full family protection; protection of homestead; family allowances and access to a worthy housing.»

8 VON POTOBSKY, G. *Norma internacional y derecho colectivo del trabajo*. Buenos Aires, DT 2010 (February), p. 229: «*In this respect, it should be highlighted that the Supreme Court, which traditionally has kept distance from the ILO's Conventions, has radically changed its position in the case "ATE vs. Ministry of Employment", not only concerning quotes of Convention No. 87, but specially with regards to the construction of the ILO's control bodies.*» (translated quotation by the author).

GOLDÍN, A. *La representación en la empresa y la tutela sindical. A partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires, DT 2011 (February), 219: «*The Supreme Court overcomes its previous tendency of not applying or just mentioning ILO's Conventions in a secondary manner.*» (translated quotation by the author).

9 Supreme Court of Justice, 9 December, 2009, "*Rossi, Adriana María v. National State - Argentine Army*", (R.1717.XLI.RHE).

measure must count with the prior authorization of a labour judge due to the special protection granted to union's representatives. However, this protection is only granted by law to the representatives of the official trade union, but not to those belonging to simply registered unions.

In this leading case, the Supreme Court of Justice declared this provision unconstitutional (section 52 of Law 23,551), based on the following grounds:

1. The principle of democratic and free union trade organization is embodied in the Constitution (section 14 *bis*), in several International Treaties of Human Rights with constitutional hierarchy –American Declaration of the Rights and Duties of Man (article XXII), Universal Declaration on Human Rights (art. 20 and 23.4), American Convention on Human Rights (art. 16), International Covenant on Civil and Political Rights (art. 22.1/3) and International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (art. 8.1.a and c and 3)- and in Convention no. 87 of the ILO, which was duly ratified by Argentina.
2. Protection of union representatives is *necessary* in order to ensure this freedom of association.
3. Consequently, confining this protection only to the representatives of the official trade unions violates said principle of freedom of association.
4. In practice, this limitation forces workers to affiliate to the official unions in order to enjoy full labour representation¹⁰.
5. In reaching its judgment, it is worth mentioning that the Supreme Court of Justice examined in detail the twelve annual observations that the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations has issued since 1989. In these observations, the Committee had maintained that this provision damaged the principle of freedom of association.

It is worth mentioning, as remarked by Goldín, that it is not the union unity that has been challenged by this judgement, but the unity imposed by law. The alternative of plurality must be kept opened inside the system in order to ensure the principle of freedom of association¹¹.

So, with a twenty-year delay, the Supreme Court of Justice of Argentina has started to include in its judgments the observations and recommenda-

¹⁰ In this sense, GOLDÍN expresses: «When the most representative union monopolizes the powers of the union condition it is difficult that workers might become interested in incorporating minority unions (lacking, therefore, of sufficient powers) or becoming members of them. Consequently, the existence itself of this kind of unions becomes improbable». GOLDÍN, *supra* n. 9, at p. 219. (translated quotation by the author).

¹¹ GOLDÍN, *supra* n. 9, at p. 220.

tions of the ILO bodies on the interpretation of Conventions 87 and 98¹². According to the national system of constitutional review, decisions of judges are only applicable to the particular case decided. In the aftermath of these decisions, a call for the amendment of the legal framework for the trade union system is being put forward by some academics¹³, politicians and some trade union representatives¹⁴.

3.2 Greece

The Greek case of implementation of far-reaching collective labour law reforms imposed as a condition for EU/IMF bailout assistance to Greece, despite being contrary to ILO standards, exemplifies a manifestation of the “enforcement problem”.

In examining the complaint by the Greek trade unions, the ILO Committee on Freedom of Association has concluded that many of the reforms are manifestly inconsistent with ILO standards¹⁵. Without entering into the full details, three inconsistencies deserve attention. The first relates to the absence of social dialogue, or as put by the CEACR of “frank and full consultations” with social partners, before the passage of the legisla-

12 Since 2008, the Supreme Court of Justice has issued four judgments in favor of the principle of freedom of association. Apart from the case commented on this article, we can mention the following cases:

12 In Supreme Court of Justice, 11 November 2008, *Asociación Trabajadores del Estado v. Ministerio de Trabajo*, (Fallos: 331;2499), the Court stated that the exclusive right to call for union representatives elections, as reserved to the official unions, is unconstitutional.

12 In Supreme Court of Justice, 7 December 2010, *Alvarez, Maximiliano and others v. Cencosud S.A.*, (1023. XLIII. RHE), the Court applied the non-discriminatory law and granted absolute stability to the representatives of the simply registered unions.

12 In Supreme Court of Justice, 18 June 2013, *Asociación de Trabajadores del Estado re: declaration of unconstitutionality*, (A. 598. XLIII. RHE), the Court declared that the exclusiveness of collective representation in the head of the official unions is unconstitutional.

13 GOLDÍN, *supra* n. 9, at p. 230: «*The amendment of the legal system becomes therefore an inevitable alternative*» (translated quotation by the author).

RODRÍGUEZ MANCINI, J. *La libertad sindical y el modelo sindical en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires, DT 2010 (February), p. 223.

14 MEGUIRA, H.D. *El “Fallo Rossi” y la estabilidad de todos los representantes de los trabajadores*. Buenos Aires, DT 2010 (February), p. 209.

15 ILO Committee of Freedom of Association, Conclusions on Case no. 2820 (Greece) in 365th Report on Committee of Freedom Association (1-6 November 2012). For general reading on ILO and austerity measures in Europe see NIKLAS BRUUN, *Legal and Judicial International Avenues: The ILO*, in N. BRUUN, K. LÖRCHER, I. SCHÖMANN, *Economic and Financial Crisis and Collective Labour Law in Europe*, Hart, 2014.

tion¹⁶. The pressure of concluding the Memoranda with the lenders under strict timetables for the disbursement of the instalments of financial assistance means that the dialogue with the Troika (the institution representing the IMF, European Commission and ECB) has effectively replaced “social dialogue”. Moving to the second example, the repeated Government interventions in collective autonomy through suspending, modifying or annulling the effects of the provisions of freely concluded agreements were considered to be in discordance with the ILO principle of voluntary and free collective bargaining as enshrined in art. 4 of Convention 98. To quote CFA, there are «important and significant interventions in the voluntary nature of collective bargaining and in the principle of the inviolability of freely concluded collective agreements»¹⁷. Finally, the granting of the power to the non-trade union entities of associations of persons, formed even by six workers in the enterprise, to conclude enterprise agreements in the absence of enterprise trade unions was considered by the CFA as a measure that it may seriously undermine the position of trade unions as the representative voice of the workers in the collective bargaining process since they are not trade unions with full functions and guarantees of independence¹⁸.

In spite of these unequivocal ILO pronouncements, ILO standards remain unenforced thus giving rise to a typical “enforcement problem”. Why is so? For making a long and complicated story short, two main remarks should be made. First, this is not a traditional case where the violation of international legal standards assumes the *bilateral* form of a Government not implementing international legal norms. Instead, it has a *trilateral* character as the collective labour law reforms violating ILO norms are dictated by the IMF/EU to the Government through the mechanism of the Memoranda of Understanding. And the direct effectiveness of EU/IMF conditions lies not in their normative effect but in the fact that they are conditions whose observance is necessary for ensuring the financial survival of the state. Evidently, there is an indirect collision between the EU/IMF and ILO as they prescribe conflicting obligations for Greece. Secondly, and perhaps more importantly, the lack of effectiveness of ILO standards in Greece detects, like a seismograph, a more fundamental trend: the growing *asymmetry* between economic (or neo-liberal) governance and socially-oriented governance. Whereas the economic (or neo-liberal) side promotes a de-regulatory agenda for labour law through exploiting the

16 Committee of Experts on Application of Conventions and Recommendations (Committee of Experts), *Observation on the Right to Organise and Collective Bargaining Convention 194, no. 98*, adopted in 2010, emphasis added.

17 CFA, *Conclusions*, p. 996.

18 *Ibidem*, p. 998.

material needs of the Greek state and ignoring ILO standards, the social side represented by the ILO lacks an equally powerful carrier for its realisation. This *asymmetry* appears both in the general imposition of a narrow “fiscal straitjacket” to which labour law reforms should conform within the Eurozone Government and the remarkable absence of the ILO or social partners in the deliberations for the conclusion of the Memoranda. Labour law questions are seemingly and increasingly approached as pure technocratic questions to be determined by the application of the rules of the neoclassical economic orthodoxy.

To sum up, the enforcement problem of ILO standards in the Greek case has two important dimensions. It arises from the conflicting obligations derived from international institutions and from the growing asymmetry between economic and social considerations in favour of the former.

3.3 Japan¹⁹

Here, unlike other sections, we deal with the development of the Equal Employment Opportunity Act (EEOA) which was enacted to ratify the Convention on the Elimination All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), not with concrete national cases. There are two reasons for this.

Firstly, there are very few Japanese domestic cases which discuss conflicts between national statutes and international treaties that provide fundamental social rights²⁰. The Japanese government takes a cautious and strict approach to ratify treaties. When ratifying a treaty, it makes scrupulous efforts to eliminate any inconsistency and conflict between Japanese domestic laws and the international treaty. Accordingly, if there is any conflict between them, the government makes it sure that domestic laws are amended before it ratifies the treaty or convention²¹. In case that

¹⁹ This part is greatly dependent on T. ARAKI, *The impact of fundamental social rights on Japanese law*, in: B. HEPPLE, *Social And Labour Rights in a Global Context*, Cambridge University Press, 2002, pp. 215, 230-235.

²⁰ As one example of such cases, The *Sendai Kishodai* Case, Supreme Court, 2 March 1993, 629 *Rohan* 7. In this case, the Supreme Court rejected an allegation that the National Public Service Act which prohibits national public servants who are holding regular service from striking is violating the ILO conventions ratified by Japan such as Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, (no. 87), and the Right to Organise and Collective Bargaining Convention (no. 98), simply reasoning those conventions does not guarantee public servants’ right of strike. In this connection, Japan does not ratify the Labour Relations (Public Service) Convention (no. 151) at the writing time.

²¹ N. VALTICOS, *International Labour Law* (Tadashi Hanami, trans., Sanseido 1984) iv; Y. IWA-SAWA, *International Law, Human Rights, And Japanese Law* (Oxford University Press 1998), p. 306; ARAKI, *supra* n. Error: Reference source not found, 230. A comment says that this is the reason why the number of the ILO conventions ratified by Japan is relatively smaller

eliminating such conflict is impossible or difficult, the government often gives up ratifying a new treaty²². In addition, the sources of international social rights in Japan are more limited than in European countries. Japan is neither a member of the European Union nor the Council of Europe. The main sources of international fundamental social rights for Japan are those established by the United Nations and the International Labour Organization²³.

Secondly, taking Japanese employment tradition into consideration, the EEOA adopted very unique way in implementing the CEDAW²⁴. This provides interesting materials for discussion about “enforcement problem” of international labour laws.

Let us move to examine the development of the EEOA.

3.3.1 Development of the EEOA

Before ratifying the CEDAW and the enactment of the EEOA, it was a common practice among Japanese companies that female workers quit their jobs when they got married or pregnant. It was also common that female workers were hired and engaged in simple deskwork. At that time, the Labour Standards Act of 1947 did not prohibit sex discrimination universally but simply prohibited wage discrimination on account of being a woman. There were no statutes prohibiting “discriminatory treatment” such as discrimination in the process of recruitment, hiring, allocation of jobs. Case law protection was also limited²⁵ and insufficient to redress Japan’s male-centred employment practice²⁶.

Japan signed the CEDAW in 1980. Given the situations mentioned above, in order to ratify the CEDAW, the Japanese government needed to make

(Hanami, *supra* n. Error: Reference source not found, v). Indeed, according to the ILO website ([http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11001:0:::":2014-10-09](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11001:0:::)), the number of ILO conventions ratified by Japan is the smallest in our targeting five countries (Spain 133, Argentina 80, Russia 72, Greece 71, and Japan 49).

²² The Hours of Work (Industry) Convention (no. 1) and Weekly Rest (Industry) Convention (no. 14) can be such examples (T.HANAMI, *The influence of ILO standards on law and practice in Japan*, 1981, 120(6) *International Labour Review*, p. 765 ff.).

²³ ARAKI, *supra* n. 20, 230.

²⁴ Japan ratified the CEDAW in 1985, although the Discrimination (Employment and Occupation) Convention (no. 111) has not yet been ratified at the writing time.

²⁵ Courts held that sex discrimination in retirement age and obligatory retirement by reason of marriage violates the public policy and nullify the provisions of contracts (see the *Nissan Jidousha* Case, Supreme Court, 24 March, 1981, 35 *Minshu* 300, the *Sumitomo Semento* Case, Tokyo District Court, 20 December 1966, 20(4) *Rominshu* 715).

²⁶ ARAKI, *op. cit.*, n. 20, p. 232.

necessary amendments in national legislation, and such legislative changes necessarily required radical reform of the firmly rooted male-centred employment tradition in Japan²⁷. After a heated debate, the EEOA was enacted in 1985 because of international pressure to ratify the CEDAW.

Prohibition of discriminatory treatment on account of being a woman under the 1985 EEOA was still limited to discrimination in vocational training, retirement age, obligatory retirement by reason of marriage, pregnancy or childbirth, and dismissal by these reasons. These prohibitive provisions nullify contracts which violate them. By contrast, the 1985 EEOA refrained from directly intervening in recruitment, hiring, assignment and promotion, the main arena of differential treatment between men and women. The Act merely provided that employers have a *duty to endeavour* to provide women with opportunities equal to those provided to men²⁸. If a violation of this duty were detected, the administrative agency would give a guidance to make it removed²⁹, but there was no criminal penalty against it. Courts held that this duty did not constitute the public policy automatically and that the violation did not nullify contracts or constitute torts³⁰. The reason why the 1985 EEOA took such a weak attitude towards the male-centred employment practices is that the legislation was only possible through a compromise between labour and management, or liberal and conservative parties³¹.

In spite of such a mild prohibition against sex discrimination under the 1985 Act, the employment practice in Japan was changed significantly. The employment rate of woman increased and an advertisement offering employment which was previously separated based on prospective employees' sex rapidly disappeared.

After the several amendments, the 1997 EEOA explicitly prohibited discrimination concerning recruitment, hiring, assignment and promotion by reason of being a woman. The duty to endeavour to provide equal opportunities was replaced by a "legal" prohibition of discrimination against women. And finally, by the amendment in 2006, the EEOA reaches a genuine discrimination prohibitive law for both sexes and also prohibits indirect discrimination.

27 *Ibidem*.

28 *Ibidem*, p. 233.

29 It is said that such administrative guidance to realize administrative aims is used more frequently in Japan than in European countries.

30 The *Nomura Shouken Case*, Tokyo District Court, 20 February, 2002, 822 *Rohan* 13.

31 ARAKI, *supra* n. 20, p. 232.

3.3.2 Remark

In sum, faced with the international pressure to ratify the CEDAW, Japan started to engage in sweeping legislative changes. Japan's equal employment policy concerning the elimination of sex discrimination began with a modest intervention entailing a *duty to endeavour* rather than outright prohibition. If Japanese legislature had adopted the legal duty instead of the duty to endeavour in 1985, most employers would not have even tried to comply with the legal duty because such legislation would have been far from actual employment practice and societal consciousness at that time. Can we consider as effective a legal duty which no one even tries to comply with? Through a soft law regulation and administrative guidance and campaign promoting equality between two sexes, Japan sought gradual but steady changes in societal consciousness towards equal employment³². After a society had accepted a new norm and the way had been paved for a more direct legal intervention without causing serious societal confusion, Japan introduced more direct and mandatory forms of regulations³³.

Japan's ratification of the CEDAW and the enactment of the EEOA show that international pressure can be an important promoter of the fundamental social rights. The Japanese legislature adopted the gradual and soft-law approach to implement the international norms enshrined in CEDAW³⁴. Partly it might have been a political compromise, but partly it was thought that such a gradual but steady approach could be more effective in the end than direct legal intervention entailing social dislocation³⁵.

3.4 Russia

Russia as many other countries all over the world has ratified all eight of the core ILO conventions as well as the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950) better known as the European Convention on Human Rights (hereafter - the Convention) within the Council of Europe the member of which it became in 1996. In

32 Indeed, unlike situations of the enactment of EEOA in 1985, there was no public objection against replacing the duty to endeavor with the legal duty when EEOA was amended in 1997.

33 ARAKI, *op. cit.*, n. 20, 234.

34 *Ibidem*.

35 If we divide fundamental social rights into two categories, core rights regarded inviolable and peripheral ones which legislature has wider legislative discretion, it is worth noting that the treatment of fundamental social rights such as sex equality in Japan suggests that Japan views core rights more narrowly than European and admits more legislative discretion (ARAKI, *op. cit.*, n. 20, 237).

opinion of some foreign scholars which seems to be quite fair the Convention was eyed by Russia as many other countries from Central and Eastern Europe as a document that it should subscribe to in order to demonstrate its commitment to a democratic future³⁶. In the Soviet period, the influence of international labour standards on national legislation was rather restricted that can be explained, firstly, by the relative closedness of the Soviet economy and, secondly, by the fact that the rest of international labour law was not “ideologically neutral” and were chiefly oriented to communist states and not socialist ones³⁷. However, with Russia’s transition to a market economy and declaration of democratic values as the basis for its further development the situation has been changed substantially. At present, both in theory and practice international labour standards are considered as a principal guideline for further development of national legislation. At the same time, the number of applications submitted by Russian citizens to the European Court of Human Rights (hereafter – ECHR) indicates that in spite of numerous legislative attempts on adjustment of national legislation there are still a lot of problems with enforcement of human rights, including social ones³⁸. One of the most discussable questions of late concerns the issue of different interpretation of fundamental social rights by the ECHR and the Constitutional Court of the Russian Federation (hereafter – CC RF) which occurred in connection with the case *Konstantin Markin v. Russia* where the ECHR for the first time severely criticized arguments of the CC RF on the same matter.

This case originated in 2005 when a military serviceman Konstantin Markin – a divorced father of three minor children – asked the head of his military unit for three years’ parental leave to take care of his children. Since the request was rejected on the ground that in accordance with Russian legislation such leave could be granted only to female military personnel and Markin was allowed to take only three months’ leave, he pursued unsuccessful multiple appeals to military courts of different levels, complaining, in particular, that that the refusal to grant him three years’ parental leave violated the principle of equality between men and women

36 E. BATES, *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2010, p. 22.

37 N. LYUTOV, *Rossiyskoye trudovoe zakonodatelstvo i mejdunarodniye trudoviye standarty: sootvetstvie i perspektivy sovershenstvovaniya* [Russian Labour Legislation and International Labour Standards: The Issues of Compliance and Perspectives for Modification] (Tsentr sotsial’no-trudovyh prav [Centre for Social-Labour Rights] 2012). Available at “Center for social and labour rights” website: <http://trudprava.ru/files/pub/rostrudzak.pdf> (25 July 2014).

38 Until recently Russia usually has led in number of appeals submitted to the ECHR against it. Only in 2014 it ranks not the first place in number of pending applications allocated to a judicial formation, but the third one (after Ukraine and Italy). http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_pending_month_2014_BIL.pdf (2014-07-25).

guaranteed by the Constitution. In 2006, after all his unsuccessful courts proceedings Markin lodged his complaint with the ECHR and in 2008 he applied to the CC RF, claiming that the provisions of the Military Service Act concerning the three-year parental leave were incompatible with the equality clause in the Constitution. In 2009, the CC RF rejected his application and concluded that Markin was not entitled to three years of parental leave so long by signing a military service contract he had voluntarily chosen professional activity which entailed limitations on his civil rights and freedoms which were necessary for proper defense of the country and its security. At the same time, granting the right to parental leave to servicewomen, on the exceptional basis, on the opinion of the CC RF, is explained, firstly, by the limited participation of women in military service and, secondly, by the special social role of women associated with motherhood.

About a year later the ECHR delivered its Chamber judgment in the case *Konstantin Markin v. Russia*³⁹, where it found that there had been a violation of Article 14 of the Convention (prohibition of discrimination) in conjunction with Article 8 (right to respect for private and family life). The Court was not convinced by the argument of the CC RF that the different treatment of male and female military personnel concerning the right to parental leave could be justified by the special social role of mothers in the upbringing of children as well as by the argument that taking of parental leave by servicemen on a large scale would have a negative effect on the fighting power and operational effectiveness of the armed forces.

In reality, it was for the first time when the ECHR so seriously criticized the arguments of the CC RF as groundless. Before then their legal positions on the issue of interpretation of fundamental social rights were generally coincided that can be explained by the fact «that both the Constitution of the Russian Federation and the Convention include per se the same range of fundamental rights and freedoms»⁴⁰. However, in the case of *Konstantin Markin v. Russia* the ECHR has not confined itself just to criticizing the CC RF. It also instructed Russia to take legislative measures in order to put an end to the discrimination against male military personnel as far as their entitlement to parental leave is concerned. Essentially it means that the

39 [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?#{"appno":\["30078/06"\],"documentcollectionid2":\["CHAMBER","DECISIONS","COMMUNICATEDCASES","CLIN","ADVISORY OPINIONS","REPORTS","RESOLUTIONS"\],"itemid":\["001-100926"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?#{) (2014-07-25).

40 V. DMITRIEVICH ZOR'KIN, *Dialog Konstitucionnogo Suda Rossiyskoy Federacii i Evropeiskogo Suda po pravam cheloveka v kontekste konstitucionnogo pravoporyadka* [The dialogue of the Constitutional Court of the Russian Federation and the European Court of the Human Rights within the context of the constitutional law and order]: the Report of the Chairman of the Constitutional Court of the Russian Federation at XIII International Forum on Constitutional Justice "The European convention on human rights and fundamental freedoms in the XXIst century: problems and prospects of implementation" (18-20 November 2010). <http://www.krsf.ru/ru/News/Speech/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=39> (2014-07-25).

ECHR has sufficiently exceeded bounds of the specific case when passing the judgment so long as there was no systematic problem and, therefore, no grounds to consider this decision as a pilot one⁴¹. As a result, it was considered by Russian authorities as an attempt to infringe of Russian sovereignty and provoked a lot of debates on the limits of the ECHR' interference in domestic affairs of a country. One of the consequences followed from these debates was a draft law according to which any decision by "an interstate organ" would only be fulfilled if the Constitutional Court of the Russian Federation confirmed that the norms called into question did not correspond with the Russian Constitution. In other words, it meant that the Constitutional Court would be granted veto power over the decisions of the ECHR. However, such radical legislative proposal has not received total support and eventually was withdrawn, formally as a result of a few procedural irregularities, although it seems to be quite obvious that political considerations were also taken into account⁴².

Russia appealed the original decision on the case and in 2012 the Grand Chamber issued its final decision⁴³ where it upheld the previous one and increased the applicant's total award. However, it did not give rise to further polemics on the issue so long as the Grand Chamber preferred to limit itself by the merits of the concrete case and not to recommend the Russian legislator to change national legislation that could be considered as a compromise at that moment.

Summing up, one can say that this case reflects a particular problem of non-enforcement, arising from the differences in the interpretation of fundamental social rights by the national constitutional courts and the European Court of Human Rights. Such an issue, which is quite typical for those countries where fundamental social rights are stipulated by the basic laws, is derived from the different models of correlation between national legal systems and the European Convention on Human Rights⁴⁴ that makes

41 In accordance with Rule 61 of the Rules of Court, the ECHR «may initiate a pilot-judgment procedure and adopt a pilot judgment where the facts of an application reveal in the Contracting Party concerned the existence of a structural or systemic problem or other similar dysfunction which has given rise or may give rise to similar applications». http://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf (2014-07-25).

42 W.M.E. POMERANZ, *Uneasy Partners: Russia and the European Court of Human Rights*. <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1863&context=hrbrief> (2014-07-25).

43 [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109868#{"item id":\["001-109868"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109868#{).

44 Usually, three approaches to the question are identified in the legal literature: 1) the Convention is considered as having a legislative ranking (e.g., in the UK); 2) the Convention is regarded as having constitutional rank (e.g., Austria and the Netherlands); 3) the Convention is treated as having a super-legislative ranking (e.g., in France, Belgium, Portugal) (the classification is cited in accordance with Giuseppe Martinico, *Is the European Convention*

for further search of the optimal conception of their correlation in the age of globalization, including the legal one. As a final note, it is important to stress that in the case of Russia it was the national interpretation that prevailed over the ECHR's one.

3.5 Spain

For Spain, we have chosen case concerning an employer's refusal to accord a father the so-called "breastfeeding" leave, as decided by the European Court of Justice in "Roca Álvarez v Sesa Start ETT, S.S." (Judgment of the Court (Second Chamber) of 30 September 2010, case C-104/09).

The case involved a worker who provides services to the company Sesa Start Spain ETT SA since July 2004. In March 2005, he applied to benefit from the provisions of art. 37.4 of the Workers' Statute (*Estatuto de los Trabajadores*, hereafter ET)⁴⁵ where the law regulates lactation⁴⁶, for the period between January 4 and October 5, 2005. This article refers to the possibility of paid leave during working time, or to accumulate breastfeeding time, in the terms stipulated in collective bargaining or by agreement with the employer. The interpretation of this provision has not always been peaceful, first, by the difficulty of reaching a negotiated agreement between the parties and, secondly, because of the difficulty for the parent to enjoy this right when the mother is not employed. This has been reflected in numerous judgments where sometimes the father is granted a leave and sometimes not.

In the present case, the worker applied to benefit from the provisions of art. 37.4 ET, but his request was rejected on the ground that the mother of his child was not employed but self-employed and that consequently neither she nor he were entitled to this leave.

This decision was confirmed in the first instance by the Social Court (nº 4) of A Coruña. On appeal, the High Court of Justice of Galicia found that the national legislation had been correctly applied, but understood

Going to Be 'Supreme'? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts (2012), 23(2) *Eur. Journ. intern. law.*, p. 404).

45 Royal Legislative Decree 1/1995, of March 24, approving the Consolidated Text of the Law on the Workers' Statute.

46 Art. 37.4 ET: «Female workers shall have the right to one hour of absence from work to breast-feed an infant of less than nine months. This may be divided into two fractions. The duration of such leave shall be increased proportionally in cases of multiple childbirth. Women, at their choice, may substitute this right for a reduction of their working day by half an hour for the same purpose, or accumulate this into complete days under the terms provided for by the collective bargaining agreement or by the agreement arrived at with the employer, respecting, as applicable, what is set forth in collective bargaining. This leave may be enjoyed by either the mother or the father, in the event that both work.»

that as long as the authorization required under these regulations was unrelated to the biological fact of breastfeeding, the regulation maybe discriminatory. Therefore a consultation was submitted to the European Court of Justice for a preliminary ruling regarding Spanish national regulation compatibility with art. 13 of the Treaty, and the principle of equal treatment of men and women in matters of employment and occupation enshrined in Directives 76/207/EEC of 9 February 1976 and 2006/54/EC of 5 July 2006, or, on the contrary, it is a discriminatory rule since only allows access to the exercise of this right by the father if the mother is employed.

Directive 76/207 / EEC, as amended in 2002, establishes a series of rules in order to enforce equal treatment between men and women in matters of employment and working conditions. Specifically, art. 5 of the standard provides for the application of this principle to the working conditions, the question is whether we consider breastfeeding as a working condition as required by the referred Directive. To make this analysis we must start from art. 37.4 ET, where it is expected that during the first nine months of childbirth, workers may choose either paid absence during the workday, or the accumulation of that leave in whole days. In this respect, Spanish regulation seeks to amend working hours and therefore refers strictly to working conditions, according to art. 5 of the Directive⁴⁷.

As to whether there is gender-based unequal treatment, the judgment analyses art. 37.4 ET because parents do not have the right to reduce working time, they just have the right arising from the fact that the mother is entitled or not, for which it is necessary that she works for others. Thus, unequal treatment arises when women workers have an inherent right to reduced working hours, while male workers only have a derived right from the right of the mother of his child. Consequently, a mother who is employed is entitled to a leave, but a parent who is employed can only enjoy it if the child's mother is also a worker. We must consider too that the goal of the leave is to let parents have enough time to take care of the child; as parents of young children, they are in a comparable situation with regard to the need to reduce their daily working time to take care of their child⁴⁸, hence the importance of recognizing the permit at issue and enjoyment interchangeably by the parent worker or working mother to be able to feed and care the child.

That is why the European Court of Justice states, on paragraph 47 of its

⁴⁷ See Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 20 March 2003, Kutz-Bauer, C 187/00, ECR I-2741, specially paragraphs 44 and 45.

⁴⁸ In this regard Judgment of the Court of 29 November 2001, Griesmar, C-366/99, ECR I-9383 in relation to education of children, and Judgment of the Court of 19 March 2002, Lommers, C-476/99, ECR I-2891, paragraph 30, in relation to places reserved only for children of female officials.

judgment, that the denial of the leave to the parents that have the status of employees on the sole ground that the mother does not have this condition, could lead to a self-employed woman, as the mother of the son of Mr. Roca Álvarez, to limit her professional activities and bear alone the burden resulting from the birth of her child, without the child's father being able to ease that burden.

In conclusion, the European Court of Justice ruled that art. 37.4 ET is inconsistent with arts. 2.1, 2.3, 2.4 and 5 of Directive 76/207 / EEC, and therefore the Spanish legislation is incompatible with Community law and consequently the Spanish courts are required from this point to make an interpretation in line with the EU directive, so to ensure the full effectiveness of the Directive and achieve an outcome consistent with the objective pursued by it. That is, to ensure that both parent and mother workers are entitled with a leave to facilitate the reconciliation of work and family life and create the conditions for an effective and balanced co-responsibility in child and family care⁴⁹.

4 Conclusion

The preceding comparative investigation confirmed the centrality of the "enforcement problem" of ILL. In light of these comparative findings, the following general observations could be made.

First, it is crucial to acknowledge the diversity of the systems of enforcement of non-domestic labour standards in the countries examined. Nonetheless, in most of the countries investigated, a serious common problem of enforcement has been identified that may disguise in different manifestations. The only clear case of enforcement is the Spanish case where the strong EU mechanism of enforcement was used in order to promote the individual right of equal treatment, the latter having been a cornerstone of ECJ jurisprudence. An interesting conclusion concerns the different levels of enforcement between individual and collective labour rights. Within our comparative inquiry, it was evident that collective labour rights enjoy lower levels of enforcement than individual rights. The Greek and Argentinian cases may be perceived as providing a verification of the thesis positing an asymmetrical development of individual and collective rights. Is this merely a confirmation of the famous Otto Kahn-Freund

49 See O. FOTINOPOULOU BASURKO, *El derecho del padre a disfrutar del permiso por lactancia cuando la madre es una trabajadora autónoma (A propósito de la STJUE de 30 de septiembre de 2010, Asunto C-104/09; Roca Álvarez)*[*The father's right of leave for breastfeeding when his wife is self-employment (With respect to the judgment of the Court of Justice of European Union 30 September 2010, C-104/09; Roca Álvarez)*], RL, n° 23, July 2010, pp. 121-136.

argument on his “Uses and Misuses of Comparative Labour Law”⁵⁰ that collective labour rights are more difficult to be transplanted due to being very much connected with national traditions than individual ones? Or this asymmetry of enforcement should be also understood in the context of a growing asymmetry in the age of neo-liberalism between economic and social rights where the former enjoy superior levels of enforcement than the latter⁵¹? Our conclusion is that both answers are correct. The enforcement problem is as much an issue springing from the particularities of the national traditions as well as a genuine by-product of the neo-liberal expansion against the social sphere.

In this context, our conclusion is also that “soft” and “hard” law should not be understood as static categories. The question of how “soft” or “hard” is the soft law cannot be determined *a priori*. One should only look at the soft law of Memoranda or the Japanese non-legal duty to endeavour for adopting a more *dynamic* approach to the soft/hard law question. Is the financial sanction of debt default for non-compliance a relevant “sanction” for “hard law” or is the latter confined only to legal sanctions? We suggest that the answer is far more complex than it first appears. Hence a *dynamic* and *flexible* approach is required and potentially a re-reading of the hard/soft law distinction.

So, we have concluded that the main challenge for international labour law resides in how to address the “enforcement problem”. Towards achieving this purpose, perhaps there is a need for a radical reconceptualisation of the hard/soft law distinction and a need for a pluralistic, open and integrated approach to different mechanisms of enforcement.

50 O. KAHN-FREUND, *On Uses and Misuses of Comparative Law* (1974) 37(1) *Modern Law Review*, 1, p. 21.

51 For a recent reformulation of the thesis in the context of the Eurozone as between the strong macro-economic and the “weak social constitution” see K. TUORI, K. TUORI, *The Eurozone Crisis: A Constitutional Analysis* (CUP 2014).

Il governo del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo nel sistema bancario

Marco Pistrutto
(Capo Ufficio Legale della Federazione Veneta
delle Banche di Credito Cooperativo)

Abstract The aim of this paper is to investigate the risk of money laundering and terrorist financing for Italian banks. The analysis was conducted in a risk governance perspective, a concept that finds an explicit reference in the Supervisory Regulations of the Bank of Italy. In this sense, we have analyzed similarities and peculiarities of the Supervisory Provisions on organization and internal controls related to the fight against money laundering and terrorist financing and, in general, to the provisions of prudential supervision.

Sommario 1. Premessa. – 2. Le peculiarità del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo. – 3. Dalla cultura aziendale dell’analisi del rischio di riciclaggio... – 4. ...alla cultura del governo del rischio di riciclaggio. – 5. Gli elementi cardine del governo del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo. – 5.1. Il coinvolgimento degli organi societari in termini di consapevolezza e responsabilizzazione in ordine al corretto adempimento degli obblighi che su di essi ricadono. – 5.2. Il criterio di proporzionalità rispetto alle caratteristiche operative e dimensionali dei destinatari. – 5.3. La specializzazione dei controlli antiriciclaggio. – 6. Conclusioni.

Keywords Antiriciclaggio. Governo. Governance. Rischio. Banca. Contrasto al terrorismo. Terrorismo. Controlli interni. Amministratore indipendente. Operazioni sospette.

1 Premessa

Il tema delle considerazioni che seguono poggia sul presupposto di fondo che la normativa antiriciclaggio, sin dalle sue origini, ha individuato (e continua ancora oggi ad individuare) tra i propri punti di riferimento il ruolo, gli adempimenti e le responsabilità che sono attribuite agli intermediari

Lo scritto riproduce, con modifiche, adattamenti e aggiunta di note, la relazione tenuta presso l’Università degli Studi di Padova al convegno del 6 aprile 2016 organizzato dal Dipartimento di diritto pubblico, internazionale e comunitario nell’ambito degli Itinerari di diritto penale dell’economia.

finanziari e, in particolare, agli enti creditizi, così come previsto sin dai primi provvedimenti legislativi in materia¹.

Come è stato attentamente osservato², il nesso tra la normativa antiriciclaggio e la disciplina prudenziale degli intermediari finanziari è rappresentato da quel bene del tutto particolare che è il denaro, che costituisce il principale oggetto materiale di buona parte delle operazioni di riciclaggio; ciò, peraltro, si evince anche dalla prevalenza delle tipologie di operazioni sospette segnalate all'Unità di Informazione Finanziaria ai sensi dell'art. 41 del c.d. decreto antiriciclaggio da parte dei destinatari della normativa³. Allo stesso tempo, il denaro rappresenta anche la "*materia prima*" dell'attività e dei servizi svolti dalle banche e dagli intermediari finanziari, i quali, pertanto, si trovano particolarmente esposti al rischio di un coinvolgimento, anche inconsapevole, in operazioni della specie.

2 Le peculiarità del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo

Va innanzitutto evidenziato che il rischio di riciclaggio presenta caratteristiche assai peculiari, che lo rendono diverso dagli altri rischi appartenenti al medesimo *genus*, i cosiddetti rischi di non conformità alle norme, a cui sono oggettivamente esposte le banche.

Con la generica locuzione "*rischi di non conformità*"⁴ ci si riferisce infatti, come noto, alla multiforme possibilità di incorrere in sanzioni giudiziarie o amministrative, perdite finanziarie rilevanti o danni di reputazione in conseguenza di violazioni di norme imperative (di legge o di regolamenti), ovvero di autoregolamentazione (es. statuti, codici di condotta, codici di autodisciplina)⁵.

In proposito, la peculiarità del rischio connesso al riciclaggio di denaro sporco e al finanziamento del terrorismo è dovuta a numerose ragioni.

Una prima riguarda il fatto che un'operazione di riciclaggio può essere effettuata non solo con la collaborazione consapevole dell'intermediario, ma anche all'insaputa di questi. Nel primo caso, è stato detto, si assiste a una vera e propria occupazione dell'intermediario (o di settori di esso) da

1 Si veda, sul punto, l'art. 13 del d.l. 15 dicembre 1979, n. 625.

2 URBANI, *Disciplina antiriciclaggio e ordinamento del credito*, Padova, 2005, p. 90.

3 Gli ultimi dati disponibili sono contenuti in UNITÀ DI INFORMAZIONE FINANZIARIA, *Rapporto annuale sull'attività svolta nel 2015*.

4 BANCA D'ITALIA, *Nuove Disposizioni di Vigilanza Prudenziale per le Banche*, Circ. 263/2006, Tit. V, Cap. 7, Sez. III, Par. 3.2

5 Si veda, sul punto, DOLMETTA, *Funzione di compliance e vigilanza bancaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, p. 125 s.

parte della criminalità, nel secondo, invece, vi è il coinvolgimento di un intermediario inconsapevole; in particolare, in tale ultimo caso il denaro di origine illecita (origine non percepita come tale dall'intermediario stesso), entra nel sistema finanziario attraverso un'operazione che è formalmente regolare e, di conseguenza, esso potrà essere utilizzato liberamente⁶.

Un secondo profilo, che caratterizza in modo peculiare il rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, è legato al fatto che l'eventuale coinvolgimento inconsapevole di una banca in operazioni che originano da attività criminose non crea un danno solo alla banca stessa e ai suoi *stakeholder*, ma può rappresentare anche un fattore di forte inquinamento per l'intero sistema economico. Come è stato osservato, infatti, la presenza di operatori e di organismi economici, collusi con la criminalità che reinveste i proventi illeciti in attività legali altera profondamente i meccanismi di mercato, inficia l'efficienza e la correttezza dell'attività finanziaria, andando a minare la stabilità complessiva del sistema finanziario di un paese⁷.

È dunque in tale ambivalente contesto che va inquadrato il rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo nelle banche, analizzando le sinergie tra la normativa antiriciclaggio e quella di vigilanza bancaria, in particolare quella riferita al governo e al sistema dei controlli interni.

Si potrebbe affermare, quindi, con un'allegoria ricorrente nel mondo della regolamentazione bancaria, che la normativa antiriciclaggio e quella di vigilanza bancaria costituiscono due pilastri di un *dolmen*, costruiti con la stessa materia prima rappresentata dall'approccio basato sul rischio, uno indispensabile all'altro per sorreggere un architrave comune, costituito dal perseguimento della sana e prudente gestione degli operatori, della trasparenza e correttezza dei comportamenti, della richiamata stabilità complessiva, del buon funzionamento e della competitività del sistema.

6 MARESCA, *La prevenzione del riciclaggio di denaro: l'efficacia della regolamentazione italiana*, *Bancaria*, 2004, n. 7/8, p. 67.

7 BANCA D'ITALIA, *Istruzioni operative per l'individuazione delle operazioni sospette*, 12 gennaio 2001, p. 2. Tale provvedimento faceva seguito alle «*Indicazioni operative per la segnalazione di operazioni sospette*» emanate dall'Autorità di Vigilanza nel gennaio del 1993, in collaborazione con l'Associazione Bancaria Italia e successivamente riviste nel novembre 1994. Il provvedimento è stato poi abrogato per effetto dell'entrata in vigore della Delibera del Direttore Generale della Banca d'Italia n. 6161 del 24 agosto 2010, avente a oggetto il «*Provvedimento recante gli indicatori di anomalia per gli intermediari finanziari*».

3 Dalla cultura aziendale dell'analisi del rischio di riciclaggio...

Si sono utilizzate parole che appaiono, a mio parere, estremamente efficaci e che la Banca d'Italia riportava in un documento del 2001, le *Istruzioni operative per l'individuazione delle operazioni sospette* (c.d. "Decalogo ter").

Dalle predette Istruzioni traspariva l'intendimento dell'Organo di Vigilanza di non limitarsi a disciplinare alcuni aspetti dell'organizzazione e dei controlli interni del singolo intermediario, inquadrabili giuridicamente nelle previsioni dell'art. 53 del Testo Unico Bancario come riferite al contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni. Ciò che emergeva, infatti, era l'obiettivo dell'Autorità di gettare le basi per «l'affermazione di una nuova mentalità in seno agli operatori creditizi e finanziari»⁸, finalizzato a generare una nuova cultura dell'analisi del rischio di riciclaggio, secondo la quale gli oneri connessi al rispetto della normativa di settore sono da valutare alla stregua di investimenti in grado di generare, per la banca, risultati positivi in termini di stabilità e di reputazione.

In tale contesto, anche il noto principio della collaborazione attiva, in cui si traduce l'obbligo di segnalare le operazioni sospette di riciclaggio per i destinatari della normativa⁹, assume connotati che sono funzionali tanto alla tutela della singola banca segnalante quanto a quella del sistema.

Se è vero, infatti, che il dato oggettivo di un'operazione finanziaria può essere sintomatico di un'operazione di riciclaggio solo alla luce delle informazioni in possesso di un operatore qualificato, chiamato a valutarne la compatibilità con il profilo finanziario del cliente e a individuare eventuali anomalie sintomatiche di comportamenti criminosi¹⁰, è altrettanto pacifico che un'approfondita conoscenza del cliente costituisce un requisito essenziale dell'attività di intermediazione; essa, per vero, consente all'intermediario di individuare i profili di rischio, le possibilità di sviluppo

8 URBANI, *op. cit.*, p. 97.

9 Sul tema, *ex multis*, POTZNASKI, *La segnalazione delle operazioni sospette ai sensi del decreto l. n. 197/1991*, in *Bancaria*, 1991, n. 4, p. 59 s.; BONZANINI, *L'articolo 3 della legge sull'antiriciclaggio*, in *Banche e banc.*, 1993, p. 463 s.; TONDELLI, *Considerazioni su obbligo di segnalazione di operazioni sospette e reato di riciclaggio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, II, p. 481 s.; RAZZANTE, *L'insostenibile "soggettività" della valutazione di operazioni sospette di riciclaggio*, in *Dir. banc. mer. fin.*, 2003, I, p. 571; LUKACS, *La (ir)responsabilità risarcitoria della banca derivante dalla segnalazione di operazioni sospette di riciclaggio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, II, p. 86 s.; BARBAZZA, *La segnalazione di operazioni sospette nel panorama giurisprudenziale: il difficile punto di equilibrio fra la visione oggettiva della Corte di Cassazione e quella maggiormente personalistica dei Giudici di merito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, II, p. 231 s.

10 CRISCUOLO, *La prevenzione del riciclaggio sotto il profilo finanziario: adeguata verifica, registrazione, segnalazione di operazioni sospette*, in *Il riciclaggio del denaro*, Milano, 2012, p. 122 s.

delle relazioni d'affari¹¹ e di fronteggiare possibili perdite su crediti o su strumenti finanziari dovute al finanziamento inconsapevole di attività criminose.

Del resto, che i rischi legali di non conformità siano connessi a un problema di cultura di rispetto della normativa è un dato acclarato e, oltretutto, valorizzato dal fatto che tali rischi sono diffusi a tutti i livelli dell'organizzazione aziendale, soprattutto nell'ambito delle linee operative, con la necessità che l'attività di prevenzione deve svolgersi, in primo luogo, dove il rischio viene generato, responsabilizzando adeguatamente tutto il personale¹².

L'attuale normativa primaria in materia antiriciclaggio è sicuramente in sintonia con le considerazioni sopra esposte: l'art. 54 del d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231 prevede infatti espressamente che siano adottate misure adeguate di formazione del personale e dei collaboratori, e ciò al fine, non solo della corretta applicazione delle disposizioni di riferimento, ma anche di facilitare il riconoscimento delle attività potenzialmente connesse al riciclaggio o al finanziamento del terrorismo¹³. Si tratta di una norma la cui violazione, peraltro, comporta l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie, in particolare per gli intermediari finanziari bancari e non bancari, che possono arrivare anche a 200.000 euro (art. 56 d.lgs. n. 231/2007).

4 ...alla cultura del governo del rischio di riciclaggio

L'evoluzione della normativa, a seguito, da un lato, dell'emanazione della terza direttiva europea in materia (n. 2005/60/CE)¹⁴, della normativa primaria nazionale di recepimento (d.lgs. n. 231/2007) e delle disposizioni regolamentari adottate in attuazione della stessa e, dall'altro, delle *Disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche*¹⁵, ha consentito una

11 BANCA D'ITALIA, *Istruzioni operative per l'individuazione delle operazioni sospette*, cit., p. 7.

12 BANCA D'ITALIA, *Nuove Disposizioni di Vigilanza Prudenziale per le Banche*, circ. n. 263/2006, Tit. V, Cap. 7, Sez. III, Par. 3.2.

13 Si noti che una disposizione analoga la si rinviene anche all'art. 46 della Direttiva n. 2015/849 del 20 maggio 2015 (c.d. IV Direttiva Antiriciclaggio), che abrogherà, a decorrere dal 26 giugno 2017, la III Direttiva in materia (n. 2005/60/CE).

14 Tale Direttiva, che è stata integrata dalla Direttiva 2006/70/CE del 1° agosto 2006, ha abrogato e sostituito la direttiva 91/308/CEE del 10 giugno 1991 e la successiva direttiva 2001/97/CE del 4 dicembre 2001.

15 BANCA D'ITALIA, *Nuove Disposizioni di Vigilanza Prudenziale per le Banche*, Circ. n. 263/2006, cit., 15° aggiornamento del 2 luglio 2013, in forza del quale è stato inserito, tra gli altri, un nuovo capitolo in materia di controlli interni (Tit. V, Cap. 7).

transizione culturale dalla logica dell'*analisi del rischio* di riciclaggio a quella del *governo del rischio* di riciclaggio.

Si tratta di una transizione, tanto fisiologica quanto inevitabile, che ha determinato un notevole impatto per le banche; essa ha, infatti, imposto un approccio c.d. *risk based* nella gestione degli adempimenti previsti dalla terza Direttiva antiriciclaggio e dal d.lgs. 231/2007, con la conseguente necessità di realizzare un modello organizzativo fondato su una valutazione interna del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo e sulla definizione di *policy*, procedure interne e sistemi di controllo coerenti con il profilo di rischio della singola banca. Peraltro, tali considerazioni trovano esplicita conferma nei principi generali riportati nell'art. 3 del d.lgs. 231/2007, tra i quali è richiamato l'obbligo dei destinatari di adottare idonei e appropriati sistemi e procedure per la gestione degli adempimenti previsti, in materia di controllo interno, nonché di valutazione e gestione del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo¹⁶.

In tal senso, se vista nel contesto della normativa di vigilanza prudenziale derivante dagli accordi di Basilea II, la logica del governo del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo non può prescindere dall'acquisizione di una capacità di quantificare i rischi legali e reputazionali di cui tenere conto anche nel processo di autovalutazione dell'adeguatezza patrimoniale attuale e prospettica rispetto ai rischi stimati (ICAAP - *Internal Capital Adequacy Assessment Process*)¹⁷.

Significative, in tal senso, sono le specifiche disposizioni, emanate nel marzo 2011 dalla Banca d'Italia, in tema di organizzazione, procedure e controlli interni per la prevenzione dell'utilizzo degli intermediari e degli altri soggetti che svolgono attività finanziaria a fini di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo¹⁸.

Si tratta di disposizioni, a carattere regolamentare, che costituiscono, a tutt'oggi, il fulcro della normativa prudenziale antiriciclaggio; esse richiedono agli intermediari di adottare una serie di presidi organizzativi ritenuti indispensabili sia ai fini di un corretto e sostanziale rispetto della norma, sia di un efficace governo dei rischi.

¹⁶ Si noti che la scelta di rubricare l'art. 3 del d.lgs. 231/2007 come «*principi generali*», denota l'attitudine del predetto corpo normativo a rappresentare una regolamentazione di tipo *principle based*, finalizzata, prima di tutto, a indicare i principi generali a cui ricondurre gli adempimenti previsti nelle specifiche disposizioni e nella regolamentazione secondaria di attuazione prevista dal successivo articolo 7.

¹⁷ Ci si riferisce alla valutazione aziendale dell'adeguatezza patrimoniale che deve essere condotta dalla banca in conformità alle disposizioni di vigilanza prudenziale richiamate alla precedente nota 16 (Tit. III, Cap. 1, Sez. II).

¹⁸ BANCA D'ITALIA, *Provvedimento recante disposizioni attuative in materia di organizzazione, procedure e controlli interni volti a prevenire l'utilizzo degli intermediari e degli altri soggetti che svolgono attività finanziaria a fini di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, ai sensi dell'art. 7 comma 2 del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231*, 10 marzo 2011, p. 11.

Ciò che rileva, tuttavia, è che tale provvedimento regolamentare, pur essendo emanato in attuazione dell'art. 7, co. 2, del d.lgs. n. 231/2007, va a declinare, nel contesto del rischio di riciclaggio, le più generali norme sulla *governance* degli intermediari nel frattempo intervenute, in particolar modo di quelle di matrice bancaria, e ciò nel presupposto – di fondo – che il rischio di riciclaggio rientra nel novero dei rischi operativi e reputazionali che la regolamentazione prudenziale emanata dall'Autorità di Vigilanza chiede di fronteggiare¹⁹.

In proposito, le norme sulla *governance* di riferimento erano allora rappresentate dalle Disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia del 4 marzo 2008 in materia di organizzazione e governo societario, successivamente sostituite a seguito dell'emanazione del primo aggiornamento, del 6 maggio 2014, della circolare della Banca d'Italia n. 285 del 17 dicembre 2013²⁰.

Appare utile richiamare il fatto che le disposizioni in parola davano, a loro volta, attuazione, per il comparto bancario, al decreto del Ministro dell'economia, in qualità di Presidente del CICR, in data 5 agosto 2004 emanato, su proposta della Banca d'Italia, ai sensi degli articoli 53, 67, 107 e 114-*quater* t.u.b., che forniva criteri generali e linee di indirizzo in materia di organizzazione e governo societario delle banche, degli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 t.u.b.²¹ e degli istituti di moneta elettronica.

Il citato intervento normativo secondario traeva origine dalle novità introdotte dalla riforma del diritto societario del 2003 e dal relativo coordinamento con il Testo unico bancario, con particolare riguardo alla possibilità – riconosciuta alle banche – di adottare sistemi di amministrazione e controllo alternativi a quello tradizionale, anche alla luce delle esperienze applicative maturate nel settore bancario. Esso teneva conto, tra l'altro, delle più recenti evoluzioni del quadro normativo in materia di *corporate governance* e assetti organizzativi, riconducibili all'attuazione della l. n. 262/2005 (la c.d. legge per la tutela del risparmio) e al recepimento della nuova disciplina prudenziale per le banche di cui alla circolare della Banca d'Italia n. 263/2006, nonché dei principi e delle linee guida elaborate in materia a livello nazionale ed internazionale.

19 Sul tema si vedano le considerazioni espresse dall'allora Vice Direttore Generale della Banca d'Italia, A.M. TARANTOLA, in *Prevenzione e contrasto del riciclaggio: l'azione della Banca d'Italia*, Relazione alla Fondazione Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale CNPDS "Riciclaggio, evasione fiscale ed abuso dei beni sociali: la responsabilità degli intermediari", Milano, 28 novembre 2011, p. 10.

20 Cfr. BANCA D'ITALIA, *Disposizioni di Vigilanza per le Banche*, Circ. n. 285 del 17 dicembre 2013, Tit. IV, Cap. 1 – *Governo Societario*.

21 Per gli intermediari finanziari non bancari vigilati dalla Banca d'Italia le attuali disposizioni in materia di *governance* sono contenute nella Circolare della Banca d'Italia n. 288 del 3 aprile 2015, Titolo III, Capitolo 1, Sezione II.

In tal senso, è opinione consolidata che tali disposizioni del 2008 rappresentino un nuovo modo prudenziale di “fare vigilanza”, nel contesto del quale l’articolazione organizzativa della banca si colloca in una prospettiva di valorizzazione dell’autonomia privata²², riconosciuta dalla richiamata riforma del diritto societario e in coerenza con i principi sottesi al novellato Testo unico bancario, evitando regole speciali intrusive, in favore della richiesta ai soggetti vigilati di attrezzarsi sul piano del funzionamento dei ruoli amministrativi e di controllo per garantire gestioni prudenti ed efficienti²³.

In altre parole, dalle citate disposizioni si può ricavare che:

1. le modalità di gestione dei rischi, ivi compreso quello di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, sono il frutto di scelte imprenditoriali, rimesse alla responsabilità delle banche e degli esponenti delle stesse; ad essi spetta, infatti, assicurare l’efficacia del sistema dei controlli e dei relativi processi secondo autonome valutazioni, fondate sulla stima dell’esposizione al rischio di riciclaggio e orientate in funzione del proprio livello di tolleranza, nel contesto più generale del processo di governo dei rischi, previsto dal Secondo Pilastro dell’Accordo di Basilea;
2. il compito dell’Autorità di Vigilanza è quello di indirizzare e accompagnare gli intermediari nell’opera di rafforzamento dei propri assetti di governo senza sostituirsi ad essi: le concrete soluzioni organizzative, infatti, non possono che essere individuate da ciascuna banca coerentemente con il proprio profilo di operatività e di rischio, secondo criteri di proporzionalità e la cui efficacia e adeguatezza sono soggette a verifica nell’azione di supervisione²⁴.

Un siffatto contesto ha imposto, dunque, alle banche di dare una forma e un contenuto alla propria autonomia organizzativa, dotandosi di un modello di governo per la gestione del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo che esprima un punto di equilibrio tra proporzionalità e valutazione interna del rischio stesso.

In tal senso, è evidente che, sotto un profilo di responsabilità degli esponenti aziendali, la crescente autonomia gestionale e la flessibilità riconosciuta alle banche nell’ambito della propria autonomia organizzativa per presidiare l’esposizione ai rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo implicano necessariamente la definizione di regole sugli assetti di governo e organizzativi idonee ad assicurare scelte strategiche consape-

22 MINTO, *La governance bancaria tra autonomia privata ed eteronomia*, Padova, 2012, p. 31.

23 VELLA, *Il nuovo diritto societario e la governance bancaria*, in *Banca, impresa, soc.*, 2003, p. 314.

24 Sul punto si veda TARANTOLA, *Il sistema dei controlli interni nella governance bancaria*, intervento al Convegno Dexia Crediop su *Il sistema dei controlli aziendali: alla ricerca di una governance*, Roma 6 giugno 2008, p. 8.

voli ed un'efficace gestione dei rischi, attraverso la corretta articolazione di ruoli e responsabilità dei principali centri decisionali nonché l'integrità e la completezza del sistema dei controlli.

5 Gli elementi cardine del governo del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo

Seguendo la logica che si è sin qui rappresentata, l'autonomia organizzativa attribuita ai destinatari della normativa antiriciclaggio può essere rappresentata, figurativamente, come una forma geometrica, di grandezza variabile, le cui dimensioni dipendono da quale equilibrio viene individuato tra proporzionalità e livello di esposizione al rischio e i cui vertici sono rappresentati dagli elementi cardine tipici della richiamata cultura di governo del rischio, di seguito illustrati e approfonditi.

5.1 Il coinvolgimento degli organi societari in termini di consapevolezza e responsabilizzazione in ordine al corretto adempimento degli obblighi che su di essi ricadono

Un primario aspetto attiene alla chiara attribuzione di obblighi e responsabilità in tema di antiriciclaggio in capo agli organi di governo aziendale. In particolare, gli organi aziendali, ciascuno secondo le proprie competenze e responsabilità, sono tenuti a definire politiche aziendali coerenti con i principi e le regole antiriciclaggio; adottare linee di *policy* idonee a preservare l'integrità aziendale; porre in atto misure organizzative e operative atte a evitare il rischio di coinvolgimento in episodi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo; svolgere controlli sul rispetto della normativa e sull'adeguato presidio dei rischi.

La scelta del regolatore in proposito è volutamente neutra rispetto alle opzioni di *governance* adottate dalla singola banca; infatti, essa individua e definisce i ruoli e i compiti in relazione alle funzioni di supervisione strategica, gestione e controllo, indipendentemente dalla strutturazione degli organi aziendali, secondo il metodo tradizionale, dualistico o monistico.

Sotto quest'aspetto, a parere di chi scrive, una riflessione andrebbe fatta, da parte del legislatore, in prospettiva dell'emanazione della disciplina attuativa dell'art. 26 t.u.b., in materia di requisiti degli esponenti aziendali degli intermediari finanziari, bancari e non²⁵.

²⁵ Si noti che l'articolo 26 t.u.b. previsto per gli esponenti degli intermediari finanziari bancari si applica anche per quelli degli intermediari finanziari bancari, in forza del rinvio operato dall'art. 110, co. 1 *bis*, dello stesso, ad eccezione del co. 3, lett. *c*) ed *e*).

Tale norma è stata di recente modificata per effetto del d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72, che ha recepito la c.d. CRDIV (Direttiva n. 2013/36/UE del 26 giugno 2013) avente ad oggetto l'accesso all'attività degli enti creditizi la vigilanza prudenziale su questi ultimi e sulle imprese d'investimento.

In particolare, rileva il fatto che, ai fini dell'idoneità allo svolgimento dell'incarico, gli esponenti aziendali devono possedere requisiti, che saranno individuati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, attinenti alla professionalità, onorabilità e indipendenza, alla necessità di soddisfare criteri di competenza e correttezza nonché di disponibilità a dedicare il tempo necessario all'efficace espletamento dell'incarico, in modo da garantire la sana e prudente gestione della banca.

Orbene, nell'ambito dei criteri di correttezza, a mio modesto avviso sarebbe opportuno che l'insussistenza di problematiche connesse alla violazione della normativa antiriciclaggio fosse adeguatamente considerata come elemento suscettibile di incidere sulla "correttezza" dell'esponente.

Parimenti, sarebbe auspicabile che i programmi formativi nel continuo, predisposti dalla banca a norma del richiamato art. 54 del d.lgs. n. 231/2007, riguardassero non solo gli operatori, ma anche gli esponenti aziendali.

Ciò, infatti, risulterebbe coerente con l'impegno della banca a investire sull'autorevolezza e sulla professionalità dei componenti gli organi sociali al fine di consentire un efficace esercizio delle funzioni assegnate, in coerenza con le disposizioni di vigilanza in materia di governo societario²⁶. Non solo: una scelta siffatta contribuirebbe a dare sostanza e concretezza alla complessa, articolata - e spesso copiosa - documentazione aziendale riferita alle politiche di governo dei rischi connessi con il riciclaggio e il finanziamento del terrorismo, la cui definizione, approvazione e il successivo riesame periodico sono affidati alla competenza dell'organo con funzioni di supervisione strategica dell'intermediario.

5.2 Il criterio di proporzionalità rispetto alle caratteristiche operative e dimensionali dei destinatari

Le norme di cui al richiamato provvedimento della Banca d'Italia del 10 marzo 2011 prevedono che le prescrizioni vengano applicate in coerenza con la forma giuridica, le dimensioni, l'articolazione organizzativa, le caratteristiche e la complessità dell'attività svolta, fermi restando gli adempimenti minimali comunque necessari per il rispetto della disciplina.

²⁶ Si veda sul tema della composizione qualitativa degli organi sociali, BANCA D'ITALIA, *Disposizioni di Vigilanza per le Banche*, Circ. n. 285, cit., Parte Prima.IV.1.15.

Il tema della proporzionalità, che la normativa antiriciclaggio richiama espressamente tra i propri principi generali²⁷, si lega al concetto di approccio basato sul rischio che si è sopra richiamato.

Ciò, tra l'altro, è coerente con le raccomandazioni del Gruppo d'Azione Finanziaria Internazionale (GAFI)²⁸, secondo le quali le autorità pubbliche e il settore privato sono chiamate a identificare e valutare i rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo cui sono esposti al fine di adottare adeguate misure di protezione. Tale approccio, d'altronde, trova una sua conferma anche nella IV Direttiva Antiriciclaggio, in corso di recepimento.

In proposito, in Italia le Amministrazioni pubbliche coinvolte nella lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo, sotto l'egida del Comitato di Sicurezza Finanziaria, sono state chiamate a effettuare, nel 2014, una prima analisi dei rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo che gravano sull'ordinamento nazionale²⁹.

Analogamente, nei mesi scorsi ciascuna banca italiana è stata interessata dalla Banca d'Italia al fine di trasmettere, entro il 30 aprile 2016, una relazione avente a oggetto un'attività di autovalutazione sul livello di rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo cui la singola banca è esposta³⁰. Tale autovalutazione costituisce il presupposto per la realizzazione di appropriati interventi a fronte delle eventuali criticità rilevate e per l'adozione di opportune misure di prevenzione e mitigazione. Ciò appare coerente anche con quanto previsto nel più generale quadro di riferimento per la propensione al rischio della Banca (il c.d. *Risk Appetite Framework* - RAF) che deve essere definito dall'organo con funzioni di supervisione strategica³¹. Si tratta di un'attività che tiene conto anche dei criteri che guidano il principio di proporzionalità, quali ad esempio la natura, la scala dimensionale, la differenziazione e la complessità dei settori di *business* della banca, il volume e l'ammontare delle transazioni, il mercato di riferimento, i canali distributivi, il numero di clienti classificati nelle fasce di rischio più elevate.

Il concetto di proporzionalità, tuttavia, ha una sua connotazione di matri-

27 Si veda, in proposito, l'art. 3, co. 4, del d.lgs. 231/2007.

28 In argomento v. DE PASQUALE, *Il Gruppo di azione finanziaria internazionale (GAFI/FATF) e i gruppi regionali collegati in Profili internazionali dell'attività di prevenzione e contrasto del riciclaggio di capitali illeciti*, a cura di Condemi e De Pasquale, Roma, 2004, p. 119 s.

29 Si veda, in proposito, la *Relazione al Ministro dell'economia e delle finanze del Comitato di Sicurezza Finanziaria - Valutazione delle attività di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo*, anno 2014.

30 Sul punto, FRATANGELO, *Intermediari bancari e gestione del rischio di riciclaggio*, *Bancaria*, 2016, p. 59 ss.

31 BANCA D'ITALIA, *Nuove Disposizioni di Vigilanza Prudenziale per le Banche*, Circ. n. 263/2006, cit., Tit. V, Cap. 7, Sez. II, Par. 2.

ce gestoria e organizzativa che prescinde dai potenziali danni che potrebbero derivare all'intermediario dal coinvolgimento in situazioni connesse al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo.

Le conseguenze di tali danni, infatti, non dipendono dalla dimensione della banca. Sotto quest'aspetto taluni recenti eventi hanno dimostrato che i danni connessi al rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo assumono un'importanza strategica, che, in certi casi, può risultare addirittura vitale: è essenziale, in particolare per un intermediario finanziario di limitate dimensioni a vocazione locale quali ad esempio le banche di credito cooperativo, rispetto alle quali è ancor più necessario che le relazioni con la clientela siano fondate su canoni di trasparenza e correttezza, preservando la fiducia del pubblico in ogni circostanza, al riparo da ingerenze di gruppi di interesse che possano sconfinare nell'illegalità.

5.3 La specializzazione dei controlli antiriciclaggio

La normativa secondaria della Banca d'Italia in materia di contrasto al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo ha introdotto l'obbligo, per gli intermediari, di istituire un'apposita funzione di controllo di secondo livello, la c.d. funzione antiriciclaggio³².

Il compito di detta funzione è quello di verificare, nel continuo, che le procedure aziendali siano coerenti con l'obiettivo di prevenire e contrastare la violazione di norme di eteroregolamentazione (leggi e norme regolamentari) e di autoregolamentazione in materia di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo.

Si tratta di un presidio specialistico, attinente ai rischi di non conformità alla normativa in esame, che denota la particolare attenzione che è richiesta agli intermediari dall'Autorità di Vigilanza.

Un'altra specifica funzione è quella conferita al responsabile delle segnalazioni di operazioni sospette, cui compete la valutazione e la trasmissione alla UIF delle segnalazioni della specie.

Tale compito è attribuito al legale rappresentante ovvero a un suo eventuale delegato, come previsto espressamente dall'art. 42 del d.lgs. n. 231/2007 e, originariamente, dall'art. 3 del d.l. n. 143/1991. La figura del delegato, pur non inquadrandosi, *tout court*, in una funzione di controllo, avendo a oggetto un'attività di natura decisoria in merito alle segnalazioni di operazioni sospette, richiede caratteristiche qualitative molto simili a quelle previste per il responsabile della funzione antiriciclaggio, quali specifici requisiti di indipendenza, autorevolezza e professionalità.

32 BANCA D'ITALIA, *Provvedimento recante disposizioni attuative in materia di organizzazione, procedure e controlli interni*, cit., p. 16.

In ragione di detti requisiti, le soluzioni operative configurabili per l'attribuzione della delega alle segnalazioni di operazioni sospette prefigurano l'affidamento dell'incarico al responsabile antiriciclaggio, ovvero a uno degli amministratori c.d. indipendenti.

Ed è proprio a quest'ultimo riguardo che emerge un altro punto interessante di contatto tra le disposizioni in materia di *governance* bancaria e quelle specifiche in materia di antiriciclaggio. Nel contesto delle norme in materia di governo societario, infatti, sta acquisendo sempre maggiore rilevanza la figura degli amministratori indipendenti, che devono essere individuati all'interno dell'organo con funzioni di supervisione strategica anche delle banche non quotate³³. Si tratta di amministratori - il cui *status* soggettivo e i conseguenti obblighi, derivanti innanzitutto dalla circostanza di essere componenti del consiglio di amministrazione come *plenum*³⁴, trovano una peculiare declinazione nei doveri fiduciari di diligenza e lealtà qualificati in funzione dei compiti agli stessi assegnati³⁵ - chiamati a monitorare, con autonomia di giudizio, la gestione sociale, contribuendo ad assicurare che essa sia svolta nell'interesse della società e in modo coerente con gli obiettivi di sana e prudente gestione. Si è utilizzato appositamente il termine "*monitoraggio*"³⁶, allo scopo di distinguere nettamente

33 BANCA D'ITALIA, *Disposizioni di Vigilanza per le Banche*, Circ. n. 285/2013, cit., Parte Prima.IV.1.15.

34 Si veda in proposito, RIMINI, *Il comitato di amministratori indipendenti in Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, a cura di IRRERA, Bologna, 2016, p. 358. Peraltro, in giurisprudenza, il tema della responsabilità degli amministratori indipendenti è stato trattato pervenendo a soluzioni non univoche: emblematico, sul punto, il c.d. caso Parmalat, in relazione al quale la sentenza del Tribunale di Milano (del 18 dicembre 2008) rilevava che agli amministratori indipendenti «non deriva alcun complesso di poteri/doveri specifici che non siano quelli derivanti dal ruolo ricoperto, rispetto al quale l'indipendenza è solo il predicato soggettivo di eleggibilità ... non è l'indipendenza che fonda un distinto status dell'amministratore», mentre il giudizio della Cassazione (del 4 maggio 2011) ha richiamato i «marcati obblighi di vigile attenzione» che la normativa di riferimento impone agli amministratori indipendenti, a dimostrazione del fatto che «l'amministratore indipendente è soggetto pur sempre collocato dall'ordinamento in una posizione di garanzia, cioè, di protezione di interessi diffusi propri di categorie (azionisti, creditori, dipendenti, ecc.) che non dispongono di adeguate capacità cognitive della realtà societaria».

35 Sul tema, si vedano REGOLI, *Dialogo sul sistema dei controlli nelle società*, a cura di Abbadessa, Torino, 2015, p. 59; BAZZANI, *Profili di responsabilità amministrativa dei consiglieri non esecutivi di banche: doveri di vigilanza e di intervento e prova dell'immunità da colpa da parte dei singoli consiglieri*, nota ad App. Roma, 12 giugno 2006 e 25 gennaio 2007, in *Riv. dir. soc.*, 2008, 2, p. 335; PISANI MASSAMORMILE, *Appunti sugli amministratori indipendenti*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, p. 237 ss.; STELLA RICHTER JR., *I comitati interni all'organo amministrativo*, *Riv. soc.* 2007, p. 260 ss.

36 La medesima locuzione viene utilizzata anche da MICHIELI, *La gestione del conflitto di interessi nelle operazioni con le parti correlate*, Milano, 2016, p. 220. Si vedano, in proposito, anche TOMBARI, *Amministratori indipendenti, sistema dei controlli e corporate governance: quale futuro?* in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, p. 516 ss. e, più in generale, BIANCHINI - DI

tale attività da quella, attribuita al collegio sindacale dall'art. 2403 c.c., di vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e sul suo concreto funzionamento³⁷.

Nella prospettiva del governo del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, molto probabilmente la scelta di attribuire una specifica delega a un amministratore indipendente per la valutazione e la segnalazione delle operazioni sospette, dotato di adeguati requisiti di professionalità e autorevolezza, potrebbe avere più di un effetto positivo: da un lato, infatti, si rafforzerebbe il *commitment* conferito agli amministratori indipendenti da parte dell'organo con funzioni di supervisione strategica della banca e, dall'altro, tale scelta rappresenterebbe un segnale, dato a tutta la struttura operativa, del coinvolgimento degli organi di vertice nel perseguire l'interesse a che la banca stessa rimanga estranea a qualsiasi operazione di natura illecita.

Peraltro, laddove si optasse per una scelta siffatta, da un lato il supporto tecnico della funzione antiriciclaggio, nell'esame istruttorio dell'operazione sospetta da vagliare, e dall'altro l'obbligo di mantenere traccia dell'*iter* di valutazione e delle eventuali motivazioni a fronte delle quali si dovesse ritenere di non procedere alla segnalazione costituirebbero, in ogni caso, presidi fondamentali per assicurare la correttezza dei comportamenti dei soggetti coinvolti, ivi compreso di quello dell'amministratore indipendente.

A tali fini, appare sicuramente rilevante, ancora una volta, l'emanazione della normativa di attuazione del richiamato art. 26 t.u.b., che dovrà individuare i criteri di professionalità e indipendenza³⁸. Infatti, *rebus sic stantibus*, la definizione di «consiglieri indipendenti» è rimessa alla autonomia delle banche, chiamate a individuare nello statuto un'accezione univoca di tali soggetti, coerente con il ruolo ad essi assegnato, assicurandone l'effettiva applicazione.

NOIA, *Il reticolo dei controlli societari: lo stato dell'arte*, in *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, a cura di Bianchini e Di Noia, Milano, 2010, p. 10.

37 MICHIELI, *Gli amministratori indipendenti nel comitato parti correlate*, *Giur. comm.*, 2014, I, p. 1053 ss.

38 Va osservato, sul punto, che le richiamate Disposizioni di Vigilanza in materia di governo societario (v. *supra*, nt. 30) forniscono un primo parametro ai fini della valutazione dell'indipendenza degli amministratori, richiamando la necessità che la delibera consiliare riporti l'esame di tutti i rapporti creditizi intrattenuti con la banca e riconducibili al consigliere indipendente.

6 Conclusioni

Come sopra osservato, le disposizioni di riferimento in materia di antiriciclaggio tracciano un percorso che – in conformità alle più generali normative di vigilanza – impone alle banche di dotarsi di un assetto organizzativo, di procedure operative e di sistemi informativi che – tenuto conto della natura, della dimensione e della complessità dell'attività svolta nonché della tipologia e della gamma dei servizi prestati – siano comunque in grado di garantire l'osservanza delle norme di legge e regolamentari previste in materia di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo.

Tale obbligo è coerente non solo con l'evoluzione della normativa, ma anche con la crescente complessità delle operazioni di riciclaggio che, spesso, fanno ricorso a operazioni articolate che coinvolgono più soggetti, più intermediari, talvolta situati in Stati diversi.

Si tratta però di un obbligo che va analizzato in un contesto normativo di riferimento in cui l'individuo assume pur sempre una posizione centrale. In tal senso, si possono richiamare, tra gli altri:

- a. il principio della *customer due diligence*, sotteso all'approccio basato sul rischio che permea gli obblighi di adeguata verifica della clientela oltreché di segnalazione delle operazioni sospette, principio questo ancor più enfatizzato dalla IV Direttiva Antiriciclaggio in corso di recepimento;
- b. la necessità di delineare una struttura di controllo volta a prevenire o a far emergere tempestivamente eventuali episodi di infedeltà da parte dei dipendenti e degli altri collaboratori;
- c. la responsabilità personale, in termini sanzionatori, dei soggetti chiamati a valutare la segnalazione di un'eventuale operazione sospetta nell'ambito dei due livelli di analisi prefigurati dagli artt. 41 e 42 del d.lgs. n. 231/2007 (legale rappresentante e/o suo delegato, da un lato e responsabile del punto operativo dall'altro³⁹);
- d. il principio di riservatezza, penalmente sanzionato, dell'identità dei soggetti che hanno dato avvio all'*iter* segnalatorio, e ciò evidentemente a tutela degli stessi.

Tali elementi conducono a ritenere e a ribadire che il buon governo del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo delle società bancarie, e in genere degli intermediari finanziari, non si fonda solo sui modelli organizzativi, sui processi interni e sui regolamenti, ma deve necessa-

³⁹ Sul punto, si consenta di rinviare a quanto osservato da chi scrive in *La responsabilità dei soggetti coinvolti nella segnalazione delle operazioni sospette di riciclaggio di denaro sporco*, in *Dir. banc. mer. fin.*, 2010, I, p. 106 s., in nota a Cass. civ., sez. trib., 30 ottobre 2009, n. 23017.

riamente guardare alle persone, perché a esse si rivolge e da queste è realizzato.

E tutto questo, oltre a essere coerente con i principi del buon governo delle imprese e, conseguentemente, degli individui che operano nell'interesse delle stesse⁴⁰, rappresenta altresì un segnale di affidabilità del complessivo sistema finanziario in ordine alla sua capacità di tutelare adeguatamente il risparmio⁴¹, secondo il noto principio di rilievo costituzionale, nei cui confronti negli ultimi tempi si va giustamente diffondendo, anche presso il vasto pubblico dei non addetti ai lavori, un rinnovato interesse, seppur in relazione a vicende, come a tutti noto, che in larghissima parte prescindono da fenomeni patologici inerenti la specifica materia antiriciclaggio.

40 MINTO, *op. cit.*, p. 241 e MORBIDELLI, *Le modifiche statutarie e le norme regolamentari interne*, in *Il risparmio review*, 2009, n. 1, p. 76.

41 BARBAGALLO, *Doveri e responsabilità degli amministratori delle banche: il punto di vista della Banca d'Italia*, Intervento al Convegno *L'impresa bancaria: i doveri e le responsabilità degli amministratori*, organizzato dall'Associazione Bancaria Italiana e tenutosi a Roma il 26 marzo 2014, p. 18.

Papers

Regole prescrittive e funzioni descrittive: una stretta di mano necessaria tra diritto e psicologia

Gianluca Sicchiero
(Professore ordinario di Diritto privato
nell'Università Ca' Foscari Venezia, Italia)

Abstract The law protects the will of the parties from deceit and to this end it can make a contract become void. However, it does not specify how intense the deception must be; it also does not take into account the diversity of people this deception is directed at. The consumer code contains a much more detailed set of rules to protect consumers on a more general level. However, even in this one, there are not tools to distinguish false advertising from legitimate advertising. It is also the case where you might have a misleading advertising even when telling the truth. This is because the law lacks concepts ranging from psychology, such as that of illusory competitive advantage. More generally, there is a need for the lawyer to have assessment tools which belong to psychology, without which they are at risk of not being able to properly assess the phenomena of modern advertising.

Il codice civile presta una scarsa attenzione agli aspetti psicologici delle vicende umane.

L'idea tutta ottocentesca che l'uguaglianza dei soggetti si caratterizzi con una indiscussa capacità di affrontare alla pari ogni sfida della vita, ha infatti relegato in un angolo gli eventi cui si è attribuita rilevanza patologica per il diritto.

Imperante la filosofia del negozio giuridico, della volontà creatrice, come poteva accettarsi – se mai si fosse prospettata, bisogna ammettere – la possibilità che la mente si pieghi agli abbagli della pubblicità o degli irretimenti?

Poche perciò le regole che troviamo e per le quali o si è in presenza di una malattia tale da minare la stessa capacità (dove l'interdizione o l'inabilitazione del soggetto) oppure occorre una capacità ingannatoria talmente intensa da raffigurare un vero raggirio, posto che gli imbrogli che riguardano solo il contenuto del contratto ma non la volontà di concluderlo non giustificano la rimozione dell'atto volitivo ma solo il risarcimento dei danni.

Relazione al convegno *Pratiche commerciali e vantaggi competitivi illusori: un confronto tra discipline giuridiche e psicologiche*, tenutosi il 10 giugno 2016 a Venezia ed organizzato dal Dipartimento di Economia dell'Università Ca' Foscari Venezia e dal Dipartimento di Economia e management dell'Università di Trento.

Già qui si prospettano peraltro le questioni per le quali il convegno si tiene: quando si può parlare di volontà formatasi in modo opposto a quella che altrimenti si sarebbe manifestata, mancando i raggiri?

Se si esaminano le pronunce in materia si scopre anzitutto che sono relativamente rare, come se l'inganno di cui parla il codice non si avverasse quasi mai; si afferma ad esempio che:

«Le false o omesse indicazioni di fatti la cui conoscenza è indispensabile alla controparte per una corretta formazione della sua volontà contrattuale possono comportare l'annullamento del contratto per dolo, nel caso in cui la controparte, qualora fosse stata a conoscenza delle circostanze maliziosamente taciute, non avrebbe concluso il contratto, o possono comportare l'obbligo per il contraente mendace o reticente di risarcire il danno, ove la controparte si sarebbe comunque determinata a concludere l'affare ma a condizioni diverse».

Tuttavia si pretende dalla parte ingannata, in definitiva, che non si sia lasciata ingannare: *«salvo che il contraente mendace non provi che la controparte era comunque a conoscenza dei fatti da lui maliziosamente occultati o che avrebbe potuto conoscerli, usando la normale diligenza»* (Cass., 5 febbraio 2007, n. 2479).

Un caso davvero eclatante della misura dell'inganno rilevante è quello del mediatore, dato che si prospetta la *«truffa contrattuale nel comportamento del mediatore immobiliare che, avendo preso contatto con una parte, prospetta falsamente la pronta vendita dell'immobile di cui costei è proprietaria, e la trae in errore al fine di indurla a stipulare»* (Cass., 27 marzo 2001, n. 4441).

Sebbene il codice civile taccia, la letteratura ed i giudici sono da tempo d'accordo sul rilievo che anche il silenzio possa dar vita ad un raggio; si tratta del c.d. dolo omissivo: *«la reticenza del contraente si atteggia quale tipico fenomeno di dolo omissivo realizzato in palese violazione del principio generale di buona fede»* (Cass., 14 ottobre 1991, n. 10779).

Su questa base il giurista si trova spesso ad operare in diverse zone grigie.

Ad esempio come si fa a sapere se, in presenza di determinati raggiri, il contraente avrebbe concluso il contratto ma a condizioni diverse oppure non lo avrebbe concluso affatto?

L'unico che può dirlo è il contraente ingannato e questo impedisce ogni controllo sulla veridicità della sua dichiarazione, salvi casi assolutamente rari ed ignoti alla giurisprudenza in cui il contratto dica in anticipo quale sia il rilievo attribuito alle informazioni che si ricevono.

D'altro canto, quali meccanismi abbiamo per comprendere le diverse condizioni cui avrei concluso il contratto?

In secondo luogo quando si può dire che una dichiarazione sia idonea ad ingannare?

Gli esempi dei manuali non si trovano nelle sentenze; i casi che emergono sono soprattutto di silenzi: non hai detto che il bene aveva difetti; che sull'immobile pendevano cause ecc. ma sono ipotesi talmente eclatanti che non ci aiutano ad una teorizzazione dei requisiti dell'inganno rilevante.

In altre parole nel diritto del codice civile vi è una considerazione asettica delle parti, tutte astrattamente uguali quando invece non lo sono mai; l'attenzione del legislatore pare cioè tutta orientata all'atto come feticcio da salvaguardare, salve le ipotesi così estreme da rendere evidente che volontà formatasi correttamente non vi fu.

In realtà è più facile comprendere le ragioni di questi problemi se si evidenzia che si parla quasi sempre di ipotesi di raggiuri, per così dire, individuali, ovvero quando un contraente inganna un altro, mentre la nostra attenzione oggi è diretta soprattutto ai casi di comportamenti scorretti diretti alla generalità delle persone.

Il codice del 1942 si è infatti rivelato inidoneo a costituire uno strumento di tutela della massa dei consumatori, sia perché all'origine non li considerava soggetti rilevanti dal profilo giuridico, sia perché non si era posto il problema della composizione sociologica dei destinatari della comunicazione.

Ben sappiamo però che è necessario considerare proprio questi indici se vogliamo che la tutela si ponga anche come strumento preventivo di protezione, come meccanismo dissuasore.

A tal fine costituisce dunque un punto di partenza il rilievo che il messaggio pubblicitario è diretto non a quello specifico contraente di quell'unico contratto, ma ad una massa di soggetti la cui composizione è assolutamente eterogenea: dal ragazzino alla persona anziana; dal plurilaureato a chi magari sia analfabeta di ritorno.

I giudici non sembrano porsi così il problema perché ritengono talora che, in generale, sia «*sufficiente che si tratti di una prassi e che questa sia rivolta in incertam personam, sicché l'elemento materiale della pratica commerciale scorretta può estrinsecarsi anche in condotte che nei fatti poi risultano soggettivamente identificabili, senza necessità che la stessa debba dirigersi, numericamente, contro una consistente percentuale di consumatori, o clienti, dell'impresa*» (Cons. Stato, 7 settembre 2012, n. 4753).

Questa indicazione, che in gran parte condivido, non mi convince però del tutto: è ingannevole o comunque illecito il messaggio pubblicitario che dica che un certo prodotto ci "mette le ali", nel senso che qualcuno possa lamentare che invece le ali non gli sono cresciute?

Certamente no, ma in realtà è il grado di comprensione del soggetto destinatario del messaggio che può comportare una tutela "al rialzo" rispetto alla protezione da accordarsi ad altre fasce di età.

Ad esempio un tempo erano frequenti le pubblicità televisive in cui i giocattoli per i bambini si muovevano da soli, volavano, trottavano come se fossero animati: un adulto nemmeno si poneva il problema che ciò fosse finto; un bambino di pochi anni invece ci credeva ed è probabilmente

proprio per questo che tali pubblicità sono da tempo scomparse.

Quindi non penso che si possa valutare della bontà del messaggio dicendo che è rivolto alla generalità delle persone senza alcuna ulteriore distinzione, perché davvero non sempre il messaggio merita censura.

In tal senso ritengo corretta la decisione per cui una pubblicità, emendata da taluni contenuti che potrebbero colpire le fasce dei consumatori più giovani, possa allora restare validamente sul mercato perché diretta agli altri.

Infatti l'Autorità garante della concorrenza¹ ha detto che «*devono considerarsi idonei a sanare i possibili profili di illegittimità per violazione dell'art. 21, 4° comma, «codice del consumo» del messaggio pubblicitario diffuso di una bevanda energizzante a base di caffeina e taurina che suggerisca, soprattutto ai giovani, l'utilizzo del prodotto per migliorare le prestazioni della mente anche nel caso particolarmente delicato della guida di notte l'eliminazione in nuce di possibili fraintendimenti circa il target di riferimento dell'energy drink, la rinuncia al consiglio dell'assunzione del prodotto unitamente ad alcolici e all'induzione a comportamenti non prudenti o incauti (nello specifico l'autorità garante ha accettato e reso obbligatori gli impegni proposti dal professionista di ridurre l'enfasi posta sugli effetti della bevanda, di rimuovere dalla comunicazione scene e personaggi sotto forma di cartoon, rivolti principalmente ai giovani consumatori, di rinunciare alla promozione presso le scuole e sui canali indirizzati ad un pubblico di bambini e adolescenti, di evitare collegamenti tra l'assunzione del prodotto e il rischio di incidenti stradali e di inserire nei messaggi avvertenze quali «consumare moderatamente»*»).

È allora chiaro che, cambiando i punti di riferimento - ovvero ponendo al centro dell'attenzione i soggetti diversissimi cui il messaggio è diretto - quei pochi criteri che potevamo trarre dal codice civile e dalle sentenze saltano del tutto. Basti pensare che quando si dice che resta salvo il contratto allorché «*la controparte era comunque a conoscenza dei fatti da lui maliziosamente occultati o che avrebbe potuto conoscerli, usando la normale diligenza*», bisogna capire a chi ci si riferisca utilizzando il concetto di "normale diligenza": un qualsiasi inesistente uomo medio? una serie di persone medie di categorie non ancora individuate?

Io direi invece, in buona parte diversamente, che occorre valutare se il messaggio vada visto come potenziale veicolo di inganno, perché spinge nella direzione dell'acquisto utilizzando meccanismi che spostano l'attenzione su particolari non significativi dell'acquisto stesso, in relazione al soggetto cui il messaggio è diretto.

Ecco allora il senso, completamente diverso da quello che ricaviamo dal codice civile, del divieto di pratiche commerciali scorrette contenuto nel codice del consumo, dove si distinguono quelle ingannevoli da quelle

1 AGCM, 27 febbraio 2013, n. 24244, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2013, p. 677.

aggressive, entrambe potendo consistere in pubblicità ove si dica il vero ma senza che tanto basti a ritenerle legittime.

L'idea che possa considerarsi ingannevole un messaggio che, pur corretto (ma io direi "vero"), sia idoneo in qualsiasi modo ad indurre in errore il consumatore medio appare davvero un traguardo notevole rispetto alle previsioni del codice civile.

Dobbiamo certamente riconoscere che nemmeno il codice del consumo indica quale sia il criterio per individuare il percorso fisiologico di formazione della volontà, sicché il giurista potrebbe dire che, in fondo, il problema è stato solo spostato su altri fronti, ma rimane immutato: infatti nessuno può sondare *ex post* ciò che si sarebbe fatto di fronte ad una comunicazione diversa; solo il consumatore può dirlo e questo equivale rimettersi alle sue valutazioni postume.

Senonché il grande rilievo che svolgono, sempre per il giurista, regole come quelle ora indicate è proprio quello operato delle clausole generali, cioè di costituire strumenti dati al giudice per valutare il caso concreto che non può essere descritto analiticamente da una regola di dettaglio.

Il giurista è abituato alle clausole generali: buona fede, diligenza e fatto illecito ne costituiscono esempi imprescindibili, trattandosi semmai di individuare i criteri per rendere il giudizio non arbitrario; io ad esempio ho suggerito il criterio della ragionevolezza della scelta da motivare adeguatamente nella sentenza, seguendo suggerimenti importanti che mi sembrano pienamente condivisibili².

Tuttavia in questa materia la ragionevolezza non serve a niente, perché ciò che è decisivo è la conoscenza dei meccanismi che inducono alla decisione, ovvero dei processi formativi della volontà e dei modi di indurla in altre direzioni.

Che talora i meccanismi utilizzati siano rozzi e quindi palesemente illegittimi non è problema su cui occorre perdere molto tempo: chi negherebbe la ragionevolezza della decisione che censura, nella pubblicità, «l'utilizzo di dati scientifici e statistici che esaltavano inesistenti proprietà terapeutiche del prodotto di prevenzione della caduta e rafforzamento delle radici dei capelli»? E lo stesso va detto a proposito delle innumerevoli pubblicità che vantano una inesistente capacità di favolose pillole dimagranti.

Mi interessano invece i casi in cui il messaggio si ammanta di dati veri che però ugualmente manipolano la volontà di chi debba decidere se effettuare o meno l'acquisto.

Non oso dire una parola in materia, perché è di competenza della scienza amica che collabora con noi, ma credo che a tutti possa essere evidente

2 SICCHIERO, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, nel *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2016, sub art. 1176 c.c.

che alle volte è la natura stessa che ci inganna, con colori, forme, odori, ciò di cui ovviamente non potremmo mai rimproverare nessuno, mentre in altri casi è l'agire dell'uomo che interferisce.

Ora è chiaro che se negassimo il diritto alla pubblicità, affermando che questa è sempre diretta a convincere a far qualcosa che spontaneamente non si è ancora messo in moto, scivoleremmo verso discorsi che nessuno vuol condividere, quantomeno perché presupporrebbero che ognuno di noi sia un perfetto incapace da proteggere anche da se stesso

Con l'amico Nicolao Bonini ho discusso del caso del mutuo: laddove alle condizioni del prestito si accompagna la foto di una ragazza che sorride, gli uomini spesso accettano costi maggiori rispetto all'ipotesi in cui manchi (ce n'è anche per le donne, sia chiaro). Eppure non mi sentirei in alcun modo di censurare questa pubblicità, dato che nessuno è ingannato, al massimo si distrae quando pure potrebbe non farlo. Credo che richiamare qui un principio di autoresponsabilità sia una risposta che possiamo accettare senza grande imbarazzo, anche perché non c'è il problema di proteggere persone in fasce d'età tali da poter essere raggirati sulla bontà delle clausole del mutuo "sorridente".

Ma ci sono altri dati sulla natura umana che impongono riflessioni più sottili: una ricerca sui provvedimenti sulla libertà personale degli imputati ha accertato che le richieste di scarcerazione sono quasi sempre respinte se esaminate dai giudici prima di pranzo; tutt'altro esito hanno quelle valutate a pancia piena³. Non so se i dati si riferiscano sempre ai medesimi magistrati oppure se questo aspetto non sia stato esaminato, ma è chiaro che se una tale decisione dipende (inconsiamente) dall'appetito, allora dobbiamo valutare con la massima serietà ogni aspetto del messaggio pubblicitario per ritenerlo adeguato e non ingannevole.

Ecco allora che è ingannevole, anzitutto, la pubblicità occulta, cioè quella veicolata da uno strumento che sembra parlare d'altro.

È il caso del messaggio pubblicitario «*che assume la forma di un redazionale; a tal fine, rileva, nel caso concreto, da un lato, lo scopo promozionale, che, in assenza di un chiaro rapporto di committenza, è suffragato dalla presenza di chiari elementi distintivi rispetto ad un servizio giornalistico (le immagini dei prodotti sono ingrandite, riquadrate in rosso ed isolate dal contesto, e vengono citati in modo specifico la marca, il prezzo e le principali caratteristiche dei prodotti); dall'altro lato, non è stato adottato alcun accorgimento o indicazione che renda evidente ai consumatori la natura promozionale del messaggio (non risultando alcuna indicazione quale «informazione pubblicitaria», né alcun format grafico che renda riconoscibile la vera natura del messaggio)*»⁴.

3 Cfr. ENGLISH e BERNHARDT, *Errori di giudizio*, in *Mente e cervello*, 2013, n. 8, p. 94.

4 AGCM, 29 gennaio 2014, n. 24778, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2014, p. 434.

Qui di scorretto non c'è il contenuto della pubblicità, ma il fatto che la pubblicità stessa sia nascosta, come se non ci si dovesse accorgere della sua esistenza per non distrarre la propria attenzione; nello stesso senso approvo la decisione che sanziona un prodotto (Botaina 7000) il cui nome evoca una sostanza medica che non è inclusa nei suoi principi attivi (e quindi il consumatore dovrebbe accorgersene) e che è però ugualmente ingannevole: «*il messaggio pubblicitario diretto a promuovere l'acquisto on line di un prodotto cosmetico antirughe che, per come graficamente presentato e per i contenuti ed i termini utilizzati, non può che evocare che tra i suoi componenti vi sia tossina botulinica, deve ritenersi ingannevole, rilevando a poco che la stessa non sia ricompresa tra i principi attivi, richiedendo un livello di attenzione negli acquisti e di comprensione delle terminologie utilizzate che normalmente non si riscontrano nel consumatore medio: ai sensi dell'art. 21 d.leg. 206/2005 (c.d. codice del consumo) e, infatti, considerata ingannevole una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo induca o sia idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad un elemento determinante dell'offerta, così da spingerlo ad assumere una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso*» (TAR Lazio, sez. I, 17 ottobre 2014, n. 10438).

E che dire dell'acqua della salute? Se la pubblicità non aggiungesse altro non ci sarebbero problemi, ma non è così; infatti associando la presenza di medici all'acqua, si crea l'illusione che questa possieda davvero capacità terapeutiche, sebbene non venga detto espressamente.

Ecco allora che per AGCM «*il messaggio pubblicitario di un'acqua minerale che utilizzi claim quali «acqua della salute», unitamente ad elementi comunicazionali che abbinino la stessa ad associazioni mediche di gastroenterologi e urologi e alle figure degli stessi medici, determinando, nei riguardi dei consumatori, sia una particolare amplificazione delle caratteristiche salutistiche del prodotto rispetto a quelli della concorrenza, sia un particolare affidamento sulle medesime proprietà; in questo modo, infatti, lo slogan «acqua della salute» perde la natura di vanto generico e meramente enfatico e diventa idoneo ad accreditare all'acqua effetti curativi che in realtà non possiede, a nulla rilevando che i benefici effetti rivendicati risultino autorizzati dal ministero della salute, in quanto l'accreditamento medico-scientifico vantato promette risultati ben maggiori rispetto a quelli effettivamente conseguibili*»⁵.

Dunque la sola enfasi non fa male; l'enfasi menzognera sì!

Fin qui abbiamo visto pubblicità che cercano di ingannare con somiglianze di nomi, omissioni di aspetti rilevanti e così via; ma anche la semplice verità, senza aggiunte, può essere menzognera?

5 AGCM, 19 dicembre 2014, n. 25250, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2015, p. 212.

Se l'obiettivo è proteggere dal rischio che la mente sia attratta dal canto delle sirene allora sì.

Dire ad esempio il vero, ma non tutto ciò che si propone con il prodotto, può occultare elementi che alle persone paiono comunque rilevanti, a prescindere dal fatto che si tratti di convinzioni opinabili.

E così *«poiché l'informazione corretta al consumo deve tenere presente il parametro medio di conoscenze esistente tra il pubblico dei consumatori, va considerato ingannevole il messaggio che presenti come composto da sola frutta (e, quindi, senza zucchero aggiunto) un omogeneizzato che in realtà contenga un ingrediente (il succo di frutta concentrato) che molti ritengono assimilabile, quanto ad effetti, allo zucchero; questo messaggio, che agisce proprio eludendo quel parametro medio di conoscenze, è ingannevole e decettivo ed è in grado di restringere la libertà di scelta del consumatore in ordine alle sue decisioni di acquisto; libertà di autodeterminazione che comprende anche quella di scegliere, nell'ambito delle varie tesi opinabili in ordine all'assimilabilità allo zucchero del succo concentrato, quella che conclude in senso affermativo e, quindi, può comportare la decisione consapevole di non acquistare il prodotto che contiene quell'ingrediente, pertanto, al di là dell'opinabilità delle tesi sul rapporto tra lo zucchero e il succo di frutta concentrato, nascondere comunque al consumatore l'esistenza di quest'ultimo ingrediente, e anzi utilizzare claims («cento per cento frutta» «senza zuccheri aggiunti») che fanno intendere la sua assenza, è effettivamente ingannevole»* (Cons. Stato, sez. VI, 4 luglio 2012, n. 3901).

Nessuna bugia quindi; ma un messaggio che ugualmente ha la capacità di attrarre l'attenzione su taluni particolari e deviarla da altri, scientifici o meno che siano ma che appartengono comunque alla nostra libertà di scegliere quel che ci aggrada

Mi ha poi convinto anche di più il caso Chupa Chups, casa dolciaria sanzionata da AGCM nel 2006 (prov. PI 15816, inedito ma reperibile sul sito dell'Autorità) perché nella pubblicità trasmessa in fasce orarie cui assistono gli adolescenti diceva che quella caramella ha lo zero per cento di grassi: fatto vero ma non per questo meno ingannevole sugli effetti delle caramelle per la dieta.

L'autorità ha detto che *«il messaggio è stato diffuso in fasce orarie fruibili da un pubblico di minori, si avvale di protagonisti nei quali i bambini e gli adolescenti possono agevolmente identificarsi e, per la sua formulazione complessiva nonché per la peculiarità dell'argomento toccato che ha grande presa su bambini e adolescenti di oggi, sempre più spesso afflitti da problemi di peso, è idoneo ad integrare la suddetta violazione in quanto suscettibile di abusare della naturale credulità e mancanza di esperienza dei minori in ordine alle caratteristiche "nutrizionali" delle caramelle e alle conseguenze, sulla forma fisica, del consumo delle stesse. Alla luce delle suesposte motivazioni, dunque, il messaggio pubblicitario in questio-*

ne risulta ingannevole in relazione all'idoneità del messaggio, in quanto suscettibile di raggiungere bambini e adolescenti, ad abusare della loro naturale credulità o mancanza di esperienza».

Ed ora entro nel vivo dell'argomento, che subito lascerò ad altri: lo stesso messaggio, se fosse stato diretto agli adulti, sarebbe stato meno ingannevole?

Se il concetto, che ho appreso dagli amici psicologi, è quello di vantaggio competitivo illusorio allora no; cioè se una qualità, pur vera, mi viene rappresentata come decisiva per la scelta di quel prodotto, quando in realtà ogni prodotto simile ha le medesime caratteristiche, allora la dichiarazione è ingannevole.

D'altronde nessuno trasmette alcuna pubblicità che, pur corrispondente al vero, parli di un vantaggio competitivo illusorio che però competitivo non sia, nel senso, ad es., che nessuno pubblicizza caramelle "senza alluminio", dato che non convincerebbe alcun consumatore a comprarle pur dicendo il vero.

Ritengo che questo concetto sia davvero importante perché se si esaminano le decisioni in materia di pubblicità ingannevole, ciò che compare sono soprattutto messaggi menzogneri o incompleti, quando si affermano qualità non esistenti oppure si nascondono difficoltà che l'uso del prodotto porta con sé oppure ancora si evocano qualità che il bene non possiede.

Ora possediamo però uno strumento diverso, capace di assottigliare l'inevitabile zona grigia delle formule astratte, perché consente di censurare - oltre alla bugia ed al silenzio malizioso - anche la "verità maliziosa" e quindi di costruire un catalogo di limiti di operatività della pubblicità che ancora non abbiamo completato.

Si tratta quindi di un concetto ben più avanzato rispetto ai risultati cui la scienza giuridica può arrivare utilizzando solo c.d. "mezzi propri", dato che a tutti i giuristi pare ingannevole un messaggio incompleto, ma non ha invece ancora a mani gli strumenti per valutare la nozione di vantaggio competitivo illusorio, che dobbiamo farci prestare per imparare ad usarli.

Ed è una delle ragioni che impone a scienze così apparentemente rivolte ad oggetti diversi, di creare una sinergia che, a ben vedere, ha come obiettivo l'interesse della collettività a rapporti il più possibile leali e nei quali ognuno di noi possa liberamente (o, almeno con minori inganni) operare le proprie scelte.

Il controllo giudiziale sullo *ius variandi* dopo il Jobs Act

Annalisa Feltre

(Dottoranda di ricerca in Diritto, mercato, persona
nell'Università Ca' Foscari Venezia)

Abstract This contribution aims to analyze the regulation of the change of tasks after the reform of the article 2103 of the civil code. In recent years, labor law and employees' duties are going through a process of radical changes. The repealing of the notion of "equivalence", the derogation possibilities (both by collective and individual bargaining) and the reduction of judicial control concerning the exercise of employers' powers, could allow the assignation of the worker to task not coherent with previous workers' dignity protection. In this scenario, the solution could be the strict application of the principle of good faith (articles 1175 and 1375 of the civil code) in the interpretation of the new rules.

Sommario 1. Premessa: verso la flessibilità funzionale. – 2. Il criterio dell'equivalenza. – 3. Lo *ius variandi* orizzontale. I nuovi limiti. – 4. Lo *ius variandi* verticale. Il demansionamento e l'assegnazione definitiva alle mansioni superiori. – 5. Il ruolo della contrattazione collettiva e dell'autonomia individuale. – 6. Il difficile bilanciamento tra valori ed il controllo giudiziale.

Keywords Mansioni. Equivalenza. *Ius variandi*. Controllo giudiziale. Flessibilità.

1 Premessa: verso la flessibilità funzionale

Se i temi della flessibilità in entrata ed in uscita fanno parte del dibattito politico già da alcuni anni¹, il Governo Renzi sembra essere il primo a voler

1 A ben vedere, già il d.lgs. n. 276/2003, attuativo delle deleghe in materia di occupazione e lavoro, ha inciso profondamente sulla flessibilità in entrata, ampliando considerevolmente il numero di tipologie contrattuali c.d. flessibili (al contratto a termine ed al contratto di apprendistato si affiancano ad esempio il contratto di lavoro somministrato tramite agenzia, il lavoro intermittente, il lavoro ripartito). Più recentemente, la l. n. 92/2012, si è occupata primariamente del tema della flessibilità in uscita, ponendo per la prima volta un limite al regime sanzionatorio della tutela reale di cui all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, ed ha mantenuto una consistente rigidità con riferimento alla flessibilità in entrata. Per la dottrina sulla Riforma Fornero, si veda, tra i molti, TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 155/2012; CARINCI, *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 172/2013; DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, in Riv. it. dir. lav., 2013, I, p. 3. La flessibilità in entrata torna

intervenire in maniera netta anche in materia di flessibilità funzionale². Il legislatore delegato si è occupato di flessibilità in uscita attraverso l'adozione di diversi strumenti, quali la creazione del nuovo contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti (d.lgs. n. 23/2015), la definizione della nuova disciplina del trattamento di disoccupazione, parzialmente esteso anche ai lavoratori con rapporto di collaborazione coordinata, e la creazione del contratto di ricollocazione (d.lgs. n. 22/2015). Parimenti, soprattutto attraverso l'emanazione del d.lgs. n. 81/2015, il legislatore delegato ha concentrato l'attenzione sulla flessibilità in entrata, attraverso la revisione organica della disciplina dei contratti di lavoro. Ebbene, al fine di pervenire ad un potenziamento della flessibilità funzionale, detta anche flessibilità organizzativa, il legislatore delegato si è interessato a temi quali lo *ius variandi* ed il demansionamento, ma anche l'orario di lavoro³ e l'efficacia dei controlli e delle nuove tecnologie⁴.

Lo *ius variandi* può essere definito come il potere del datore di lavoro di modificare unilateralmente il contenuto della prestazione dedotta in contratto in relazione alle esigenze organizzative che possono sopravvenire durante lo svolgimento del rapporto di lavoro. In assenza di una definizione legale di "mansione", la dottrina ha definito la stessa come l'insieme dei compiti e delle attività che il lavoratore è chiamato ad eseguire in adempimento dell'obbligazione contrattuale⁵ e rappresenta quindi l'oggetto

poi in maniera dirimpente in rilievo con la l. n. 78/2014 grazie al venir meno delle causali giustificative dell'apposizione del termine al contratto di lavoro.

2 Come sottolinea TREU, *op. cit.*, p. 18 ss., «i temi della flessibilità funzionale non sono stati affrontati dalla legge 92 e sono stati appena sfiorati nel dibattito. Alcuni aspetti, come la regolazione dell'orario di lavoro e lo stesso part time, sono stati ritenuti relativamente assestati e meno bisognosi di correzioni legislative, anche in quanto affidati di massima alla contrattazione collettiva, che ha introdotto spesso adeguati elementi di flessibilità in sede aziendale. Altri temi come la mobilità professionale e il controllo sulle prestazioni del lavoro, sono rimasti affidati alla normativa storica dello Statuto dei lavoratori (artt. 4, 6, 13), che nessuna delle forze in campo ha ritenuto di mettere in discussione; sindacati e centro sinistra per la inopportunità di affrontare (oggi) modifiche allo Statuto; il centro destra perché ritiene che tali norme siano superabili con il ricorso alla forza "deregolatrice" dell'art. 8 della l. n. 148 del 2011». Sul Jobs Act e la flessibilità, si veda PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, a cura di Fiorillo, Perulli, Torino, p. 3 ss.; DE LUCA, *Prospettive di politica e diritto del lavoro: di compromesso in compromesso cresce la flessibilità, ma non solo (prime riflessioni su Jobs Act e dintorni)*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 217/2014.

3 Il capo II del d.lgs. n. 81/2015 prevede la nuova disciplina del lavoro ad orario ridotto e flessibile.

4 L'art. 23 del d.lgs. 151/2015 prevede la modifica art. 4 dello Statuto dei lavoratori in tema di potere di controllo.

5 GIUGNI, *Mansioni e qualifica* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1975; GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963; MISCIONE, *Dialoghi di diritto del lavoro*, Milano, 2010.

dell'obbligazione di lavoro⁶. Lo *ius variandi* consiste pertanto nel potere attribuito alla parte datoriale di modificare unilateralmente, in deroga al principio generale secondo cui il contratto ha forza di legge tra le parti e può essere modificato solamente con il consenso delle stesse, l'oggetto del contratto, ossia le mansioni del lavoratore. L'individuazione delle mansioni rappresenta quindi un elemento fondamentale ed indispensabile per delineare i perimetri dell'esercizio del potere datoriale, tant'è che deve aver luogo fin dal momento della sottoscrizione del contratto di lavoro e deve essere oggetto di specifica comunicazione al lavoratore ed all'Autorità competente⁷. Inoltre, dall'assegnazione della mansione dipende l'inquadramento del lavoratore, ossia l'attribuzione di una determinata categoria legale, come identificata dall'art. 2095 c.c., e di un determinato livello di inquadramento, individuato sulla base dei contratti collettivi applicabili⁸.

La disciplina che abbiamo conosciuto in questi anni rappresenta un tipico esempio di razionalizzazione del potere in quanto, da un lato, essendo espressione del potere direttivo datoriale, ne legittima l'esercizio da parte di quest'ultimo e, dall'altro, pone dei limiti, quali il divieto di adibizione del lavoratore a mansioni inferiori e la possibilità di adibire lo stesso a mansioni equivalenti o superiori, sottraendo quindi il rapporto all'autonomia contrattuale tipica delle discipline privatistiche.

6 CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Diritto del lavoro 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 2005, p. 142.

7 L'art. 1 co. 1, lett. f), del d.lgs. n. 152/1997, attuativo della Dir. n. 91/533/CEE, prevede che il datore di lavoro, entro trenta giorni dalla data di assunzione, comunichi al lavoratore l'inquadramento, il livello e la qualifica attribuitagli oppure le caratteristiche e la descrizione sommaria del lavoro.

8 L'art. 96, disp. att. prevede infatti che «L'imprenditore deve far conoscere al prestatore di lavoro, al momento dell'assunzione, la categoria e la qualifica che gli sono assegnate in relazione alle mansioni per cui è stato assunto [2103 c.c.]. Le qualifiche dei prestatori di lavoro, nell'ambito di ciascuna delle categorie indicate nell'articolo 2095 del codice, possono essere stabilite e raggruppate per gradi secondo la loro importanza nell'ordinamento dell'impresa. Il prestatore di lavoro assume il grado gerarchico corrispondente alla qualifica e alle mansioni. I contratti collettivi di lavoro possono stabilire che, nel caso di divergenza tra l'imprenditore e il prestatore di lavoro circa l'assegnazione della qualifica, l'accertamento dei fatti rilevanti per la determinazione della qualifica venga fatto da un collegio costituito da un funzionario dell'ispettorato corporativo, che presiede, e da un delegato di ciascuna delle associazioni professionali che rappresentano le categorie interessate. Sui fatti rilevanti per la determinazione della qualifica che hanno formato oggetto dell'accertamento compiuto con tali forme, non sono ammesse nuove indagini o prove, salvo che l'accertamento sia viziato da errore manifesto».

2 Il criterio dell'equivalenza

L'art. 2103 c.c., oggi oggetto di completa riscrittura, era già stato modificato dall'art. 13 dello Statuto dei lavoratori il quale, si rammenta, stabiliva che il prestatore di lavoro dovesse essere adibito alle mansioni per le quali era stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che avesse successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione⁹. La norma evidenziava quindi la possibilità di adibire il lavoratore, anche attraverso una disposizione datoriale unilaterale, in ragione delle sopravvenute esigenze dell'impresa, a mansioni differenti rispetto a quelle originariamente convenute, riconoscendo una certa mobilità del lavoratore, che poteva tuttavia svilupparsi solamente in direzione orizzontale (ossia rispetto a mansioni equivalenti) o verticale verso l'alto (ossia rispetto a mansioni superiori)¹⁰.

La disciplina dell'art. 2103 c.c., così come modificata dall'art. 13 dello Statuto dei lavoratori, ruotava quindi attorno ad un concetto estremamente generico e non privo di contrasti interpretativi, quello di "equivalenza". La tecnica legislativa per clausole generali¹¹, utilizzata in questo caso come limite al potere datoriale di *ius variandi*, si connota per un'intenzionale indeterminazione, prevedendo sia il giudice, di volta in volta, attraverso un giudizio di valore, a definirne il contenuto sulla base del caso concreto.

9 Il testo originario della norma dettava una disciplina favorevole agli interessi di parte datoriale, la quale poteva disporre unilateralmente il mutamento di mansioni. La norma prevedeva infatti che il prestatore di lavoro dovesse essere adibito alle mansioni per cui era stato assunto e riconosceva che il datore di lavoro, per far fronte ad esigenze dell'impresa, potesse unilateralmente adibire il lavoratore a mansioni diverse da quelle di assunzione, purché ciò avvenisse senza mutamento sostanziale della sua posizione e senza diminuzione della retribuzione. Per un esame della dottrina, si veda BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, Milano, 1997, p. 10.

10 Per un esame della dottrina, tra i molti, ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, Milano, 2003, II, p. 284 ss.; AMOROSO, DI CERBA, MARESCA, *Il diritto del lavoro*, in *Le fonti del diritto italiano*, Milano, 2006, II, p. 346 ss.

11 La dottrina si è lungamente spesa sul valore semantico da attribuire alla nozione di clausola generale. Per un'interpretazione estensiva, si veda su tutti RODOTÀ, *La tecnica legislativa per clausole generali in Italia*, in CABELLA, PISU, NANNI, *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni '90*, Padova, 1998, p. 40 s., in cui definisce le stesse come «nozioni a contenuto variabile», ossia «strumenti che i giuristi denominano variamente (direttiva, principio, formula aperta, clausola generale, standard) e che rispondono alla medesima funzione». Secondo l'autorevole Autore, «non distinguere all'interno di queste categorie non è in questo momento sacrificare il rigore teorico, ma fare un primo passo importante, e cioè prendere atto di quella che è la realtà normativa con la quale dobbiamo fare i conti». Si veda inoltre VELLUZZI, *Clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010. Per la tesi a sostegno di un'interpretazione rigida della clausola generale e, quindi, della dicotomia tra clausola generale e concetto elastico, si veda su tutti MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 13.

Ebbene, secondo la prevalente opinione giurisprudenziale, l'equivalenza deve riguardare tanto il profilo retributivo, quanto quello professionale, ossia il patrimonio di conoscenze ed esperienze che contraddistingue ciascun lavoratore¹². La tutela della professionalità, in altri termini, assume rilevanza costituzionale in quanto strumento imprescindibile per la realizzazione della personalità del lavoratore¹³. Il valore della professionalità, che trova fondamento costituzionale negli artt. 2, 4 e 35, co. 2, Cost., assume rilevanza individuale in quanto strettamente legato alla dignità umana, ma tutela altresì il più generale «*interesse della collettività che il patrimonio di nozioni, di esperienza e perizia acquisita dal lavoratore nell'esercizio dell'attività non venga sacrificato alle esigenze dell'organizzazione aziendale del lavoro ed al profitto dell'impresa*»¹⁴.

Nel corso degli anni, la giurisprudenza ha elaborato una nozione di equivalenza piuttosto restrittiva, richiedendo una valutazione tanto sotto il profilo oggettivo, quanto soggettivo¹⁵. Il profilo oggettivo concerne l'appartenenza delle mansioni di provenienza e di destinazione ad un medesimo livello in inquadramento e categoria legale, nonché un medesimo livello retributivo tra le stesse; il profilo soggettivo concerne invece l'affinità professionale delle mansioni, nel senso che le nuove devono armonizzarsi con le capacità professionali acquisite dall'interessato durante il rapporto lavorativo, consentendo ulteriori affinamenti e sviluppi. Ciò significa che una mansione di destinazione equivalente a quella di provenienza sotto il profilo oggettivo (ossia remunerata nella stessa misura ed inquadrata al medesimo livello) potrebbe non esserlo sotto il profilo soggettivo (ad esempio perché è richiesto un differente patrimonio professionale). Inoltre, a protezione del bene della professionalità, la giurisprudenza di legittimità ha elaborato una nozione statica di patrimonio professionale (costituita dal bagaglio di competenze professionali acquisite dal lavoratore), cui si affianca una nozione dinamica di equivalenza, costituita da tutte quelle

12 *Ex multis*, Cass. 2 ottobre 2002, n. 14150, in *Giust. civ. mass.*, 2002, p. 1760.

13 A tale proposito, la Corte Costituzionale ha sostenuto la necessità di tutelare la dignità sociale del lavoratore «*contro discriminazioni che riguardano non solo l'area dei diritti di libertà e l'attività sindacale finalizzata all'obiettivo strumentale dell'autotutela degli interessi collettivi, ma anche l'area dei diritti di libertà finalizzati allo sviluppo della personalità morale e civile del lavoratore*» (Corte Cost. 19 dicembre 2003, n. 359, in *Lav. nelle Pubb. Amm.*, con nota SALOMONE, *Titolo V della Costituzione e lavoro pubblico privatizzato: i primi orientamenti della Consulta*).

14 Cass. 27 maggio 1983, n. 3671, in *Giust. civ. mass.*, 1983, p. 5.

15 In tal senso, Cass. 2 maggio 2006, n. 10091, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, III, p. 654, con nota di SARTORI, *Limiti allo ius variandi e flessibilità: i paradossi della giurisprudenza*; SS.UU. 24 aprile 1990, n. 3455, in *Foro it.*, 1990, I, c. 1493; Cass. 14 luglio 1993, n. 7789, in *Not. giur. lav.*, 1993, p. 808; Cass. 22 aprile 1995, n. 4561, in *Mass. giur. lav.*, 1995, p. 384; Cass. 22 novembre 1995, n. 12121, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 796; Trib. Bari, 25 ottobre 2007, in *Redaz. Giuffrè*, 2008.

conoscenze che, in maniera potenziale, consentono una crescita, ossia un avanzamento professionale¹⁶.

Il potere datoriale, precedentemente all'entrata in vigore dell'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015, era quindi soggetto ad uno stringente controllo giudiziario, spettando al giudice il compito di valutare, a seguito del mutamento di mansioni, l'effettiva salvaguardia del bene della professionalità¹⁷. Il potere datoriale era quindi fortemente limitato da un'esigenza di tutela dell'apparato valoriale appartenente alla parte debole del rapporto, la quale era tutelata non solo sotto il profilo retributivo e del mantenimento della categoria e dell'inquadramento raggiunti, ma anche, soprattutto, sotto il profilo della dignità e della professionalità nelle accezioni sopra individuate¹⁸. Infatti, nella valutazione dell'equivalenza delle mansioni, il giudice era tenuto a compiere una verifica in relazione al caso concreto, senza alcun vincolo rispetto alla classificazione delle mansioni operata all'interno della contrattazione collettiva. Quest'ultima non rappresenta altro che un sussidio, un criterio attraverso il quale il giudice poteva compiere la propria attività interpretativa dinanzi ad un concetto intenzionalmente indeterminato quale l'equivalenza.

Antecedentemente all'entrata in vigore dell'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015, i limiti al potere di *ius variandi* erano pertanto imposti dal concetto, per sua

16 Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si sono pronunciate sostenendo la necessità di adottare una nozione dinamica di equivalenza piuttosto che una nozione statica (SS.UU. 24 novembre 2006, n. 25033, in *Mass. giur. lav.*, 2007, p. 17). In tal senso, anche Cass. 13 novembre 1991, n. 12088, in *Giur.it*.

17 Il valore della professionalità è richiamato dalla gran parte di sentenze in tema di *ius variandi* (*ex multis*, Cass. 24 giugno 2009, n. 14841, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, p. 975; Cass. 8 giugno 2009, n. 13173, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, p. 878; App. Perugia, 16 settembre 2013, n. 185, in *Redaz. Giuffrè*, 2014; Trib. L'Aquila, 16 gennaio 2013, n. 14, in *Redaz. Giuffrè*, 2013; Trib. Roma, 28 dicembre 2010, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, p. 725). Il suo ruolo centrale si denota ad esempio nelle ampie argomentazioni fornite dalla giurisprudenza di merito (si veda, ad esempio, Trib. Roma 28 dicembre 2010, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, p. 725, con nota CARBONE, *La visibilità televisiva del giornalista limita lo ius variandi*; Tribunale Roma 20 marzo 2001, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2001, p. 701; Trib. Roma 6 marzo 2001) in tema di mutamento di mansioni cui può essere soggetto il giornalista esposto a visibilità televisiva, laddove la giurisprudenza si è in più occasioni espressa nel senso di limitare lo *ius variandi* in quanto la professionalità deve essere valutata tenendo in considerazione non solo il bagaglio di nozioni ed esperienze tecniche maturate per l'espletamento del compito, bensì anche gli aspetti legati strettamente alla visibilità, quindi la capacità di confrontarsi con il pubblico e con i problemi di una diretta televisiva. In senso opposto, con riferimento allo *ius variandi* del giornalista televisivo, Trib. Napoli n. 3482/2003.

18 La Suprema Corte ha richiamato in particolare la «necessità di bilanciare la tutela degli interessi, costituzionalmente rilevanti (articolo 4, 32, 36), del prestatore con la libertà di iniziativa economica dell'imprenditore» (Cass. SS.UU., 7 agosto 1998, n. 7755, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, p. 1668), nonché l'esigenza di «salvaguardare sul luogo di lavoro la dignità ed i diritti fondamentali del lavoratore» (Cass. 23 marzo 2005, n. 6326, in *Dir. e giust.*, 2005, n. 16, p. 26, con nota CIMAGLIA, *Il mobbing? Attentato alla sfera psichica. Ma ora serve una definizione normativa*).

natura generico ed indeterminato, di equivalenza e, permaneva quindi, in capo al datore di lavoro che volesse esercitare il potere, un margine di incertezza. L'assenza di un criterio oggettivo *ex ante* per il datore di lavoro e la valutazione giudiziale *ex post* circa l'effettiva salvaguardia del bene della professionalità¹⁹, hanno quindi contribuito negli anni a dissuadere i datori di lavoro dall'utilizzare tale strumento di gestione del rapporto di lavoro.

Inoltre, la protezione del soggetto debole era garantita non solo attraverso l'apposizione di limiti legali allo *ius variandi* datoriale, ma stringenti limiti venivano apposti anche alla possibilità per le parti di sottoscrivere patti contrari a quanto disposto dall'art. 2103 c.c. Infatti, in seguito alla riforma operata dall'art. 13 dello Statuto dei lavoratori, venne prevista, probabilmente per ovviare alla debolezza della versione originaria dell'articolo²⁰, la nullità dei patti contrari, tanto con riferimento all'autonomia collettiva²¹, quanto all'autonomia individuale.

A fronte di questo regime legale, la contrattazione collettiva ha talvolta sperimentato, soprattutto in presenza di esigenze aziendali temporanee, l'inserimento di clausole di fungibilità tra mansioni considerate contrattualmente equivalenti²². La clausola di fungibilità prevede l'intercambiabi-

19 Il valore della professionalità è richiamato dalla gran parte di sentenze in tema di *ius variandi* (*ex multis*, Cass. 24 giugno 2009, n. 14841, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, p. 975; Cass. 8 giugno 2009, n. 13173, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, p. 878; App. Perugia, 16 settembre 2013 n. 185, in *Redaz. Giuffrè*, 2014; Trib. L'Aquila, 16 gennaio 2013, n. 14, in *Redaz. Giuffrè*, 2013; Trib. Roma, 28 dicembre 2010, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, p. 725). Il suo ruolo centrale si denota ad esempio nelle ampie argomentazioni fornite dalla giurisprudenza di merito (si veda, ad esempio, Trib. Roma 28 dicembre 2010, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, p. 725, con nota CARBONE, *La visibilità televisiva del giornalista limita lo ius variandi*; Tribunale Roma 20 marzo 2001, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2001, p. 701; Trib. Roma 6 marzo 2001) in tema di mutamento di mansioni cui può essere soggetto il giornalista esposto a visibilità televisiva, laddove la giurisprudenza si è in più occasioni espressa nel senso di limitare lo *ius variandi* in quanto la professionalità deve essere valutata tenendo in considerazione non solo il bagaglio di nozioni ed esperienze tecniche maturate per l'espletamento del compito, bensì anche gli aspetti legati strettamente alla visibilità, quindi la capacità di confrontarsi con il pubblico e con i problemi di una diretta televisiva. In senso opposto, con riferimento allo *ius variandi* del giornalista televisivo, Trib. Napoli n. 3482/2003.

20 In tal senso, LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982, p. 186.

21 Il riferimento anche alla contrattazione collettiva è confermato dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. 24 gennaio 1987, n. 672; Cass. 3 settembre 2002, n. 12821; Cass. 29 ottobre 2004, n. 20983; Cass. 16 settembre 2004, n. 18719; Cass. 20 agosto 2003, n. 12251; Cass. 15 maggio 2003, n. 7606; Cass. 28 aprile 2003, n. 6614; Cass. 30 gennaio 2003, n. 1494).

22 Un esempio paradigmatico di clausola di fungibilità era quello di cui all'art. 46 del c.c.n.l. per i dipendenti dell'Ente Poste Italiane, che consentiva, in presenza del presupposto della ricorrenza delle "necessità di servizio", l'intercambiabilità delle mansioni (ad eccezione delle mansioni tecniche) all'interno della medesima area operativa. Per la dottrina sul punto, GARGIULO, *Clausole di fungibilità per "esigenze aziendali": un nuovo disorientamento*

lità del personale e quindi la possibilità per il datore di lavoro di esercitare liberamente, all'interno di una medesima area funzionale, il potere di *ius variandi*, assegnando al lavoratore una nuova mansione sul solo presupposto della temporanea esigenza aziendale. La tematica si complica, per contrasto con la disciplina legale di cui all'art. 2103 c.c., laddove la nuova mansione, seppur contrattualmente fungibile con quella originaria, esprima una professionalità diversa. In altre parole, all'equivalenza contrattuale, sancita dalla contrattazione collettiva, potrebbe non corrispondere un'equivalenza legale, in quanto le due mansioni potrebbero prevedere professionalità differenti.

In presenza di clausole collettive di fungibilità, la giurisprudenza ha espresso orientamenti contrastanti, tanto da richiedere l'intervento sul punto delle Sezioni Unite della Cassazione²³. In particolare, la Corte a Sezioni Unite ha dovuto pronunciarsi sulla questione se la clausola di fungibilità sia compatibile con la disciplina legale posta dall'art. 2103 c.c. ovvero se detta clausola debba ritenersi nulla in ragione del co. 2 dell'art. 2103 c.c. Si tratta, a ben vedere, di una forma di mobilità funzionale del lavoratore che, in ragione della risposta positiva offerta dalla giurisprudenza di legittimità, ha aperto un primo spiraglio nella direzione di un'interpretazione meno rigida del concetto di equivalenza. Le Sezioni Unite, infatti, non negano il consolidato orientamento secondo cui la violazione della previsione di cui all'art. 2103 c.c. produrrebbe la nullità del patto anche laddove previsto dalla contrattazione collettiva, ma nel contempo affermano che la clausola di fungibilità dev'essere letta «*in chiave di adattabilità della garanzia dell'art. 2103 c.c. alle esigenze di maggiore flessibilità che derivano dalla sempre più penetrante integrazione dei sistemi produttivi*»²⁴. La ragione legittimante risiede pertanto nell'interesse datoriale a vedersi garantita, in via temporanea e per ragioni contingenti, una maggiore flessibilità. Pertanto, secondo le Sezioni Unite «*va affermato, come principio di diritto, che la contrattazione collettiva - [...] (per) mansioni che esprimano in concreto una diversa professionalità, pur confluendo nella medesima declaratoria contrattuale [...] - è [...] autorizzata a porre meccanismi convenzionali di mobilità orizzontale prevedendo, con*

della Cassazione?, in *Dir. lav. merc.*, 2007, p. 113; PISANI, *Le mansioni promiscue secondo le Sezioni Unite: consensi e dissensi*, in *Mass. giur. lav.*, 2007, p. 24.

²³ Cass. SS.UU. 24 novembre 2006, n. 25033, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, p. 336, con nota di OCCHINO, *La clausola collettiva di fungibilità tra mansioni contrattualmente, ma non legalmente, equivalenti è valida per esigenze aziendali temporanee* e in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 669, con nota BORZAGA, *Principio di equivalenza delle mansioni e ruolo della contrattazione collettiva: verso nuovi spazi di flessibilità?*.

²⁴ Cass. SS.UU. 24 novembre 2006, n. 25033, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, p. 336, con nota OcCHINO, *La clausola collettiva di fungibilità tra mansioni contrattualmente, ma non legalmente, equivalenti è valida per esigenze aziendali temporanee*.

apposita clausola, la fungibilità funzionale tra esse per sopperire a contingenti esigenze aziendali [...] senza per questo incorrere nella sanzione di nullità»²⁵.

Inoltre, la previsione contrattuale collettiva di meccanismi di rotazione e scambio compatibili con la disposizione dell'art. 2103 c.c. e di mansioni costituite dallo svolgimento di plurime attività diverse, unitamente alle clausole di fungibilità, hanno consentito lo sviluppo del criterio della professionalità potenziale ed il passaggio da un'ottica di tutela del singolo lavoratore ad una visione d'insieme, idonea a prendere in considerazione, pur nella tutela del nucleo di omogeneità ed affinità delle mansioni, le esigenze aziendali²⁶. È stata quindi la contrattazione collettiva, attraverso meccanismi convenzionali di mobilità orizzontale, a contribuire al progressivo superamento dell'interpretazione rigida del concetto di equivalenza che ha condotto poi alla riforma del *Jobs Act* in tema di mansioni²⁷.

25 Cass. SS.UU. 24 novembre 2006, n. 25033, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, p. 336, cit. In senso opposto, Cass. 2 ottobre 2002, n. 14150, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, p. 1760, aveva ritenuto che fosse legittimo l'esercizio dello *ius variandi* esclusivamente qualora fosse accertata l'equivalenza delle mansioni, non solo sulla base della clausola di fungibilità prevista dal contratto collettivo, ma anche della professionalità del lavoratore.

26 In tal senso, «la disposizione dell'art. 2103 c.c. sulla regolamentazione delle mansioni del lavoratore e sul divieto del declassamento di dette mansioni va interpretata - stante le statuizioni di cui alla sentenza delle Sezioni unite n. 25033 del 2006, ed in coerenza con la ratio sottesa ai numerosi interventi in materia del legislatore - alla stregua della regola del bilanciamento del diritto del datore di lavoro a perseguire un'organizzazione aziendale produttiva ed efficiente e quello del lavoratore al mantenimento del posto, con la conseguenza che nei casi di sopravvenute e legittime scelte imprenditoriali, comportanti l'esternalizzazione dei servizi o la loro riduzione a seguito di processi di riconversione o ristrutturazione aziendali, l'adibizione del lavoratore a mansioni diverse, ed anche inferiori, a quelle precedentemente svolte, restando immutato il livello retributivo, non si pone in contrasto con il dettato codicistico, se essa rappresenti l'unica alternativa praticabile in luogo del licenziamento per giustificato motivo oggettivo» ed ancora «un'interpretazione dell'art. 2103 c.c., abbandonando l'ottica di una cristallizzata tutela del "singolo lavoratore" a fronte dello *ius variandi* dell'imprenditore - debba privilegiare un ponderato esame del dato normativo che tenga pure conto dei complessi problemi di riconversione e di ristrutturazione delle imprese (che impongono una attenuazione di una rigidità della regolamentazione del rapporto di lavoro capace di ostacolare detti processi) e che, in tale direzione, venga a configurarsi come naturale evoluzione di un indirizzo giurisprudenziale volto ad assegnare alla contrattazione collettiva incisivo rilievo nella gestione dei rapporti lavorativi delle imprese anche nelle sue articolazioni locali, in ragione delle specifiche situazioni che si possono verificare nelle varie realtà aziendali e territoriali, e che possono richiedere un adeguamento degli organici con una accentuata flessibilità proprio per soddisfare le diverse esigenze sopravvenute in dette realtà» (Cass. 5 aprile 2007, n. 8596, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, p. 4).

27 «A seguito dell'indicato approdo giurisprudenziale sull'art. 2103 c.c., diviene, dunque, doveroso - per ragioni di nomofilachia cui è tenuta anche questa Sezione lavoro - una interpretazione ben più elastica rispetto al passato della norma codicistica, già patrocinata da autorevole dottrina, e che trova fondamento in una nuova nozione di "capacità professionale" e di "equivalenza di mansioni", scaturente dalla presa d'atto della necessità di una tutela dinamica delle doti lavorative, da accrescere anche attraverso costanti corsi professionali

3 Lo *ius variandi* orizzontale. I nuovi limiti

L'analisi delle modifiche previste dal *Jobs Act* sul tema conferma come negli ultimi anni si sia di fatto alterato, sotto la potente spinta di una cultura neo-liberista, l'equilibrio tra libertà d'impresa e tutela del lavoro. Infatti, complici la grave crisi economica e la globalizzazione, sono entrati in maniera dirompente nelle agende dei Governi che si sono succeduti, italiani ma non solo, obiettivi quali la salvaguardia del mercato e la competitività delle imprese, nonché, come chiaramente sottolineato nel Libro Verde del 2006²⁸, il mantenimento dell'occupazione ed il suo miglioramento qualitativo. Si è nel contempo sviluppata l'idea che il raggiungimento di detti obiettivi contrasti non solo con la valorizzazione dei diritti sociali, ma anche con le tutele che il diritto del lavoro ha riconosciuto e garantito ai lavoratori, i quali hanno visto piena espressione nell'emanazione dello Statuto dei lavoratori²⁹. La strategia politica della flessibilità del lavoro, tanto in entrata ed in uscita, quanto sul piano funzionale, finisce per apparire quindi come una soluzione alla rigidità ed alla staticità del mercato e degli apparati produttivi, nonché uno strumento potenzialmente in grado di rilanciare l'economia³⁰.

ormai indispensabili in ragione, proprio, delle continue innovazioni di carattere tecnologico e organizzativo» (Cass. 5 aprile 2007, n. 8596, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, p. 4).

28 All'interno del Libro Verde della Commissione Europea del 2006 (Modernizzare il diritto del lavoro per raccogliere le sfide del XXI secolo), si afferma che «*nel contesto della globalizzazione, del processo di ristrutturazione e della progressione verso un'economia fondata sulla conoscenza, i mercati del lavoro europeo devono essere al tempo stesso più inclusivi e più reattivi all'innovazione e al cambiamento. I lavoratori potenzialmente vulnerabili devono avere la possibilità di progredire socialmente per migliorare la loro mobilità e affrontare con successo le loro transizioni sul mercato del lavoro. Le norme giuridiche che sottendono il rapporto di lavoro tradizionale non danno forse un sufficiente margine di manovra ai lavoratori reclutati sulla base di contratti a durata indeterminata standard per esplorare le opportunità di una maggiore flessibilità sul lavoro e non li incoraggiano ad agire in questo senso. La corretta gestione dell'innovazione e del cambiamento implica che i mercati del lavoro prendano in considerazione tre aspetti principali: la flessibilità, la sicurezza nell'occupazione e la segmentazione.*».

29 Sul "cambio di paradigma" vissuto dal diritto del lavoro dei nostri giorni, si veda PERULLI *op. cit.*, p. 4 ss. Si veda, inoltre, CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità nel nuovo quadro giuridico*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 5 ss.

30 A tale proposito, si veda l'incipit del d.l. n. 34/2014, laddove il legislatore delegante afferma che la flessibilizzazione è volta a fronteggiare «*la perdurante crisi occupazionale e l'incertezza dell'attuale quadro economico, nel quale le imprese devono operare, nelle more dell'adozione di un testo unico semplificato della disciplina dei rapporti di lavoro, con la previsione in via sperimentale del contratto a tempo indeterminato a protezione crescente e salva l'attuale articolazione delle tipologie di contratti di lavoro, vista la direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 (.)*». Ed inoltre, «*analogo ragionamento vale (.) per l'attrazione di investimenti stranieri: un mercato del lavoro più efficiente è cruciale per l'attrattività del Paese, esattamente come il costo dell'energia o l'efficienza della pubblica amministrazione*

È in questo contesto che si è collocata la legge di delega n. 183/2014, la quale prevede la revisione della disciplina delle mansioni in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendali. È il testo stesso della delega a sottolineare gli interessi coinvolti: quello dell'impresa all'utile impiego del personale e quello del lavoratore alla tutela del posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche. Pur trattandosi di valori già consolidati all'interno dell'ordinamento, il punto di equilibrio tra gli stessi sembra essere mutato in favore dell'interesse dell'impresa.

Ma vi è di più. Con riferimento al tema del controllo giudiziale, il d.lgs. n. 81/2015 pare perfettamente in linea con le recenti riforme che, partendo dall'art. 30 del Collegato Lavoro e proseguendo con la l. n. 92/2012, si pongono l'obiettivo precipuo di limitare i costi connessi all'imprevedibilità dell'esito dei procedimenti giudiziari concernenti l'esercizio dei poteri datoriali³¹. Con la modifica legislativa in tema di *ius variandi*, cambia la tecnica di configurazione dei limiti al potere datoriale e si verifica il passaggio dal concetto elastico dell'equivalenza all'accertamento del rispetto delle determinazioni formali imposte dalla contrattazione collettiva³². Nell'ottica del legislatore delegato, in presenza di una norma elastica, la quale richiede un'operazione di integrazione valutativa da parte dell'organismo giudiziario³³, il bene della certezza del diritto potrebbe essere

o del sistema giudiziario» ed «il fine ultimo dell'intervento è quello (...) di sostenere in modo complessivo ed organico la crescita dell'economia reale».

31 Con lo sguardo rivolto alla teoria della *Law&Economics*, negli ultimi anni il legislatore è intervenuto con una serie di riforme volte a ridurre la discrezionalità della decisione giudiziaria. Sulla posizione del giudice del lavoro, tra i molti, DEL PUNTA, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative ed aperture del sistema*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 461 ss.; MAZZOTTA, *Il giudice del lavoro, la Costituzione e il sistema giuridico tra metodo e merito*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, p. 235 ss.; CARUSO, *Giudici, giuristi e legislatori davanti alla crisi per un manifesto ermeneutico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, p. 245 ss.

32 In tal senso, BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, in F. CARINCI (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ADAPT University Press, 2015, p. 45 e ss.

33 La formulazione di norme elastiche (dette anche "clausole generali", "nozioni a contenuto variabile", "standards valutativi", "concetti indeterminati", "valvole di sicurezza") comporta che il giudice, in fase di interpretazione, non possa limitarsi ad operare secondo un criterio logico-deduttivo, ossia applicando pedissequamente la norma, in quanto è la stessa applicazione di quest'ultima a richiedere di mettere in atto un delicato bilanciamento di interessi, ossia scelte di valore. L'attività interpretativa del giudice evidenzia il carattere pratico del diritto, il quale non trova sempre compiuta specificazione nel testo legislativo, bensì richiede la ponderazione di principi e valori ad opera dell'organo giudiziario. Dinanzi a siffatto potere, vi è il rischio di minare il principio della certezza del diritto. Sulle norme elastiche la dottrina si è ampiamente spesa fin dagli ultimi decenni del secolo scorso. Tra i molti, ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983; RESCIGNO, *Appunti sulle clausole generali*, in *Dir. dir. comm.*, 1998, I, p. 2; PALMIERI, *Il sindacato giudiziale sulle clausole generali in materia di lavoro pubblico e privato*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 1486; PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013.

in pericolo ed il giudizio potrebbe costituire un elemento di rischio e di diseconomicità.

L'eliminazione del concetto di "mansione equivalente", operata dal d.lgs. n. 81/2015, avrebbe quindi lo scopo di limitare la discrezionalità del giudice, privato della possibilità di compiere giudizi di valore. Il legislatore delegato, infatti, ha di fatto ridotto l'attività giudiziale al semplice accertamento del rispetto di griglie di inquadramento di carattere oggettivo. Pertanto, per quanto concerne il mutamento delle mansioni in senso orizzontale, viene a mancare la protezione che la locuzione "mansione equivalente", seppur oggetto di contrasti interpretativi e di potenziale contenzioso, in questi anni ha garantito. La professionalità, infatti, viene ora tarata esclusivamente sulla posizione formalmente occupata dal prestatore di lavoro all'interno dell'organizzazione aziendale, in virtù delle griglie del sistema di inquadramento³⁴. Sostanzialmente, in forza del passaggio da un'equivalenza sostanziale ad un'equivalenza meramente formale, il datore di lavoro potrà assegnare al lavoratore una diversa mansione sull'unico presupposto della riconducibilità della stessa al medesimo livello e categoria legale di inquadramento, senza tenere in alcuna considerazione il mantenimento e la valorizzazione del profilo professionale acquisito.

Il vincolo del rispetto del medesimo livello è individuato dalla contrattazione collettiva, mentre il rispetto della categoria legale di inquadramento, introdotto solamente in sede di approvazione definitiva del decreto legislativo, costituisce un limite legale. Si ha quindi la valorizzazione ed il rilancio dello strumento della contrattazione collettiva, la quale, attraverso la definizione dei livelli di inquadramento, assume il fondamentale ruolo di perimetrare l'area di esigibilità delle mansioni. Inoltre, il vincolo del rispetto delle categorie legali di inquadramento *ex art. 2095 c.c.*, introdotta appunto solo in sede di approvazione definitiva del decreto, pare ridare vita ad una norma che secondo molti appariva superata fin dagli anni '70 del secolo scorso in ragione dell'introduzione dell' "inquadramento unico", il quale, essendo incentrato sulle declaratorie, sui profili professionali e sulle categorie, aveva di fatto superato la distinzione tra mansioni operaie ed impiegatizie.

Ad un primo limite, rappresentato dal vincolo oggettivo del rispetto del medesimo livello e categoria legale di inquadramento, si affianca il limite dell'assolvimento di un obbligo formativo ogni qual volta l'assegnazione a nuove mansioni lo renda necessario. Tuttavia il legislatore delegato, probabilmente consapevole dell'ampio contenzioso che si sarebbe potenzialmente potuto generare a causa della formulazione di siffatta disposizione in termini così indefiniti, ha precisato espressamente che il mancato assolvimento dell'obbligo formativo non determina in ogni caso la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni.

34 BROLLO, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 1161.

Si tratta di una norma che rappresenta una novità in quanto attribuisce genericamente un obbligo formativo, per la verità non meglio definito, al datore di lavoro, in ragione della mansione che il lavoratore è tenuto a compiere³⁵. Nel nostro ordinamento l'obbligo di impartire una formazione era finora menzionato solamente nelle ipotesi di contratti a contenuto formativo (ad esempio nell'apprendistato) ed in materia di salute e sicurezza dei lavoratori (art. 37, d.lgs. n. 81/2008). L'espletamento della nuova mansione dà vita ad un obbligo formativo solamente «ove necessario» ossia, si ritiene, solamente nelle situazioni eccezionali in cui la nuova mansione sia così diversa rispetto a quella di provenienza da richiedere un bagaglio di esperienze e di competenze di cui il lavoratore è sprovvisto. Sebbene la norma specifichi espressamente che il mancato adempimento dell'obbligo formativo non determina la nullità dell'atto, si può ritenere che, sulla base delle disposizioni civilistiche, dinanzi all'inadempimento datoriale il lavoratore possa sollevare eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c. ed, in ogni caso, chiedere il risarcimento del danno. Il lavoratore potrebbe ugualmente esperire l'azione di adempimento ex art. 1453 c.c., anche in via d'urgenza, al fine di prevenire eventuali conseguenze per lui pregiudizievoli³⁶. Inoltre, la mancanza di adeguata formazione incide fortemente sul vincolo contrattuale laddove il lavoratore non può essere ritenuto responsabile, nel tempo necessario allo stesso per acquisire le competenze necessarie per lo svolgimento della nuova mansione, nonché nel caso di inadempimento dell'obbligo formativo, della cattiva esecuzione della prestazione né degli eventuali danni cagionati a terzi, né, a maggior ragione, può essere disciplinarmente sanzionato per gli errori commessi nello svolgimento della nuova mansione (sempre nel periodo di tempo necessario ad impraticarsi della nuova attività lavorativa).

Vi è infine da evidenziare che, a differenza di quanto accade per lo *ius variandi* in direzione verticale, lo *ius variandi* orizzontale non richiede che il mutamento della mansione venga comunicato in forma scritta al lavoratore, né richiede alcuna causale. Pertanto, l'esercizio del diritto di *ius variandi* da parte del datore di lavoro, nel caso in cui la mansione di provenienza e di destinazione appartengano alla medesima categoria le-

35 Una diversa interpretazione è sostenuta da LISO, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporti di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it, 257/2015, p. 13, laddove l'Autore afferma «con maggiore linearità si potrebbe forse sostenere che il creditore della prestazione lavorativa, più che obbligato alla formazione, sia onerato a fornirla quando necessaria allo svolgimento dei nuovi compiti; derivandone che, in mancanza dell'assolvimento dell'onere, il provvedimento di adibizione alle nuove mansioni non sia valido. Invece il soggetto obbligato sarebbe certamente il lavoratore, L'inadempimento dell'obbligo formativo concretizzerebbe un inadempimento dell'obbligo di prestazione».

36 In tal senso, si veda ZOLI *La disciplina delle mansioni*, in *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, a cura di Fiorillo, Perulli, Torino, 2015, p. 333 ss.

gale ed al medesimo livello di inquadramento, prescinde completamente dal mutamento degli assetti organizzativi aziendali.

A riprova dell'ampiezza della norma e dell'allentamento dei limiti al potere datoriale, si prenda ad esempio la figura del dirigente, la quale non ha, ad eccezione di alcuni specifici settori, alcuna distinzione di livello di inquadramento contrattuale all'interno della categoria legale. Ne consegue che il dirigente, qualora venga adibito dal datore di lavoro a qualsivoglia funzione appartenente alla categoria dirigenziale, anche nel caso in cui nella sostanza venga adibito a funzioni che ne sviliscono la professionalità, non potrà mai ritenersi formalmente demansionato. Pertanto, in linea teorica, le mansioni ricollegabili alla categoria dirigenziale sono tutte esigibili illimitatamente, in quanto all'interno della categoria non vi è la suddivisione in livelli³⁷. Sul piano pratico, l'effetto potrà essere quello di eliminare il contenzioso generato dall'assegnazione del lavoratore a funzioni dirigenziali minori.

Deve inoltre specificarsi che l'art. 3, d.lgs. n. 81/2015, a differenza di altre disposizioni del Jobs Act, si applica universalmente a tutti i lavoratori, senza distinzione tra coloro che sono stati assunti prima e coloro che sono stati assunti dopo l'entrata in vigore della norma. A tale proposito, la sentenza del Tribunale di Roma del 30 settembre 2015³⁸ ha confermato che la nuova disciplina si applica anche ai mutamenti di mansione disposti antecedentemente all'entrata in vigore della norma, in atto alla data del 25 giugno 2015³⁹. Tale interpretazione si fonda sul presupposto che il demansionamento sia un illecito permanente e che pertanto non si consumi nel momento della nuova adibizione, bensì si rinnovi di giorno in giorno. In altri termini, come chiaramente affermato dal Tribunale romano, un demansionamento ritenuto illegittimo in forza della precedente disciplina, può diventare legittimo in ragione dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2015.

37 ZAMBELLI, *Dirigenti "non demansionabili"*, in *Il Sole 24 Ore - Norme e tributi*, 2015, p. 37.

38 Trib. Roma 30 settembre 2015, n. 8195, in *Mass. giur. lav.*, 2015, p. 777 ss., con nota di PISANI, *Riforma della mobilità orizzontale e sua immediata applicabilità*.

39 In senso contrario, il Tribunale di Ravenna aveva ritenuto inapplicabile la normativa sullo *ius variandi* introdotta dall'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015 qualora il fatto generatore del diritto allegato nel giudizio si fosse prodotto nel vigore della legge precedente.

4 **Lo *ius variandi* verticale. Il demansionamento e l'assegnazione definitiva alle mansioni superiori**

Per quanto concerne la mobilità verticale verso il basso, ossia il demansionamento nei termini fino ad oggi conosciuti, viene prevista, fatta salva la conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo, la possibilità di adibire il lavoratore a mansioni appartenenti al livello di inquadramento immediatamente inferiore, purché rientranti nella medesima categoria legale, adducendo una modifica degli assetti organizzativi aziendali che incidano sulla posizione del lavoratore. Facendo un confronto con la disciplina previgente, si evidenzia quindi un'apertura rispetto al tema del demansionamento, il quale era precedentemente concesso solamente in ipotesi eccezionali, laddove, rispetto alla tutela della professionalità, veniva privilegiata la tutela di beni considerati di rango superiore, quali la conservazione del posto di lavoro e la salute⁴⁰.

Innanzitutto, la locuzione «modifica degli assetti organizzativi aziendali» pare costituire un eccesso di delega da parte del Governo⁴¹, laddove il legislatore delegante aveva inteso limitare la revisione della disciplina delle mansioni alle ipotesi di «processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri oggettivi», ossia laddove la modifica peggiorativa delle mansioni costituisse l'effetto di un più ampio processo di modifica aziendale, il quale sarebbe dovuto ricadere sul lavoratore secondo un rigoroso nesso di causalità. Il legislatore delegato, dal canto suo, utilizza una formulazione molto più flessibile e meno rigorosa rispetto a quella prevista nella legge di delega.

Ed è proprio l'utilizzo di tale clausola elastica a suscitare qualche perplessità. Infatti, se da un lato il legislatore delegato ha superato l'incertezza interpretativa che l'espressione "mansione equivalente" poteva generare, adottando una tecnica rappresentata dal filtro formale posto dalla

⁴⁰ La giurisprudenza si è divisa tra un orientamento che ha interpretato il divieto di dequalificazione in termini estremamente rigorosi, ritenendolo inderogabile anche in presenza di comprovate esigenze tecniche ed organizzative (Cass. 8 agosto 1987, n. 6852) o di crisi aziendale (Cass. 8 settembre 1988, n. 5092, in *Notiz. giur. lav.*, 1988, p. 775) e l'orientamento che ha autorizzato la temporanea assegnazione a mansioni inferiori nel caso di esigenze straordinarie ed episodiche (Cass. 10 giugno 1993, n. 6464, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 2333). L'assegnazione a mansioni inferiori è inoltre possibile in ipotesi eccezionali previste dalla legge, quali ad esempio la tutela della lavoratrice madre in periodo di gravidanza o puerperio (art. 3, co. 4, l. n. 1204/1971) o la tutela del lavoratore contro i rischi derivanti da esposizione ad agenti fisici, chimici o biologici durante il lavoro (art. 8, d.lgs. n. 277/1991). Ulteriore ipotesi di legittima assegnazione a mansioni inferiori è quella del lavoratore divenuto fisicamente inidoneo alle mansioni in precedenza svolte, al fine di evitare il licenziamento dello stesso (Cass. 15 gennaio 2004, n. 521, in *Orient. giur. lav.*, 2004, I, p. 66).

⁴¹ In tal senso, si veda anche ZOLI, *op. cit.*, p. 333 ss.

contrattazione collettiva, dall'altro ha introdotto una nuova espressione dal contenuto indeterminato, quella di «modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore». Infatti, proprio in forza dell'indeterminatezza della locuzione, non possono escludersi utilizzazioni strumentali e, conseguentemente, l'incremento del contenzioso in materia di demansionamento. Infatti, ai sensi dell'art. 30 del Collegato Lavoro, in tutti i casi in cui le disposizioni di legge in materia giuslavoristica contengono clausole generali⁴², ivi comprese le norme in tema di instaurazione del rapporto del 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 lavoro⁴³.

42 A seconda del valore semantico attribuito alla "clausola generale", l'art. 30 assume significati radicalmente diversi. In particolare, deve distinguersi tra la tesi che considera le clausole generali come norme o precetti elastici distinte dalle *Generalklauseln* in senso tecnico, ossia norme complete che contengono formulazioni idonee ad identificare un'ipotesi-tipo, un modulo *generico* da applicare alla singola fattispecie in via interpretativa, da quella secondo cui per clausole generali devono intendersi meramente quelle clausole, quali la correttezza e la buona fede, che non stabiliscono regole, bensì contengono enunciazioni di massima o riferimenti a criteri di valutazione del comportamento delle parti che vanno precisati in sede di interpretazione. Ebbene, l'art. 30 del Collegato Lavoro assume un valore o un altro, al punto da potersi considerare privo di concreta applicazione pratica, in conseguenza dell'attribuzione dell'uno o dell'altro significato.

In particolare, secondo una tesi rigorosamente formale, che tiene assolutamente distinte le clausole generali e le norme elastiche, l'art. Collegato Lavoro sarebbe sostanzialmente inapplicabile in quanto, se identificassimo le clausole generali ivi richiamate con la buona fede e la correttezza, saremmo successivamente a rilevare che nessuna delle fattispecie esposte (instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento d'azienda e recesso) contiene una tale previsione (NOGLER, *Prime considerazioni sulla disciplina legislativa delle "clausole generali" in materia di diritto del lavoro*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, Napoli, 2011, p. 929).

Diversamente, una diversa tesi sostiene che il legislatore del Collegato Lavoro, compiendo probabilmente una sostanziale imprecisione concettuale, richiamando le clausole generali abbia inteso riferirsi, più genericamente, a norme e concetti elastici. Secondo tale tesi, l'art. 30 si riferisce quindi alle disposizioni di legge, nelle materie di cui all'art. 409 c.p.c., che contengono le clausole elastiche previste dalla legislazione giuslavoristica (BELLOMO, *Autonomia collettiva e clausole generali*, in *Atti Giornate di Studio AIDLASS su Clausole generali e diritto del lavoro (Roma, 29-30 maggio 2014)*, p. 7, secondo cui, in tema di nozione di clausola generale, «il ventaglio delle disposizioni normative rientranti in quest'area viene considerato da molti interpreti, da buona parte della giurisprudenza nonché, ora, dal legislatore (art. 30 della legge 4 novembre 2010 n. 183) come un territorio più vasto rispetto al ridotto perimetro degli obblighi di correttezza e buona fede»).

43 Tale norma, secondo parte della dottrina, più che rappresentare una norma di portata innovativa, costituisce una mera riproposizione di un orientamento giurisprudenziale consolidato. Sul punto, PERULLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e controllo dei poteri dell'imprenditore: il ruolo e le prerogative del giudice*, in *Il nuovo diritto del lavoro*, Torino, 2014, p. 269, laddove si chiede quanto realistica possa ritenersi tale demarcazione tra sindacato di merito e di legittimità.

Il giudice, quindi, non potrebbe sindacare il merito della scelta, ma dovrebbe piuttosto limitarsi ad un controllo di legittimità, ossia verificare la sussistenza materiale del presupposto che legittima l'esercizio del potere (la ragione legittimante), nonché del nesso causale tra la causa/ragione e l'atto di esercizio del potere. Pertanto, sostanzialmente, il controllo del giudice dovrebbe limitarsi all'accertamento della sussistenza dell'effettiva modifica degli assetti organizzativi e non potrebbe estendersi al punto da sindacare la scelta imprenditoriale che ne è fondamento.

Accanto al limite causale, rappresentato dall'effettiva sussistenza di una modifica degli assetti organizzativi aziendali, l'art. 3 del d.lgs. 81/2015 prevede, a pena di nullità, il rispetto di un vincolo formale, costituito dalla comunicazione che dev'essere data per iscritto dal datore di lavoro al lavoratore in relazione al mutamento di mansioni⁴⁴. Deve peraltro evidenziarsi che il rispetto di tale vincolo di forma *ad substantiam* è previsto esclusivamente nell'ipotesi di demansionamento, mentre non è contemplato nel caso di esercizio dello *ius variandi* in direzione orizzontale.

Inoltre, la possibilità di adibire il lavoratore a mansioni inferiori può essere prevista dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, purché nel limite del rispetto della medesima categoria legale. Vi è da specificare che, anche in questo caso, la comunicazione deve essere data in forma scritta a pena di nullità della nuova assegnazione.

Va infine precisato che, in assenza di una disciplina specifica in tema di ripartizione dell'onere della prova, è necessario attingere ai principi generali in tema di inadempimento contrattuale. Ebbene, come confermato dalla giurisprudenza maggioritaria, l'onere di allegazione dell'inadempimento grava sul lavoratore, mentre la prova dell'adempimento, quale fatto estintivo, incombe sul datore di lavoro⁴⁵. Pertanto, l'onere della prova grava su entrambe le parti del rapporto in relazione ai fatti che ciascuno

⁴⁴ È discutibile se sia configurabile o meno l'obbligo per il datore di lavoro di comunicare i motivi della modifica delle mansioni.

⁴⁵ In questo senso, *ex multis*, «Quando il lavoratore allega un demansionamento riconducibile ad un inesatto adempimento dell'obbligo gravante sul datore di lavoro ai sensi dell'art. 2103 c.c., è su quest'ultimo che incombe l'onere di provare l'esatto adempimento del suo obbligo, o attraverso la prova della mancanza in concreto del demansionamento, ovvero attraverso la prova che fosse giustificato dal legittimo esercizio dei poteri imprenditoriali o disciplinari oppure, in base all'art. 1218 c.c., a causa di un'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di appello che aveva posto in capo ad una giornalista l'onere di provare la circostanza, da lei allegata, che non fosse più adibita come in precedenza alle più qualificanti funzioni di caposervizio)» (Cass. 3 marzo 2016, n. 4211, in *Giust. civ. Mass.*, 2016; nello stesso senso Cass. SS.UU. 6 marzo 2009, n. 5454, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 3, p. 398; Cass. 6 marzo 2016, n. 4766, in *Not. giur. lav.* 2006, 478).

allega⁴⁶, tant'è che il lavoratore deve allegare le circostanze di fatto su cui si fonda la pronuncia di illegittimità, mentre il datore di lavoro deve prendere posizione in maniera precisa circa i fatti posti a fondamento della domanda.

Infine, il quadro si completa con una novità di rilievo rispetto alla precedente disciplina, ossia la possibilità di stipulare, nelle sedi protette di cui all'art. 2113 c.c. e dinanzi alle Commissioni di certificazione, accordi individuali di dequalificazione, ossia di modifica delle mansioni, della categoria legale, del livello di inquadramento e/o della relativa retribuzione.

L'esercizio dello *ius variandi in melius*, ossia l'assegnazione del lavoratore a mansioni di livello superiore, costituiva una legittima prerogativa del datore di lavoro anche in vigenza della precedente disciplina. In breve, l'espletamento di mansioni di livello superiore dà luogo immediatamente, in ottemperanza all'art. 36 Cost., al diritto di percepire il trattamento economico corrispondente alle mansioni superiori, per tutto il periodo in cui venga riconosciuto l'effettivo espletamento delle stesse. Accanto a tale garanzia, l'ordinamento riconosceva, e tuttora riconosce, il diritto di conseguire una promozione automatica, ossia la definitiva assegnazione alle mansioni superiori, una volta decorso il termine previsto dalla contrattazione collettiva o dalla legge.

La nuova disciplina prevede che l'assegnazione divenga definitiva in seguito ad un periodo determinato dalla contrattazione collettiva e che, solo in via suppletiva, ossia in assenza di un'apposita previsione da parte della contrattazione collettiva stessa, viga il termine fissato dalla legge in sei mesi continuativi (anziché i tre previsti dalla norma abrogata), salvo l'assegnazione abbia avuto luogo per ragioni sostitutive. Pertanto, dal dettato letterale della norma, si desume che la contrattazione collettiva potrebbe anche prevedere legittimamente un termine superiore ai sei mesi. Si tratta di una sostanziale novità rispetto alla disciplina previgente, in quanto i tre mesi previsti dal vecchio art. 2103 c.c. costituivano un termine massimo legale, cui la contrattazione non poteva derogare prevedendo un termine superiore. La contrattazione, in altri termini, poteva solo prevedere un termine inferiore, ma non superiore, ad eccezione del mutamento a mansioni di quadro o dirigente, laddove il termine poteva essere esteso a sei mesi.

Inoltre, la disposizione precisa che l'assegnazione diviene definitiva salva diversa volontà del lavoratore, il quale, pertanto, può rifiutarsi di assumere in via definitiva le nuove mansioni superiori. Si tratta di un'ipotesi non prevista precedentemente, la quale, da un lato, evidenzia senz'altro un'attenzione verso la volontà del lavoratore, dall'altro pone il problema

46 «In caso di inadempimento o di inesatto adempimento, è vero che grava sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento, ma è pur vero che sul creditore incombe comunque l'allegazione dell'inesattezza dell'adempimento» (Cass. 8 luglio 2014, n. 15527, in *Giust. civ. Mass.*, 2014).

di accertare che quest'ultima non sia coartata dal datore di lavoro. Inoltre, appare paradossale che, sulla base del dettato letterale della norma, il lavoratore possa rifiutare la promozione automatica, ma nel contempo non possa rifiutare di svolgere le mansioni superiori cui è stato adibito.

5 Il ruolo della contrattazione collettiva e dell'autonomia individuale

A fronte delle modifiche legislative, sembra quindi che il diritto del lavoro miri ad aggirare quei limiti al potere datoriale ritenuti fino ad ora pacificamente inderogabili. Per ottenere tale scopo, il *Jobs Act* opera su più livelli: attraverso la modifica legislativa dell'art. 2103 c.c., attraverso la possibilità di deroghe *in peius* da parte della contrattazione collettiva, anche aziendale, nonché attraverso accordi individuali.

Per quanto concerne lo strumento della contrattazione collettiva in relazione al tema del mutamento di mansioni, non può che evidenziarsi una notevole apertura laddove il legislatore della legge di delega, attraverso la rimozione del limite legale (ad eccezione del mantenimento della categoria legale di inquadramento) ed il richiamo alla contrattazione collettiva, ha manifestato l'evidente volontà che sia proprio quest'ultima a perimetrare l'area di esigibilità delle mansioni, tanto con riferimento allo *ius variandi* orizzontale, tanto in relazione al demansionamento, nonché all'individuazione del termine per l'assegnazione definitiva a mansioni superiori. In tal senso, si può notare come il legislatore, allo scopo di ovviare alle rigidità del passato, nonché alle incertezze che un procedimento giudiziario poteva generare in presenza di un concetto indeterminato quale l'equivalenza, ha attribuito alla contrattazione collettiva il ruolo di delimitare l'area di esigibilità della mansione, ruolo che, fino all'entrata in vigore del decreto, era assegnato al giudice⁴⁷.

La contrattazione collettiva sarà quindi incentivata ad elaborare nuovi livelli di inquadramento, tenendo in considerazione la mobilità all'interno e tra gli stessi⁴⁸. Ad esempio, è auspicabile un intervento della contrattazione collettiva con riferimento alla categoria dei dirigenti, laddove, in assenza di livelli di inquadramento, il potere di *ius variandi* potrebbe, come già evidenziato precedentemente, estendersi eccessivamente in direzione orizzontale.

47 In tal senso, BROLLO, *op. ult. cit.*, p. 1164.

48 LISO, *op. ult. cit.*, p. 9. Si veda inoltre ZOLI, *loc. cit.*, laddove l'Autore ritiene che l'equo bilanciamento tra esigenze aziendali e interessi dei lavoratori debba essere rimesso alle parti sociali, le quali possono adottare soluzioni flessibili, ad esempio in tema di mansioni promiscue o fungibili o di rotazione in mansioni diverse e che sia necessario un ripensamento dei sistemi classificatori, specialmente nei settori in cui sono stati adottati modelli di inquadramento a fasce larghe (c.d. *broad banding*).

Vi è da sottolineare peraltro come non solo l'art. 3 del d.lgs. 81/2015 richiami con forza la contrattazione collettiva, ma l'intero decreto, attraverso la ripetuta previsione della formulazione «salvo diversa disposizione dei contratti collettivi», incentivi nettamente la stessa. Siffatta formulazione prevede dunque espressamente la possibilità che la contrattazione collettiva deroghi, anche *in peius*, alla disposizione normativa. Deve peraltro rammentarsi che già l'art. 8 della l. n. 148/2011 aveva attribuito ai contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale (c.d. accordi di prossimità) la possibilità di introdurre deroghe, anche *in peius*, alle disposizioni del contratto collettivo nazionale di lavoro o di legge laddove le stesse riguardino l'organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e all'inquadramento del personale. Tuttavia, le intese devono essere volte «*alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività*».

La contrattazione collettiva viene inoltre richiamata, se non altro all'interno dell'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015, senza alcuna aggettivazione⁴⁹. L'art. 51 del medesimo decreto chiarisce a tale proposito che, salvo diversa previsione, per contratti collettivi devono intendersi i contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, nonché i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria.

Il legislatore delegato, tuttavia, ad una flessibilità organizzativa non intende far corrispondere una flessibilità della retribuzione⁵⁰. Il mantenimento della retribuzione acquisita, tanto sotto il profilo statico quanto sotto quello dinamico, e del livello di inquadramento rimangono infatti requisiti essenziali della disciplina, non aggirabili attraverso il potere unilaterale del datore di lavoro, bensì esclusivamente attraverso un accordo individuale sottoscritto tra datore e lavoratore nelle sedi di cui all'art. 2113, co. 4, c.c., ossia dinanzi al Giudice *ex art.* 185 c.p.c., dinanzi alle Commissioni

49 L'art. 3, co. 4, d.lgs. n. 81/2015 prevede che «*ulteriori ipotesi di assegnazione a mansioni appartenenti a livello di inquadramento inferiore, purché rientranti nella medesima categoria legale, possono essere previste dai contratti collettivi*»; il co. 7 «*nel caso di assegnazione a mansioni superiori il lavoratore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta e l'assegnazione diviene definitiva, salvo diversa volontà del lavoratore, ove la medesima non abbia più avuto luogo per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio, dopo il periodo fissato dai contratti collettivi o, in mancanza, dopo sei mesi consecutivi*».

50 Per quanto concerne la retribuzione, tuttavia, è fatta eccezione per gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa. Pertanto, se alle mansioni assegnate originariamente erano legate delle speciali indennità, queste verranno meno con le nuove mansioni inferiori.

provinciali di conciliazione *ex art.* 410 c.p.c., in sede sindacale *ex art.* 411 c.p.c., ovvero dinanzi alle Commissioni di certificazione.

Nelle sedi assistite, infatti, il lavoratore ed il datore possono stipulare un patto modificativo delle mansioni, della categoria legale, della retribuzione e del livello di inquadramento (senza alcun limite con riferimento al rispetto del numero di inquadramenti inferiori, né delle categorie legali). La nuova disposizione specifica che l'accordo sottoscritto deve però essere nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita del lavoratore⁵¹. Ad eccezione della prima, si tratta di ipotesi remote ma esistenti, quali quelle rappresentate da un soggetto che vuole cambiare mansione per sviluppare la propria professionalità in ambito differente (si pensi ad esempio ad un progettista desideroso di sviluppare la propria professionalità in ambito commerciale o viceversa) o ad un lavoratore che intende svolgere mansioni che gli consentano condizioni di vita migliori in una prospettiva di conciliazione tra vita e lavoro (si pensi ad esempio ad un soggetto desideroso di cambiare mansione per avere più tempo libero o per non essere costretto a trasferte).

Tuttavia, tali accordi individuali, sebbene sottoscritti nelle sedi protette, potrebbero essere esposti al rischio di abusi, risultando contaminati da un pregiudizio di fondo, rappresentato dalla posizione di tendenziale debolezza in cui verte un lavoratore che potrebbe trovarsi nella posizione di dover scegliere tra la riduzione della retribuzione, del livello di inquadramento o addirittura della categoria legale, da una parte, e la perdita del posto di lavoro, dall'altra. Deve infatti evidenziarsi che l'accordo sottoscritto tra le parti in sede protetta non consiste, come abitualmente accade, in un accordo transattivo (in occasione del quale il lavoratore dispone di diritti già acquisiti), bensì in una nuova regolamentazione, valida per il futuro, relativa alle condizioni del rapporto di lavoro in essere. Vi è dunque da chiedersi quale sia il margine di sindacabilità di detti accordi, ossia se gli stessi possano essere oggetto di impugnazione in sede giudiziale. Ebbene, elemento imprescindibile per la validità del patto di demansionamento è l'interesse del lavoratore, in assenza del quale quest'ultimo potrebbe invocare la nullità dell'accordo dinanzi all'organo giudiziario⁵². La Cassazione, ha specificato che «è *legittimo il patto di demansionamento che, sotto-*

51 In tal senso, la disciplina si pone in sintonia con il d.lgs. n. 80/2015 sulle misure per la conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro in attuazione dell'art. 1, co. 8 e 9, della l. 10 dicembre 2014, n. 183.

52 In tal senso, DE ANGELIS, *Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* - 263/2015, p. 9, secondo cui «la nullità deve inoltre ritenersi operare in mancanza di quell'interesse del lavoratore che il decreto ha contemplato così riconoscendo il controllo giudiziale sullo stesso merito dell'intesa modificativa sia pure con riguardo all'esistenza dell'interesse stesso».

scritto dal lavoratore che manifesti un consenso non affetto da vizi della volontà, ai soli fini di evitare un licenziamento, gli attribuisca mansioni inferiori a quelle per le quali era stato assunto o che aveva successivamente acquisito, in mancanza di diverse soluzioni alternative all'estinzione del rapporto di lavoro: a tale condizione essendo equiparabile la fattispecie integrata da presupposti fattuali prodromici al licenziamento (quali, nel caso di specie, il rifiuto di trasferimento a sede di lavoro diversa, distante oltre centocinquanta chilometri da quella di precedente prestazione dell'attività lavorativa, non più ivi esercitabile nelle mansioni medesime o corrispondenti, per soppressione della relativa unità)»⁵³.

6 Il difficile bilanciamento tra valori ed il controllo giudiziale

L'analisi della nuova disciplina dell'art. 2103 c.c. ci pone di fronte ad un sostanziale allentamento della rigidità che ha connotato, negli scorsi decenni, l'utilizzo dello strumento gestionale dello *ius variandi*. La riforma del *Jobs Act* in materia di mutamento di mansioni, altro non è che un esempio emblematico del radicale cambiamento che sta affrontando il diritto del lavoro dei nostri tempi. Ispirato ad una cultura neo-liberale proclamata a gran voce dalle istituzioni economiche internazionali, il *Jobs Act* ha inciso profondamente sulla matrice disciplinare del rapporto di lavoro, considerato sempre più un comune contratto di scambio e sempre meno un rapporto di potere che necessita di essere riequilibrato in favore della parte debole. Dinanzi ad un mondo in continuo cambiamento, il legislatore delegato infatti, prendendo atto dell'incertezza che connotava lo *ius variandi*, ha inteso incentivare l'utilizzo di tale strumento gestionale, rendendo di fatto prevedibile *ex ante*, da parte del datore, la valutazione circa la legittimità dell'esercizio dello stesso⁵⁴.

Alla semplificazione della disciplina sembra conseguire un radicale cambiamento nel ruolo del giudice. Lo stesso infatti parrebbe doversi limitare a compiere un accertamento di tipo oggettivo, ossia accertare la riconducibilità delle nuove mansioni al medesimo livello e categoria legale di quelle precedenti, in ragione delle previsioni della contrattazione collettiva. Si verifica quindi il passaggio da una tutela giurisdizionale di tipo sostanziale, dove il giudice accertava la sostanziale equivalenza tra la mansione di partenza e di destinazione, ad una tutela di tipo formale, dove il giudice si limita all'accertamento della riconducibilità della mansione di partenza e

⁵³ Cass. 6 ottobre 2015, n. 19930, in *Dir. & giust.*, 2015, n. 36, p. 20, con nota di MARINO, *Se l'alternativa è il trasferimento del lavoratore a 150 km di distanza, il patto di demansionamento è legittimo*.

⁵⁴ BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, in *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo ius variandi*, a cura di F. Carinci, ADAPT University Press, 2015, p. 50.

di destinazione al medesimo livello e categoria legale di inquadramento. In tal senso, le nuove norme del *Jobs Act* rischiano di rendere meccanico il ruolo del giudice, relegando lo stesso a semplice notaio della procedura. A fronte di una marcata semplificazione, pare interessante chiedersi quale margine di sindacabilità permanga in tema di *ius variandi*, ossia se sia di fatto superata la necessità di un giudizio di valore ad opera del giudice e quali conseguenze risarcitorie comporti la violazione dell'art. 2103 c.c.

Ebbene, con riferimento alle tutele giurisdizionali, la giurisprudenza *ante* riforma ha confermato che, in caso di demansionamento illegittimo, il risarcimento debba estendersi tanto al danno patrimoniale⁵⁵, quanto a quello non patrimoniale qualora dal demansionamento derivi una lesione di un bene costituzionalmente protetto, quale la dignità del lavoratore⁵⁶.

Inoltre, non esistendo criteri normativi legali per la liquidazione del danno da demansionamento, il danno alla professionalità può ottenere risarcimento in via equitativa⁵⁷ ed attraverso la condanna all'adempimento in forma specifica, consistente nella condanna del datore di lavoro alla rimozione degli effetti del suo comportamento illegittimo⁵⁸.

Per quanto riguarda il controllo giudiziale, dinanzi a tale processo riformatore, soprattutto in una fase in cui la contrattazione collettiva non si è ancora adeguata al nuovo ruolo attribuitole, ossia quello di delimitare il margine di esigibilità della prestazione attraverso i livelli di inquadramento, sarebbe auspicabile una nuova responsabilizzazione del datore di

55 In tal senso, la Suprema Corte ha affermato che «il demansionamento illegittimo impone al datore di lavoro un obbligo risarcitorio che deve riguardare tutti gli aspetti del pregiudizio subito dal lavoratore, da accertare secondo le circostanze del caso concreto; per quanto riguarda il danno patrimoniale, esso deve essere riferito a ogni perdita di guadagno, conseguente all'illegittima modifica delle mansioni, restando irrilevante la circostanza che determinate voci retributive, decurtate a seguito dell'illegittimo demansionamento, avrebbero potuto subire variazioni anche in ipotesi di legittimo esercizio dello "ius variandi" (fattispecie riferita alla perdita dei cd. "decimi di seniorità")» (Cass. 24 marzo 2010, n. 7046, in *Dir. & Lav.*, 2010, con nota MERONI, *Sulla riduzione della retribuzione nell'ipotesi di illegittimo esercizio dello ius variandi*).

56 *Ex multis*, App. Firenze 13 luglio 2009, in *Dir. & Lav.*, 2009, con nota ROTA, *Dequalificazione professionale e danno liquidabile dopo le decisioni delle*.

57 In tal senso, «il danno conseguente al demansionamento, essendo impossibile da provare nel suo preciso ammontare, deve essere quantificato - nei limiti del danno differenziale per quanto concerne il danno biologico - ricorrendo all'equità di cui all'art. 1226 c.c. avendo riguardo alla durata e all'entità del demansionamento, nonché alla notorietà della condizione di dequalificazione del lavoratore, senza operare alcuna distinzione tra i periodi di lavoro e i periodi di assenza per malattia, causalmente collegati al demansionamento, permanendo anche durante tali periodi la situazione di sconforto, stress, sofferenza e preoccupazione del lavoratore per la propria posizione lavorativa» (Trib. Monza 23 luglio 2009, in *Dir. & Lav.*, con nota HUGE, *Ancora in tema di danni da demansionamento*).

58 Cass. 20 gennaio 2001, n. 835, in *Lav. prev. oggi*, 2001, p. 357; Trib. Milano 26 aprile 2000, in *Dir. & Lav.*, p. 750.

lavoro attraverso la valorizzazione, da parte dei giudici, di strumenti di governo della discrezionalità privata, già presenti nel nostro ordinamento. Pensiamo in particolare ai principi civilistici di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.⁵⁹, cui la giurisprudenza in materia di mutamento di mansioni già in passato ha fatto richiamo, stabilendo che «*le clausole generali impediscono che l'esercizio della discrezionalità possa sfociare in discriminazione, vessazione o, comunque, in un mero arbitrio in danno della controparte*»⁶⁰. Tuttavia, la giurisprudenza consolidatasi in passato ha riservato un ruolo modesto alle clausole di correttezza e buona fede in relazione al tema del mutamento di mansioni, ritenendo che le stesse non possano autonomamente imporre al datore di lavoro obblighi di giustificazione o di motivazione del provvedimento.

In quest'ottica, si auspica un controllo giudiziale più serrato, al fine di evitare che il datore di lavoro possa esercitare arbitrariamente il proprio potere di *ius variandi*, pur all'interno dei limiti stabiliti dalla nuova norma di cui all'art. 2103 c.c. La clausola di buona fede rappresenta quindi lo strumento attraverso cui il potere giudiziario può verificare che il datore di lavoro operi in prima persona un efficiente bilanciamento di valori, considerando, alla luce delle mutevoli esigenze aziendali, tanto la salvaguardia della competitività quanto quella della professionalità del lavoratore, richiamata espressamente, lo si ricorda, all'interno del testo della legge di delega. In sostanza, il controllo giudiziale non può limitarsi all'accer-

59 Parte della giurisprudenza, nel corso degli anni, ha ritenuto che le disposizioni relative dall'esercizio del potere discrezionale siano suscettibili di essere integrate e precisate dalle clausole generali di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. Infatti, sono oggi numerose le pronunce della giurisprudenza di legittimità in cui si rinvencono limiti interni ai poteri datoriali. Ad esempio, «*in materia di procedure concorsuali di assunzione e promozione del personale, il sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere datoriale può essere esercitato nei casi in cui esso non sia rispettoso dei canoni generali di correttezza e buona fede, o sia affetto da manifesta inadeguatezza o irragionevolezza oppure arbitrarietà, sicché la valutazione delle prove concorsuali con criteri diversi da quelli indicati nel bando, da ritenersi predefiniti e vincolanti, inficia il diritto soggettivo dei singoli concorrenti al rispetto di tali criteri, a prescindere dall'accertamento del rapporto di causalità tra il corretto svolgimento della prova e l'utile collocazione fra gli idonei dei candidati interessati*» (Cass. 28 maggio 2013, n. 13176, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, nello stesso senso Cass. 18 gennaio 2011, n. 1075, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, p. 73; Cass. 3 marzo 2010, n. 5119, in *Giust. civ. mass.*, 2010, III, p. 319). Allo stesso modo, il datore di lavoro ha l'obbligo di motivare le valutazioni e le note di qualifica, in modo tale da consentire l'accertamento dell'eventuale sussistenza di intenti discriminatori o di ritorsione, motivi illeciti o irragionevoli. In particolare, «*le valutazioni del datore di lavoro non sono insindacabili in giudizio, poiché il datore di lavoro è soggetto ai limiti posti da eventuali criteri obiettivi previsti dal contratto collettivo ed agli obblighi contrattuali di correttezza e buona fede di cui agli art. 1175 e 1375 c.c.; inoltre, l'indagine giudiziale sulla correttezza di tali valutazioni costituisce accertamento di fatto riservato al giudice soggetto unicamente al controllo di idoneità della motivazione da parte della Cassazione*» (Cass. 11 febbraio 2008, n. 3227, in *Giust. civ. mass.* II, p. 204, nello stesso senso Cass. 20 giugno 2003, n. 9898, in *Giust. civ. Mass.*, p. 6).

60 Cass. 10 maggio 2002, n. 6763, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 46.

tamento del rispetto formale della norma di cui all'art. 2103 c.c., bensì, considerato che l'esercizio del potere di *ius variandi*, così come concepito dalla riforma, può di fatto comportare la lesione di diritti fondamentali del lavoratore, deve valutare la razionalità e la proporzionalità dell'atto all'interno dell'ordinamento. Riprendendo il concetto di proporzionalità elaborato dalla Corte di Giustizia dell'UE, sarebbe auspicabile un controllo volto a verificare l'esistenza di un nesso di causalità tra la lesione del diritto costituzionalmente garantito, nel caso di specie la professionalità, ed il fine prefissato, che non vi siano mezzi più miti che il datore di lavoro potrebbe adottare in vista del medesimo fine ed, infine, che la lesione non sia sproporzionata rispetto al fine perseguito. In tal senso, la giurisprudenza potrebbe ad esempio ritenere che, pur in presenza di una modifica degli assetti organizzativi aziendali, il demansionamento sia possibile solamente laddove lo stesso costituisca un'*extrema ratio*, ossia laddove non vi siano posti occupabili all'interno del livello di inquadramento posseduto⁶¹.

Ed inoltre, la scelta di chi demansionare tra più lavoratori, nell'ipotesi di modifica degli assetti organizzativi aziendali, non potrà essere arbitraria, bensì dovrà essere improntata al rispetto delle clausole di correttezza e buona fede. L'utilizzo di tali clausole in relazione ai criteri di scelta non rappresenterebbe peraltro una novità. La Suprema Corte, in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ove non sia applicabile la disciplina dei licenziamenti collettivi, ha infatti affermato che il datore non è libero di decidere arbitrariamente con quale prestatore di lavoro interrompere il rapporto, ma deve in ogni caso operare tale scelta nel rispetto dei principi della buona fede e della correttezza⁶².

Infine, a salvaguardia del patrimonio personale e professionale del lavoratore, si ritiene che, nel caso di demansionamento o comunque di mutamento sostanziale delle mansioni, il datore di lavoro non potrebbe imporre al lavoratore di continuare a svolgere la nuova mansione né di accollarsi il costo dell'indennità di preavviso nel caso di dimissioni dello stesso. Vi è da sottolineare infatti che, a garanzia della posizione del lavoratore,

61 In tal senso, LISO, *op. ult. cit.*, p. 12.

62 In tal senso, «nel caso di licenziamento per ragioni inerenti l'attività produttiva e l'organizzazione del lavoro, ai sensi della L. n. 604 del 1966, art. 3, se il giustificato motivo oggettivo consiste nella generica esigenza di riduzione di personale omogeneo e fungibile, il datore di lavoro deve pur sempre improntare l'individuazione del soggetto (o dei soggetti) da licenziare ai principi di correttezza e buona fede, cui deve essere informato, ai sensi dell'art. 1175 c.c., ogni comportamento delle parti del rapporto obbligatorio e quindi anche il recesso di una di esse. Il giudice di merito, affermando apoditticamente che il datore non era tenuto ad adottare criteri di scelta per l'individuazione dell'unico soggetto da licenziare, invece, non ha verificato se nel caso di specie la scelta fosse stata effettuata nel rispetto dei detti canoni di correttezza e buona fede e, quindi, sulla base di un criterio improntato a razionalità e graduazione delle posizioni dei lavoratori interessati» (Cass. 28 marzo 2011, n. 7046, in *Dir. rel. ind.*, 2011, III, p. 787 ss.).

una soluzione analoga, nel senso della giusta causa delle dimissioni, è già stata adottata in tema di trasferimento d'azienda. L'art. 2112 c.c. prevede infatti che il lavoratore, nel caso in cui in conseguenza del trasferimento d'azienda le condizioni del lavoratore subiscano una sostanziale modifica, possa rassegnare le proprie dimissioni per giusta causa entro tre mesi dal trasferimento stesso. Ebbene, non vi sarebbe da stupirsi se, accostando le due fattispecie, anche le dimissioni rassegnate da un lavoratore a causa del mutamento *in peius* delle mansioni venissero considerate rassegnate per giusta causa e non venisse quindi imputato al lavoratore il costo dell'eventuale preavviso non lavorato⁶³.

Un serrato controllo sulla discrezionalità dell'esercizio del potere datoriale, imperniato sul rispetto dei principi civilistici di correttezza e buona fede di cui agli articoli 1175 e 1375 c.c., produrrebbe quindi, se sistematicamente attuato, un nuovo giudizio di valore sulla legittimità dell'esercizio dello *ius variandi* ed il giudice manterrebbe il ruolo essenziale di garante del rispetto dei valori fondamentali della Costituzione, ossia di «*estremo terminale della giustizia (del singolo caso) ed insostituibile mediatore sociale e culturale*»⁶⁴.

Bibliografia

BETTINI, *Mansioni del lavoratore e flessibilizzazione delle tutele*, Giappichelli, Torino, 2014.

BINI, *Dall'equivalenza professionale all'equivalenza economica delle mansioni. Questioni ermeneutiche e prime osservazioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 1240 ss.

BROLLO, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 1456 ss.

BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento. Art. 2103 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, diretto da Schlesinger, Milano, 1997, p. 673 ss.

BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, in F. CARINCI (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo ius variandi*, ADAPT University Press, 2015, p. 28 ss.

63 In tal senso, BAROZZI, *op. cit.*, p. 41. L'Autore sottolinea che un ulteriore precedente analogo si rinviene nella contrattazione collettiva, laddove l'art. 24, CCNL dirigenti commercio e l'art. 16, CCNL industria prevedono che il dirigente, nel caso di mutamento di mansioni sostanzialmente incidente sulla sua posizione, abbia il diritto di risolvere entro 60 giorni il rapporto di lavoro e di percepire l'indennità sostitutiva del preavviso per licenziamento.

64 MAZZOTTA, *Il giudice del lavoro, la costituzione e il sistema giuridico: fra metodo e merito*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, p. 239.

- CAMPANELLA, *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro* (relazione AIDLASS 2014). URL http://www.aidlass.it/wp-content/uploads/2015/11/Giornate-di-Studio-Aidlass_2014_Campanella.pdf.
- CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità nel nuovo quadro giuridico*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 1 ss.
- DE ANGELIS, *Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 263/2015.
- DE FEO, *La nuova nozione di equivalenza professionale*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 853 ss.
- FERLUGA, *Tutele del lavoratore e disciplina delle mansioni. Innovazioni tecnologiche e vincoli normativi*, Milano, 2012.
- FERRANTE, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato. Eccezione di inadempimento, rifiuto di obbedienza, azione diretta individuale*, Torino, 2004.
- GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963.
- LISO, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporti di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 257/2015.
- LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982.
- MAGNANI, *Organizzazione del lavoro e professionalità tra rapporti e mercato del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 101 ss.
- MISCIONE, *Jobs Act: le mansioni e la loro modificazione*, in *Lav. giur.*, 2015, p. 437 ss.
- NUZZO, *Il nuovo art. 2103 c.c. e la (non più necessaria) equivalenza professionale delle mansioni*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, p. 1047 ss.
- PANIZZA, *Ius variandi e oneri probatori: su chi grava la prova dell'osservanza o dell'inosservanza della regola dell'equivalenza*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 1342 ss.
- PAOLITTO, *La nuova nozione di equivalenza delle mansioni. La mobilità verso il basso: condizioni e limiti*, in *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, a cura di Ghera, Garofalo, Cacucci ed., Bari, 2015, p. 155 e ss.
- PERSIANI, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina delle mansioni e dei trasferimenti dei lavoratori*, in *Dir. lav.*, 1971, p. 11 ss.
- PISANI, *La modificazione delle mansioni*, Franco Angeli, Milano, 1996.
- PISANI, *Riforma della mobilità orizzontale e sua immediata applicabilità*, in *Mass. giur. lav.*, 2015, p. 780 ss.
- SARACINO, *Le mansioni superiori*, in *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, a cura di Ghera, Garofalo, Cacucci ed., Bari, 2015, p. 187 ss.
- SARTORI, *Limiti allo ius variandi e flessibilità: i paradossi della giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, p. 654 ss.

- SARTORI, *Il testo unico sulle tipologie contrattuali e le mansioni: un nuovo equilibrio tra flessibilità e tutele*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, p. 231 ss.
- VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 262/2015.
- ZOLI, *La disciplina delle mansioni*, in *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, a cura di Fiorillo, Perulli, Torino, 2015, p. 333 ss.

Osservatorio

TRIBUNALE DI VERONA, Ordinanza, 12 dicembre 2014, n. 95 (ord.) Platania Estensore

Contratto di *rent to buy* – Autonomia Contrattuale – Locazione (d.l. 12 settembre 2014, n. 133; c.c., art. 1322; l. 27 luglio 1978, n. 392).

Il contratto di rent to buy, disciplinato dall'art. 23, del decreto l. n. 133 del 12 settembre 2014, convertito dalla l. n. 164 dell' 11 novembre 2014, rappresenta una nuova fattispecie contrattuale non assimilabile al contratto di locazione. Alle parti è consentito, pertanto, determinarne autonomamente il contenuto.

MOTIVI DELLE DECISIONE – Il giudice delegato letta l'istanza, ritenuto che il contratto di *rent to buy*, come disciplinato dall'art. 23, d.l. 133/2014, rappresenta un nuovo contratto non assimilabile al contratto di locazione e che pertanto a esso non è applicabile la disciplina del contratto di locazione, con particolare riferimento alla durata minima, ha così disposto:

- Le parti possono determinarne il contenuto in modo autonomo.
- È possibile prevedere una durata non superiore a tre anni.
- È autorizzabile la stipula del contratto, nei termini indicati nella proposta, in ragione della durata ipotizzata di tre anni – compatibile con la durata ragionevole della procedura.
- La proposta contrattuale deve essere integrata dalla data di rilascio immediato dell'immobile alla scadenza dei tre anni; qualora il conduttore non intenda esercitare l'opzione di acquisto.
- Ai fini dell'ottenimento del titolo esecutivo, l'atto dovrà essere stipulato per mezzo di notaio (a spese del conduttore); tale atto dovrà recare la data di scadenza di rilascio dell'immobile intendendosi, con ciò, che esso dovrà essere liberato – alla scadenza – da persone o cose di proprietà del conduttore.
- Autorizza la stipula del contratto alle condizioni indicate nello schema contrattuale proposto e alle sopraindicate precisazioni.

Digressioni sul tema del *rent to buy* a partire da Tribunale di Verona, 12 dicembre 2014, n. 95

Anna Russo

(Dottoranda di ricerca in Diritto, mercato e persona nell'Università Ca' Foscari Venezia)

Abstract The first jurisprudential order on the new rent-to-buy contract, issued by the court of Verona on 12th December 2014, n. 95, allows a reflection on this type of agreement. This contract – which allows a party to immediately use a building, and afterwards make a decision on the purchase using some of the money already paid – is analysed, in its structure, comparing it to the legal instruments used before its introduction. Through this analysis, it can be inferred that this contract is only formally recognised by the law, but not strictly codified in its content, allowing the parties involved to have considerable contractual freedom. Therefore, it may efficiently be used in B2B negotiations.

Sommario 1. La recente disciplina dell'art. 23, d.l. 12 settembre 2014, n. 133. – 2. Il *rent to buy* legislativo e le (diverse) prassi contrattuali precedenti alla luce della prima applicazione giudiziale (Trib. Verona, 12 dicembre 2014, n. 95). – 3. I connessi problemi di qualificazione giuridica. – 4. L'applicazione del *rent to buy* all'interno dei rapporti B2B: nuovi profili applicativi.

Keywords Contratto di *rent to buy*. Autonomia contrattuale. Locazione.

1 La recente disciplina dell'art. 23 d.l. 12 settembre 2014, n. 133

L'art. 23, d.l. 12 settembre 2014, n. 133¹ ha introdotto nel nostro ordinamento una nuova fattispecie contrattuale già nota nella prassi come *rent to buy*, espressione tradotta in termini di «accordo di godimento in funzione della successiva alienazione di beni immobili»².

A pochi mesi dall'entrata in vigore del provvedimento, il Tribunale di Verona si è pronunciato sulla qualificazione giuridica di tale operazione ne-

1 Il d.l. 12 settembre 2014, n. 133 (c.d. Decreto sblocca Italia) è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 12 settembre 2014, n. 212 ed è entrato in vigore il giorno successivo (art. 45). Esso è stato convertito, con modificazioni, dalla l. 11 novembre 2014, n. 164, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana l'11 novembre 2014, n. 262, S.O. n. 85 ed entrata in vigore il giorno successivo (art. 1). In sede di conversione l'art. 23 è stato modificato con l'introduzione del co. 1-bis.

2 Cfr. sul punto i documenti «Commissioni Riunite VIII lavori Pubblici e XIII ambiente e territorio AS 1413 d.l. 47/2014 – Misure urgenti per l'emergenza abitativa, per il mercato delle costruzioni e per Expo 2015» (presentato dal Consiglio Notarile presso il Senato della Repubblica il 15 aprile 2014 a Roma) e «Relazione di accompagnamento alla Conversione in legge del d.l. 12 settembre 2014, n. 133» (presentata alla Camera il 12 settembre 2014, p. 25 ss.).

goziale fornendo una prima concreta applicazione del disposto normativo³.

Sebbene la pronuncia si collochi nell'ambito di una procedura fallimentare, tuttavia - la stessa - ha modo di rilevare che il *rent to buy* si propone in termini di «nuovo contratto non assimilabile al contratto di locazione». Tale decisione offre, pertanto, la possibilità per alcune riflessioni.

Il contratto di *rent to buy* rientra nell'ambito di quegli accordi volti a favorire l'acquisizione della proprietà di beni immobili, e ripropone la prassi del rinnovamento degli strumenti giuridici nei periodi di crisi economiche; ove l'esigenza di sopperire alla mancanza di liquidità suggerisce tanto la creazione di nuovi strumenti giuridici di circolazione della ricchezza quanto, più spesso, l'adattamento di schemi già noti a nuove esigenze⁴.

Le considerazioni sopra esposte valgono anche per il *rent to buy*⁵,

3 La decisione in commento nasce dalla richiesta avanzata dal curatore di un fallimento di ricevere l'autorizzazione alla stipula di un accordo nel contesto della procedura di vendita di un'azienda. Cfr. Trib. Verona, Sez. Fall., autorizzazione, 12 dicembre 2014, n. 95 rintracciabile in <http://www.ilcaso.it/articoli/t-verona.pdf> giuridica.net/sentenza/tribunale-ordinario.

4 Varie fattispecie contrattuali testimoniano la generale tendenza alla rielaborazione di strumenti giuridici; a tal proposito si può citare la fattispecie della compravendita con prestazione da parte del venditore della garanzia di redditività annua, garantita mediante la corresponsione all'acquirente di un conguaglio annuo pari alla differenza rispetto al reddito percepito in base alle locazioni. Cfr. sul punto Cass., 25 marzo 2009, n. 7225, in *Giust. Civ.* 2010, p. 111, con nota di CARNICELLI. A titolo di esempio, può anche citarsi la prassi dell'inserimento nei contratti preliminari della clausola che subordina l'impegno dell'acquirente all'ottenimento del mutuo rivolto a procurare la somma da versare successivamente come prezzo. Cfr. sul punto Cass., 3 dicembre 2009, n. 25401, in <http://www.ilsole24ore.com>. Infine, si può citare la prassi per cui il proprietario di immobile stipula un contratto di locazione di un immobile che dopo pochi giorni egli stesso aliena convenendo con l'acquirente di mantenerne comunque il godimento. Sulla circostanza per cui tale contratto non integri necessariamente una simulazione, assecondando piuttosto l'aspirazione del venditore di continuare ad abitare nell'alloggio alla cui proprietà ha dovuto rinunciare, a titolo diverso cfr. Cass., 16 marzo 1984, n. 1808, in *GCM*, 1984, f. 3-4.

5 Accanto al *Rent to buy* si pongono due figure affini come il *Buy to rent* e l'*Help to buy*. Con tali espressioni si intende: nel primo caso, un contratto di compravendita immediatamente traslativo della proprietà con la particolare pattuizione per cui il prezzo sarà pagato in un certo numero di rate, e per cui, in caso di inadempimento, la proprietà si ritrasferirà in capo al venditore; nel secondo, un contratto preliminare preordinato al versamento a rate di caparre e di acconti da parte dell'acquirente, al fine di richiedere a una banca un finanziamento per il prezzo residuo. Cfr. Sul punto BUSANI, *Le nuove Compravendite*, inserto de *Il Sole 24 ore*, 13 maggio 2013, il quale sottolinea come il *Buy to rent* favorendo la vendita con il pagamento dilazionato, è destinato a soggetti interessati a cedere subito la proprietà e ad acquirenti che intendono beneficiare di una dilazione del pagamento. L'*help to buy* è un contratto preliminare con pagamento dilazionato anteriore al rogito, al quale sono interessati gli utenti in condizioni di pagare il 20-30% dell'importo, per potersi poi più facilmente rivolgere al credito bancario per il restante 70-80%, e beneficiare di uno scaglionamento dell'importo nel tempo. Cfr. ulteriormente FUSARO, *Rent to buy, Buy to rent, tra modelli legislativi e rielaborazioni della prassi in Contr. e impr.*, 2014, I, p. 422 s.

espressione mutuata dal mercato americano⁶, con la quale si fa riferimento a un accordo a struttura bifasica che consenta all'acquirente, da una parte, di poter immediatamente⁷ conseguire il godimento dell'immobile, secondo un'intesa a contenuto obbligatorio; dall'altra di pervenire - in un secondo momento - al successivo acquisto⁸. Secondo talune ricostruzioni, la cui attendibilità andrà attentamente valutata, in tali tipologie di accordi sarebbe ravvisabile un contratto di locazione suscettibile di "trasformarsi" in un contratto di compravendita quando la somma dei canoni, pagati per un certo tempo, eguagli il prezzo pattuito per il trasferimento della proprietà dell'immobile⁹.

A fronte di tali variegati modelli, il contratto di godimento (in funzione della successiva alienazione) è stato introdotto nel nostro ordinamento con la disposizione prima citata a seguito della recezione di una proposta proveniente dalla categoria professionale dei Notai, che, nel novembre del 2013, ha presentato uno schema unitario di disciplina del *rent to buy* rite-

6 Sulla riflessione per cui il nuovo schema contrattuale è soltanto in apparenza il risultato di dispositivi importati da modelli propri del mercato immobiliare anglo-americano, cfr. MAZZAMUTO, *Il contratto di Rent to buy* in *Contr. e impr.*, 2015, p. 952 s.

7 Il dato dell'immediatezza deve essere letto alla luce degli interessi che il contratto in esame è volto a soddisfare: in particolare alla luce dell'interesse del conduttore, probabile futuro acquirente, a godere anticipatamente del bene. Tale circostanza determina che per "immediato" godimento debba intendersi l'anticipazione del godimento rispetto all'eventuale futuro trasferimento, e non necessariamente la consegna del bene contestualmente alla conclusione contratto. Cfr. sul punto MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 956 s. L'Autore precisa che se si intendesse diversamente il termine "immediatamente" sarebbero escluse dall'ambito della disciplina situazioni in cui il bene immobile non sia ancora ultimato, oppure sia attualmente occupato dallo stesso concedente o da terzi, ma del quale a breve sia programmato il rilascio. Inoltre, l'interpretazione per cui sia necessaria l'immediata disponibilità del bene per perfezionare il contratto, frusterebbe gli interessi di entrambe le parti e ciò senza soddisfare alcun interesse degno di rilievo diverso da quello del mero rispetto del dato letterale.

8 L'area dei contratti di godimento finalizzati all'acquisto include diverse situazioni obbligatorie destinate ad acquisire i caratteri della realtà, accomunate dalla finalità di incentivare gli scambi attraverso la dilazione del pagamento del corrispettivo, rispetto alla consegna del bene. Il *rent to buy* accresce pertanto il numero degli accordi caratterizzati da una fase obbligatoria propedeutica a quella in cui si realizza il definitivo effetto traslativo. Cfr. rispetto all'inquadramento proposto POLETTI, *L'accesso "graduale" alla proprietà immobiliare (ovvero, sui contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili)* in *Nuove leggi civ. comm.* 2015, I, p. 35 s.; rispetto al conseguente riavvicinamento del nostro sistema a quello di *common law*, MORELLO, *Tipicità e numero clausus dei diritti reali* in *Trattato dei diritti reali* a cura di Gambaro e Morello, I, *Proprietà e possesso*, p. 72.

9 Cfr. sul punto BUSANI, *op. cit.* L'autore ha offerto una sintesi di questa operazione chiarendo come «Il *rent to buy* è un contratto di locazione seguito da un atto traslativo della proprietà», che «favorisce la vendita con il pagamento dilazionato dell'importo». Sono interessati all'operazione sia il venditore, che accetta la dilazione ma non intende dismettere la proprietà sino al saldo; sia l'acquirente che intende beneficiare di un scaglionamento dell'importo nel tempo. È necessario sin d'ora notare che tale ricostruzione va in senso opposto a quello palesato dal testo dell'art. 23, d.l. 12 settembre 2014, n. 133 e a quello, conforme, prospettato dalla decisione del Trib. Verona, 12 dicembre 2014.

nendo inadeguate le diverse formule contrattuali già esistenti; in quanto prive di una disciplina giuridica uniforme, e penalizzanti, altresì, sul piano tributario.

Le esigenze materiali – determinanti l'intervento del Consiglio Notarile – erano, in particolar modo, tanto quelle riconducibili ai soggetti interessati ad acquisire la proprietà della prima casa, ma privi della liquidità necessaria; quanto quelle delle imprese costruttrici interessate a stimolare maggiormente le compravendite relative ai propri immobili.

Il ricorso a tale figura nasce, quindi, dalla volontà di pervenire alla soluzione dei problemi che – in una fase di tendenziale stagnazione economica – affliggono il mercato degli immobili residenziali¹⁰. Alla luce delle precedenti considerazioni possono essere esaminate le indicazioni normative ricavabili dalla disciplina di cui all'art. 23, d.l. n. 133/2014:

- a. Il legislatore definisce i contratti «che prevedono l'immediata concessione del godimento di un immobile, con *diritto* per il conduttore di acquistarlo entro un termine determinato imputando al corrispettivo del trasferimento la parte di canone indicata nel contratto» alla stregua di «*contratti diversi dalla locazione finanziaria*», mostrando così una precisa opzione verso la creazione di un tipo contrattuale nuovo, e – probabilmente – a causa *unica*. (co. 1).
- b. Si prevede una tecnica (parzialmente rimessa all'autonomia delle parti) di frazionamento del canone pagato in quote, di cui una parte viene imputata al godimento dell'immobile e l'altra al corrispettivo; quest'ultima destinata ad essere restituita in caso di mancato esercizio da parte del conduttore/acquirente del diritto di acquistare il bene (co. 1-*bis*).
- c. La previsione di una serie di ipotesi di risoluzione del contratto per inadempimento, dell'una o dell'altra parte, con diversa destinazione dei canoni versati in relazione alla tipologia di inadempimento (co. 2, n. 5)¹¹.

¹⁰ Cfr. TASSINARI, *Dal contratto di rent to buy al contratto di Buy to rent: interessi delle parti, vincoli normativi, cautele negoziali* in *Contratti*, 2014, p. 822 ss.

¹¹ La normativa del 2014 dedica una attenzione particolare all'ipotesi patologica dell'inadempimento contrattuale da parte del conduttore, e stabilisce che nel caso di mancato pagamento, anche non consecutivo, di un numero minimo di canoni fissato dalle parti (ma comunque in misura non inferiore a un ventesimo del loro numero complessivo) il contratto di godimento in funzione della successiva alienazione è risolto. L'inciso finale «se non è stato diversamente convenuto nel contratto» lascia intendere la valenza suppletiva del precetto. Più esattamente, nell'ipotesi di risoluzione per inadempimento del conduttore, il concedente ha diritto a chiedere la restituzione dell'immobile e a trattenere i canoni ricevuti a titolo di indennità, ma solo se così è pattuito nel contratto; diversamente dovrà restituirli e agire per le consuete vie del risarcimento del danno per inadempimento di obbligazioni contrattuali. Qualora l'inadempimento sia del concedente, questi dovrà restituire quella parte dei canoni imputata al corrispettivo, maggiorata degli interessi legali. Anche in tale ipotesi, l'autonomia privata gioca un ruolo fondamentale nel colmare le incertezze della disciplina,

- d. Si rinvia alla disciplina fornita da altre norme (artt. 1002-1007 c.c., artt. 1012-1013 c.c., artt. 67-72, r.d. 16 marzo 1942, n. 267), nonché alla previsione della trascrivibilità *ex artt.* 2645-*bis* c.c., 2643 c.c.

Emerge così, come proposto da attenta dottrina¹², un nuovo tipo contrattuale consistente in un contratto a due fasi nel quale la prima – finalizzata al godimento *immediato* dell’immobile – sarebbe strumentale alla seconda – il trasferimento della proprietà esercitabile per iniziativa autonoma (non per obbligo contrattuale) del conduttore¹³.

2 Il *rent to buy* legislativo e le (diverse) prassi contrattuali precedenti, alla luce della prima applicazione giudiziale (Trib. Verona, 12 dicembre 2014, n. 95)

In relazione alle previsioni normative, in precedenza richiamate, può essere presa in considerazione l’affermazione secondo la quale il *rent to buy* è «un nuovo accordo»¹⁴.

L’indicazione del Tribunale nasce presumibilmente dalla volontà di distinguere il contratto in oggetto dagli schemi contrattuali ai quali si ricorreva prima della sua introduzione¹⁵. Infatti, il Tribunale scrive che la figura tratteggiata dall’art. 23, d.l. 12 settembre 2014, n. 133 non è «assimilabile al contratto di locazione».

L’affermazione si giustifica alla luce della riflessione per cui l’opzione base che il Legislatore poneva a disposizione dell’autonomia privata è stata costituita, per lungo tempo, da un contratto di locazione cui seguiva un

e la “funzione di adeguamento” dei notai e degli avvocati assume un ruolo determinante nel confezionamento di tali contratti.

12 Per un’attenta disamina cfr. sul punto POLETTI, *op cit.*, p. 41 ss.

13 Sulla configurazione del diritto all’acquisto e sull’inesistenza invece di alcun obbligo cfr. CICERO, *Rent to buy: la fattispecie e gli interessi sottesi (provocazioni e spunti)* in *Contratti*, p. 1044, in cui l’Autore rafforza il concetto individuando nel conduttore “l’esclusivo arbitro” del completamento dell’affare.

14 Trib. Verona, 12 dicembre 2014, n. 95.

15 All’origine di questi schemi legali vi sono l’art. 1526 c.c. e l’art. 34, r.d. 1165/1938 (t.u. delle disposizioni sull’edilizia Popolare ed economica). In base a quest’ultimo il Ministro dei Lavori Pubblici può autorizzare i Comuni e gli Istituti autonomi per case popolari a vendere o assegnare in locazione (con patto di futura vendita), all’inquilino e ai suoi eredi, gli stabili costruiti prescrivendo, volta per volta, le condizioni da inserire nei contratti in oggetto. Si ricordi che negli anni cinquanta gli IACP hanno attuato il Piano Casa Fanfani finalizzato a consentire l’acquisto della prima casa alle fasce meno abbienti tramite una locazione al termine della quale avveniva il trasferimento della proprietà dell’inquilino. Cfr. sul punto BUSANI, *op. cit.*, *passim*.

contratto di vendita; dal cui prezzo sottrarre, in tutto o in parte, i canoni di locazione precedentemente pagati.

La combinazione dei due contratti avveniva secondo tre distinte modalità di base: a) attraverso lo schema della locazione seguita da un contratto di opzione di futuro acquisto; b) tramite un contratto di locazione legato a un preliminare di futuro acquisto; c) attraverso una clausola di trasferimento della proprietà vincolante per entrambe le parti, apposta al contratto di locazione, alla stregua di quanto previsto nell'art. 1526, co. 3, c.c.¹⁶.

Secondo il primo schema contrattuale le parti potevano scegliere di rimettere la volontà di concludere l'accordo a una successiva e libera decisione del conduttore, formalizzata attraverso l'utile schema dell'opzione ex art. 1331 c.c., senza necessità di alcuna ulteriore collaborazione da parte del locatore aspirante venditore¹⁷.

Il collegamento fra la locazione e l'opzione garantiva al conduttore la disponibilità del bene e la libera possibilità di decidere successivamente l'acquisto attraverso l'esercizio di un diritto potestativo.

Tuttavia l'impossibilità di trascrivere l'opzione¹⁸ non poneva il conduttore aspirante acquirente al riparo dal rischio di trascrizioni pregiudizievoli riguardanti il bene; mentre l'utilizzo dello schema della locazione, qualora gravata da un regime vincolistico sulla durata, ostacolava - di fatto - il pronto rilascio del bene in caso di fallimento dell'operazione¹⁹.

Con il secondo schema contrattuale le parti sceglievano di obbligarsi a procedere alla futura operazione di trasferimento della proprietà, già individuata nel contratto preliminare di vendita, sotto pena - in caso di violazione dell'impegno - dell'esperibilità da parte dell'altro contraente di un'azione di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. Il ricorso al

16 Rispetto a un corretto inquadramento dell'ipotesi di locazione con patto di futura vendita vincolante per entrambe le parti, e alla possibile novazione delle somme versate, come canoni di locazione, a titolo di prezzo della compravendita, cfr. FUSARO, *op. cit.*, p. 423 s.

17 L'opzione è concessa dal locatore aspirante venditore a beneficio del conduttore-aspirante compratore secondo le prescrizioni di cui all'art. 1331 c.c., le quali richiedono che l'opzione di acquisto contenga in sé tutti gli elementi della vendita che verrà conclusa, qualora il conduttore, proceda ad accettare la proposta di vendita nei tempi e secondo le modalità indicate. Gli effetti della vendita decorreranno dalla ricezione, da parte del locatore-aspirante venditore, della accettazione formale della proposta irrevocabile contenuta nell'opzione, secondo il meccanismo generale di formazione del contratto a distanza di cui agli artt. 1326 ss. c.c.

18 Il rischio derivante dalla trascrizione veniva spesso superato sostituendo all'opzione un patto di futura vendita, obbligatorio per entrambe le parti, idoneo a evitare rischi perché in grado di rendere pubblico il contratto, ma poco conveniente dal punto di vista fiscale. Il contratto veniva considerato, infatti, come cessione dei beni e sottoposto a tassazione come vendita già perfezionata all'atto della sua stipulazione. Cfr. art. 2, co. 2, d.p.r. n. 633/1972; art. 109, co. 2, lett. a), d.p.r. n. 917/1986.

19 Il regime vincolistico previsto per la durata della locazione avrebbe potuto ostacolare il pronto rilascio del bene. Cfr. sul punto. POLETTI, *op. cit.*, p. 37.

preliminare di vendita implicava, inoltre, l'aspetto negativo della durata triennale dell'efficacia prenotativa della trascrizione, spesso non congegnale alla durata di rapporti fisiologicamente più lunghi²⁰.

Infine, con riguardo al terzo degli schemi indicati, l'inserimento all'interno del contratto di una clausola di trasferimento della proprietà, al momento del pagamento dei canoni pattuiti, determinava il cosiddetto contratto di locazione convertibile in vendita. L'adozione di un simile strumento contrattuale, tuttavia, stando al disposto dell' art. 1526, co. 1-2, c.c., obbligava le parti a scegliere in modo alternativo e secco tra ripetibilità o meno dei canoni, a seconda che gli stessi fossero stati intesi a titolo di vendita (secondo il modello di cui ai primi due commi della norma), o a titolo di locazione (secondo lo schema del co. 3), senza volere, in questa sede, menzionare il problema (irrisolvibile) della trascrizione²¹.

La definizione di contratto «diverso dall'accordo di locazione» adoperata dal Tribunale, si giustifica, così, con la volontà di sottolineare la differenza fra il nuovo contratto e gli strumenti giuridici che in passato consentivano di raggiungere il medesimo risultato. Mentre in precedenza solo più contratti permettevano di garantire al conduttore la possibilità di diventare acquirente dell'immobile; oggi il *rent to buy* consente di pervenire allo stesso risultato con un unico accordo.

In sintesi la novità normativa esprime la volontà di introdurre un'operazione contrattuale dai connotati differenti rispetto ai modelli contrattuali già utilizzati. Uno schema semplificato, quindi, che obbliga la parte concedente ad accordare alla parte conduttrice²² il godimento di un immobile

20 Per soddisfare le esigenze legate a un programma negoziale più lungo, le parti prevedevano la conclusione di un ulteriore contratto preliminare, che prevedeva una clausola con un nuovo termine per la stipulazione del contratto definitivo. Cfr. sul punto e sulla modalità di trascrizione di tale nuovo contratto POLETTI, *op. cit.*, p. 37.

21 La previsione della sottoposizione del contratto a trascrizione soddisfa l'ordinaria esigenza di rendere pubblico il contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili. La trascrizione di tali accordi prevede un meccanismo di pubblicità composto da due momenti: la trascrizione di un primo contratto e la trascrizione del secondo.

La trascrizione dei contratti in analisi riassume in sé gli effetti dell'art. 2645-bis c.c. e quelli dell'art. 2643, co. 1, n. 8, c.c. Nel duplice richiamo si riflette la doppia anima di tali accordi, che si caratterizzano per la fase del godimento; e quella, possibile, del successivo acquisto, caratterizzata dall'effetto prenotativo dell'art. 2645-bis c.c.

La funzione dell'articolo che prevede la trascrizione è stato interpretato in modo contrastante circa il suo significato. Le interpretazioni oscillano fra la prevalente teoria della prenotazione e quella della opponibilità, sino a pervenire alla opponibilità di una pretesa all'acquisto. Il problema reale legato alla trascrizione è quello derivante dalla scelta legislativa di non accogliere in un unico quadro le varie ipotesi contrattuali immaginate dalla prassi, e di determinare così dei possibili problemi di conciliazione del meccanismo di trascrizione con tutti gli schemi contrattuali, come l'opzione, ai quali mal si addice l'applicazione del meccanismo generale di trascrizione. Cfr. POLETTI, *op. cit.*, p. 56.

22 Nonostante l'art. 23 precisi che al *rent to buy* si applichino alcune disposizioni in tema di usufrutto (artt. 1002-1007 c.c., nonché artt. 1012-1013 c.c.), la situazione giuridica del

dietro versamento di un corrispettivo; riconoscendole il diritto di ottenere il trasferimento della proprietà a fronte del pagamento di un prezzo calcolato sottraendo da esso, in tutto o in parte, il canone di locazione fino a quel momento versato.

La seconda interessante indicazione fornita dal decidente è ravvisabile nella ritenuta non assimilabilità del contratto di *rent to buy* al contratto di locazione, con la relativa impossibilità di applicare al primo la disciplina da quest'ultimo prevista. A favore di tale argomento, a parte un significativo precedente giurisprudenziale²³, militano la considerazione della utilità dello schema *rent to buy* rispetto alla concreta questione sottoposta al vaglio del decidente²⁴; la valutazione della causa "concretamente" perseguita dai contraenti nel caso di specie²⁵; e infine la volontà di neutralizzare

conduttore è stata qualificata da parte di una dottrina come detenzione; da altra con un contenuto variabile fra possesso e detenzione, a seconda del regolamento contrattuale. A favore della prima ricostruzione cfr. POLETTI, *op. cit.*, p. 51; a favore della seconda cfr. CICERO, *op. cit.*, p. 1046.

23 La Giurisprudenza ha escluso l'applicabilità delle speciali disposizioni vincolistiche in tema di locazione, all'interno di operazioni contrattuali che avevano collegato la locazione ad altri accordi volti al successivo acquisto del bene, come un patto obbligatorio di futura vendita.

In tali ipotesi si è riconosciuta la prevalenza del fine ultimo di trasferire la proprietà tale da rendere lo schema della locazione momento solo strumentale all'intero negozio. In questo senso si è espressa, seppur in un lontano ma significativo precedente, la Corte di Cassazione, la quale rispetto a un contratto di locazione con patto di futura vendita vincolante per entrambe le parti, ha affermato che «quando la locazione è stata considerata come strumentalmente collegata alla promessa di vendita, per consentire al futuro acquirente l'uso dell'immobile fino al termine previsto per la vendita o il pagamento del prezzo», il contratto perde la struttura del collegamento negoziale tra i contratti tipici di locazione e vendita, presentandosi come accordo atipico complesso, in cui, in considerazione della prevalenza del fine ultimo di trasferire la proprietà, la locazione assume solo un ruolo strumentale al trasferimento della proprietà, con conseguente inapplicabilità della disciplina vincolistica di cui alla l. n. 392/1978. Cfr. Cass., 23 marzo 1992, n. 3587, in *Riv. giur. ed.*, 1994, p. 509.

24 In sintesi, le condizioni proposte dal curatore, e condivise dal Tribunale, sono state le seguenti: durata triennale del contratto di *rent to buy*, senza possibilità di tacito rinnovo e ferma restando la possibilità per il conduttore di recedere liberamente dal contratto dando un preavviso di almeno sei mesi, e diritto di acquistare l'immobile riconosciuto al conduttore entro trenta mesi dalla sottoscrizione del contratto. Una volta comunicata la sua volontà in tal senso, obbligo di concludere il contratto di compravendita, entro e non oltre sessanta giorni; individuazione della parte del canone da imputare in conto prezzo, nel caso di acquisto del mobile da parte del conduttore, pari al 90% dello stesso, e obbligo di restituzione per il concedente, nel caso di risoluzione per inadempimento del conduttore, del 50% del canone di locazione versato.

La richiesta avanzata dal Curatore fallimentare è stata accettata dal Tribunale il quale, nel proprio dispositivo, ha integralmente accolto le richieste avanzate. Per queste informazioni cfr. ASCHIERI, FIORI, *Rent to Buy e Fallimento, Note a margine di un provvedimento del Tribunale di Verona* in www.Il caso.it.

25 Il Tribunale sembra aver valutato, infatti, la funzione del contratto in relazione alla possibile futura compravendita dell'immobile venendo il canone quasi completamente im-

le apparenti analogie tra il contratto di locazione e quello di *rent to buy*.

Proprio su quest'ultimo ordine di questioni vale la pena soffermarsi.

Una prima analogia fra i due contratti è rappresentata dalla circostanza che entrambi gli accordi concedono a una parte il godimento di un immobile dietro il pagamento di un corrispettivo.

Un secondo profilo assimilativo è desunto dal fatto che, prima dell'introduzione del *rent to buy*, una delle modalità attraverso le quali si raggiungevano i medesimi effetti era la stipula di un contratto di locazione cui seguiva un contratto di compravendita.

Inoltre, il dubbio che si tratti di una locazione può derivare dall'uso, nel testo di legge, dei termini "canone" e "conduttore", tipici della disciplina del contratto di locazione.

Seguendo le pur concise affermazioni del Tribunale²⁶, l'accostamento fra locazione e *rent to buy* va escluso dal momento che il Legislatore chiarisce, già nella rubrica dell'art. 23 del decreto, di considerare il contratto di godimento «*in funzione della successiva alienazione di immobili*», lasciando intendere così di voler varare «una nuova tipologia contrattuale a valenza generale»²⁷.

In aggiunta il contenuto del medesimo articolo riconosce un vero e proprio diritto potestativo del conduttore ad acquistare l'immobile. Qualora egli decida per l'acquisizione della proprietà e manifesti la propria volontà in tal senso, la vendita diviene inevitabile per il concedente.

Se ne deduce che l'interesse alla vendita si pone come interesse fondamentale della parte "conduttrice", e ciò a prescindere dalla effettiva scelta di esercitare concretamente, in un secondo momento, il relativo diritto²⁸.

putato in conto prezzo ed essendo prevista la restituzione di una parte del canone, anche in ipotesi di risoluzione per inadempimento del conduttore. Inoltre era stata prevista la esclusione della rivalutazione ISTAT, per meglio evidenziare, ancora una volta, che la causa del contratto non era certamente quella di godimento della locazione (ove la rivalutazione ISTAT trova normalmente applicazione).

26 Si rammenti sul punto che il Tribunale si limita esclusivamente ad affermare che il *rent to buy* non è assimilabile alla locazione, senza fornire dettagli di motivazione.

27 «La proposta, fermo restando l'intervento di *housing* sociale di cui all' art. 8, d.l. n. 47/2014, che prevede un contratto standardizzato, introduce nel nostro ordinamento il contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili, quale nuova tipologia contrattuale a valenza generale, al fine di consentire ai costruttori o proprietari di immobili di utilizzare (con riferimento a tutte le categorie di immobili e non solo a quelli di edilizia residenziale) questo nuovo strumento, già in uso negli altri Paesi europei». Così la *Relazione di accompagnamento alla Conversione in legge del d.l. 12 settembre 2014, n. 133*, presentata il 12 settembre 2014, p. 25.

28 La possibilità di acquistare la proprietà non è smentita dalla circostanza che l'art. 23 riconosce alle parti la possibilità di poter definire contrattualmente la quota dei canoni imputata a corrispettivo da restituire nel caso di mancato esercizio del diritto di acquistare la proprietà dell'immobile entro il termine stabilito. La disposizione intende unicamente consentire la disciplina del "diritto al ripensamento" da parte del conduttore e non, invece,

A sottolineare ulteriormente il distacco dalla disciplina della locazione si pongono i co. 1-3, dell'art. 23, d.l. 133/2014.

Il primo comma prevede che i contratti di *rent to buy* «sono trascritti ai sensi dell'art. 2645-bis c.c.», e qui si stabilisce un collegamento con i contratti preliminari di compravendita. Il terzo comma dispone che «il termine triennale previsto dal co. 3 dell'art. 2645-bis c.c. è elevato a tutta la durata del contratto e comunque per un periodo non superiore a dieci anni»; e con tale indicazione si desume che il contratto di *rent to buy* si distingue dal contratto di locazione, in quanto può avere una durata diversa da quella minima e inderogabile prevista per il primo.

Un'altra conferma, della differenza fra i due accordi, deriva dalla disciplina della risoluzione in caso di inadempimento, prevista dall'art. 23, co. 2, d.l. 133/2014, a norma del quale «il contratto si risolve in caso di mancato pagamento, anche non consecutivo, di un numero minimo di canoni - determinato dalle parti - non inferiore a un ventesimo del loro numero complessivo».

La previsione si discosta nettamente da quanto previsto in materia locatizia (ad esempio, dall'art. 5, l. 392/1978), apparendo, invece, affine alla disciplina prevista in tema di vendita con riserva di proprietà (art. 1525 c.c.).

La differenza deriva dalla diversità dell'interesse alla base degli accordi. Nei contratti di locazione, l'interesse principale del locatore è quello di percepire regolarmente il canone di locazione²⁹; nei contratti di vendita con riserva di proprietà, invece, l'interesse del venditore è quello di ottenere il pagamento del prezzo, seppur rateizzato.

Si giustifica così il contenuto dell'art. 1525 c.c., che non attribuisce rilevanza, ai fini della risoluzione, al mancato pagamento di una sola rata, a meno che non superi l'ottava parte del prezzo.

La somiglianza con tale accordo esiste in quanto anche nei contratti di *rent to buy* il pagamento del canone è funzionale al pagamento del prezzo intero, poiché l'interesse delle parti mira al trasferimento della proprietà (seppure solo probabile). In tal modo il concedente potrà invocare la risoluzione del contratto unicamente nel caso in cui l'inadempimento del conduttore sia tale da frustrare il suo interesse in tal senso³⁰.

sottolineare un diverso profilo di assimilazione alla locazione. Sui profili di assimilazione fra il diritto al ripensamento riconosciuto al conduttore e il generale diritto di ripensamento riconosciuto al consumatore cfr. POLETTI, *op. cit.*, p. 65.

²⁹ Trovava così giustificazione l'art. 5, l. 392/1978, che individua quale causa di risoluzione del contratto il mancato pagamento del canone, decorsi venti giorni dalla scadenza; ovvero il mancato pagamento, nel termine previsto, degli oneri accessori quando l'importo non pagato superi quello di due mensilità.

³⁰ Ipotesi che il legislatore ha ritenuto che si verifichi quando il conduttore ometta di corrispondere un numero minimo di canoni non inferiore a un ventesimo del loro numero

Inoltre la fase di godimento viene disciplinata tramite il rinvio ad alcune disposizioni dettate in materia di usufrutto, che delineano un modello di godimento distante da quello della locazione.

Alla luce di quanto affermato, l'indicazione del Tribunale, anche se non adeguatamente motivata e con la quale si esclude l'applicabilità del regime della locazione³¹, si giustifica per il fatto che la causa del contratto di *rent to buy* ha un carattere diverso dalla causa di locazione che ne impone, di conseguenza, la netta distinzione.

Le affinità con il contratto di locazione si basano esclusivamente sul godimento dell'immobile e sulla presenza di un canone periodico, ma tali elementi perdono il loro tradizionale valore in quanto "contaminati" dal diritto del "conduttore" a decidere per l'acquisto del bene.

È la presenza di tale possibilità a mutare radicalmente la funzione di quegli elementi. Quindi il nuovo contratto, secondo il suo schema standard, non ha come causa prevalente il godimento di un immobile in locazione (esulando esso dall'applicazione della relativa disciplina), in quanto mira a consentire il trasferimento futuro della proprietà con particolari tecniche che ne costituiscono la novità rispetto alla prassi precedente,

La distinzione dalla locazione proposta dal Tribunale può quindi essere giustificata³².

complessivo, poiché ciò andrebbe a incidere in maniera rilevante sul pagamento finale del prezzo.

31 La circostanza che il nuovo schema contrattuale sia del tutto differente dalla locazione, comporta che in caso di inadempimento non rimarrà al proprietario che agire per il rilascio per occupazione *sine titulo*, sebbene tale scelta potrebbe rivelarsi una misura lenta e scarsamente efficace per ottenere il rientro nella detenzione in tempi certi. Cfr. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 960.

32 Intervenendo in tal senso il Tribunale scaligero ha dato continuità a un orientamento giurisprudenziale pregresso. In un precedente relativo a una concessione ventennale del godimento di un terreno con corrispettivo anticipato, costituito dalla costruzione di un fabbricato da parte del conduttore e acquisto della proprietà del medesimo da parte del concedente in virtù di accessione, la Corte di Cassazione ha affermato che «la disciplina dello equo canone dettata dalla l. 392/1978, concerne la locazione degli immobili urbani, adibiti o meno a uso abitativo, e, pertanto, non è applicabile ai contratti di locazione di mobili o di aree nude, ovvero a rapporti negoziali secondo i quali il godimento di un immobile sia concesso nell'ambito di complesse operazioni economiche, non riconducibili alla tipologia della locazione». Cfr. Cass., 9 ottobre 1980, n. 5404, in *Archivio delle locazioni e del condominio*, 1980, p. 549.

Anche con riferimento a un caso molto diverso dal *rent to buy*, dunque, già dagli anni immediatamente successivi all'emanazione della l. 392/1978, i Giudici hanno chiarito che la relativa disciplina si applica alle sole locazioni "tradizionali".

3 I connessi problemi di qualificazione giuridica

Il nuovo testo normativo introduce una disciplina “a maglie larghe” del contratto di *rent to buy*, tale da «consentire all’autonomia privata di modulare al meglio il contenuto dell’accordo in funzione delle specifiche esigenze e nell’ottica del miglior soddisfacimento degli interessi di entrambe le parti», così da permettere un bilanciamento di tutti gli interessi coinvolti³³.

Lo schema contrattuale elaborato dal Legislatore pone al centro dell’operazione il godimento dell’immobile, il quale, con il prolungarsi del tempo e l’eventuale successivo esercizio del diritto di acquisto, dà adito alla situazione possessoria che caratterizza il diritto reale di proprietà.

In proposito è stato affermato che il godimento consente un accesso progressivo alla proprietà immobiliare determinando un “acquisto graduale” legato allo scomputo, dal corrispettivo finale, delle frazioni del canone versate precedentemente. Una parte di esse remunera il concedente per la privazione del godimento, e una parte costituisce – già dall’inizio – un acconto sul prezzo³⁴.

Lo schema contrattuale che ne deriva ha un esito finale non obbligatorio: il trasferimento della proprietà dell’immobile.

Come già in precedenza esposto, la natura particolare dell’accordo di *rent to buy* ha condotto parte della Dottrina a sottolineare la struttura bifasica dell’operazione articolata in due corrispondenti momenti contrattuali: il primo in cui si concede il godimento, necessariamente a titolo oneroso; il secondo (eventuale) in cui si realizza l’effetto traslativo³⁵.

Altra Dottrina sostiene che non sussista una struttura bifasica dell’operazione, poiché il contratto è caratterizzato da una causa unica in cui il godimento dell’immobile è strettamente legato alla possibilità di una

33 Così la *Relazione di accompagnamento alla conversione del d.l. 12 settembre 2014, n. 133*, p. 25 ove chiaramente si legge: «La disciplina proposta è a maglie larghe, per consentire all’autonomia privata di meglio modulare il contenuto del contratto in funzione delle specifiche esigenze e nell’ottica del miglior soddisfacimento degli interessi di entrambe le parti».

34 Su questa linea si pone POLETTI, *op. cit.*, p. 42. L’Autrice sostiene che il frazionamento del canone è elemento essenziale del contratto, tanto da ritenere che per quanto alle parti sia concesso individuare quale quota sarà da considerare come corrispettivo e non quale parte del canone; non sarà però possibile comprimere quest’ultima significativamente, fino a ridurla a mera cifra simbolica o ad annullarla.

35 La duplicità della struttura contrattuale sarebbe dimostrata dalla suddivisione del canone: una parte di esso soddisfa l’obbligazione esistente a fronte del godimento, l’altra adempie una obbligazione futura e incerta, che verrà ad esistenza solo nel caso in cui il conduttore decida per l’acquisto del bene. Rispetto alla qualificazione dell’obbligazione di acquisto come condizione contrattuale cfr. POLETTI, *op. cit.*, p. 42, da cui l’Autrice fa discendere la giustificazione retroattiva dei canoni in conto prezzo.

futura alienazione, senza che sia possibile scindere l'accordo³⁶ in due momenti.

Indipendentemente dalla evidenziata distinzione del tipo della locazione, rimane la difficoltà interpretativa di comprendere in positivo la nuova fattispecie, e ciò a prescindere dall'interpretazione che si decida di prediligere. La difficoltà scaturisce dalla scelta del Legislatore di introdurre un nuovo accordo contrattuale senza una sua completa tipizzazione. E nello specifico, tale difficoltà, deriva dalla mescolanza di più strumenti per tratteggiare la disciplina dei contratti di godimento finalizzati al successivo acquisto³⁷ e, soprattutto, dalla complessità di individuare i tratti di inderogabilità di una normativa che prevede e rinvia a un'ampia determinazione privata restando comunque legata a discipline vincolanti come quella della trascrizione³⁸.

La disciplina introdotta dal Legislatore non è chiarificante nemmeno in relazione ai beni suscettibili di essere oggetto dei diritti: si chiamano in causa i beni immobili, e quindi si dovrebbe ritenere la normativa applicabile tanto a quelli residenziali, quanto a quelli commerciali e ai terreni.

Sotto il profilo soggettivo è, inoltre, indifferente che i contraenti si presentino in termini di persone fisiche, società, o enti non lucrativi.

È da segnalare, ancora, un'ulteriore ambiguità nel definire le parti coinvolte nella operazione. Il primo contraente è definito "concedente", con una espressione che richiama la posizione del titolare del diritto che dispone del bene, tramite contratto, pur mantenendo la signoria; l'altro contraente è invece indicato con il termine "conduttore", vocabolo adoperato in ambito locatizio per indicare il contraente titolare del diritto personale di godimento³⁹.

All'incertezza relativa al profilo soggettivo corrisponde, dal punto di

36 A fondamento di tale posizione si presenta anche la rubrica con cui il contratto è stato redatto «godimento di immobile in funzione della successiva alienazione». Così dall'intervento tenuto a Cagliari da D'AMICO, *Rent to buy: profili tipologici*, in occasione del XXV incontro dei Dottorati di ricerca in Diritto Privato.

37 Si noti a tale proposito che all'interno del testo legislativo vengono richiamate contemporaneamente norme che disciplinano il contratto preliminare, la locazione e l'usufrutto. Cfr. sul punto CICERO, *op. cit.*, p. 1046.

38 La scelta del Legislatore di disciplinare una figura contrattuale con riferimento a un elemento accessorio alla fattispecie negoziale come la trascrizione, è una tecnica normativa, inaugurata con l'introduzione dell'art. 2645-ter c.c. in tema di negozio di destinazione, e rinnovata con l'art. 2643-bis, n. 2, c.c. in tema di diritti edificatori. Tale modalità di legislazione utilizza il richiamo della disciplina del libro VI per dare ingresso a inedite figure negoziali, che andrebbero, secondo una logica sistematica, collocate in altre parti del Codice. Cfr. MAZZAMUTO, *op. cit.*, *passim*.

39 Cfr. sul punto CUFFARO, *Oltre la locazione: il rent to buy, nuovo contratto per l'acquisto di immobili* in *Corr. giur.*, 2015 p. 7.

vista oggettivo, una delimitazione della tipologia del diritto che tale contratto è idonea a trasferire: il diritto di proprietà⁴⁰.

In definitiva, se da una parte è positivamente apprezzabile l'ampia e libera determinazione riconosciuta alle parti nella definizione del contenuto del contratto; dall'altra tale scelta pone problematiche rilevanti rispetto alla regolamentazione dell'accordo.

La circostanza che l'art. 23, d.l. n. 133/2014 determini un inquadramento solo formale dell'accordo contrattuale, chiarisce la ragione per cui, nonostante il Legislatore abbia qualificato il contratto di *rent to buy* «nuova tipologia contrattuale»⁴¹ (e nella stessa direzione si sia mossa la prima decisione giudiziale) il *rent to buy* sia stato (da parte della Dottrina) inquadrato ricorrendo a congegni negoziali già noti, attraverso, ad esempio, il richiamo alle fattispecie del collegamento negoziale e del contratto misto.

Il riferimento all'istituto del collegamento negoziale deriva dalla definizione di "struttura bifasica" dell'accordo di godimento in funzione della successiva alienazione, così da consentire il riferimento a più negozi distinti più che a un'unica operazione contrattuale.

Il collegamento negoziale opera relativamente a due operazioni contrattuali, le quali acquistano un profilo di unitarietà solo valutando l'operazione economica nel complesso, poiché ciascuno dei contratti collegati mantiene la propria causa autonoma⁴².

Una ricostruzione del genere sembra da escludere rispetto al *rent to buy* perché il dettato normativo non allude a due distinti contratti uniti dal solo profilo economico, quanto piuttosto a un'unica realtà normativa caratterizzata da una causa autonoma, come fin qui descritta.

L'unicità della causa dell'accordo non sembra porre in dubbio la previsione secondo la quale il *rent to buy* includa due effetti contrattuali, uno dei quali soltanto eventuale, atteso che – di regola – la compresenza di una pluralità di effetti non esclude, di per sé, che l'accordo resti comunque uno, con una causa contrattuale unitaria⁴³.

40 L'art. 1-bis riguarda infatti le sole ipotesi di acquisto della proprietà. Sulla possibilità positiva di estendere il contratto in esame alla proprietà superficiaria cfr. MAZZAMUTO, *op. cit.* p. 957. L'Autore esclude una simile soluzione per il diritto di superficie di cui al co. 1 dell'art. 952 c.c., inteso come *ius aedificandi*. In relazione a tale diritto difetterebbe il presupposto della (immediata o comunque anticipata) consegna materiale del bene. Secondo l'Autore la consegna può sussistere se il diritto in esame è costituito dall'usufrutto. Invece i diritti di uso e abitazione soffrono già a livello genetico l'impossibilità giuridica di negoziazione, in ragione dell'art. 1024 c.c.

41 Così la *Relazione alla Conversione in legge del d.l. 12 settembre 2014, n. 133*, p. 25.

42 Cfr. FERRANDO, *I contratti collegati*, in *I contratti in generale*, a cura di Alpa e Bessone in *Giur. Sist. Bigiavi*, Torino, 1991, pp. 571 ss.; SACCO, *voce contratto collegato*, in *Digesto IV ed. Disc. Priv. Sez. Civ. Agg. VI*, Torino, 2011, p. 238.

43 Cfr. su tale differenze POLETTI, *op. cit.*, p. 35 ss.

La diversa interpretazione dell'accordo, in termini di contratto misto, deriva dalla interpretazione della causa della nuova figura in termini sì di causa unica ma caratterizzata dalla fusione di elementi tanto della locazione, quanto della vendita.

Del contratto di locazione il *rent to buy* presenterebbe il godimento riconosciuto al conduttore; del tipo della vendita invece l'idoneità a trasferire la proprietà dell'immobile. Sarebbe perciò qualificabile come contratto misto per la fusione di prestazioni tipiche⁴⁴.

Una simile interpretazione renderebbe possibile ricorrere all'uso dei criteri sviluppati al fine di individuare la disciplina concretamente applicabile ai contratti misti. La Giurisprudenza utilizza a tal proposito due parametri: il criterio dell'assorbimento, in base al quale al contratto si applica la disciplina della parte dell'accordo ritenuta "principale"; e il criterio della combinazione, in forza del quale ciascun elemento contrattuale viene disciplinato dalle regole del tipo contrattuale cui l'elemento appartiene⁴⁵.

Per quanto utile possa essere il richiamo alla categoria del contratto misto, al fine di utilizzare i parametri di risoluzione delle antinomie tipiche, esso sembra da escludere per il *rent to buy* poiché il Legislatore, fornendo una seppur minima disciplina, ha in realtà tipizzato il contratto. Sicché, con l'esplicita presa di posizione e regolazione del fenomeno, verrebbe meno il requisito basilare per la qualificazione come misto del contratto in oggetto⁴⁶.

Tale argomento di carattere sistematico varrebbe in tutti i casi, sia in quelli simili al caso sottoposto al giudice scaligero (nel quale comunque si sarebbe dovuta escludere una soluzione basata sull'applicazione combinata della disciplina della locazione e della vendita⁴⁷) sia nei casi estremi in cui, in considerazione dell'articolazione del corrispettivo, non sia possibile individuare nel regolamento contrattuale una causa prevalente, potendo - in questi casi e in teoria - fare applicazione della categoria del contratto misto⁴⁸.

44 Cfr. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 483.

45 In relazione all'applicazione del principio di assorbimento cfr. da ultimo SS.UU., 12 maggio 2008, n. 11656.

46 Sulla necessità della mancata tipizzazione per la qualificabilità del contratto come misto, cfr. CATAUDELLA, *Negotium mixtum cum donatione*, Milano, 1970; DE GENNARO, *I contratti misti*, Padova, 1934; SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, Padova, 1995, e recentemente DEL PRATO, *Contratti misti: variazioni sul tema*, in *Riv. dir. civ.*, 2012.

47 Il contratto stipulato dal Curatore fallimentare prevedeva che ben il 90% del canone pagato sarebbe stato imputato come acconto sul prezzo. Da tale considerazione discende che, anche se qualificato come misto, l'accordo sarebbe stato, con ogni probabilità, disciplinato dal criterio della prevalenza; e poiché la prevalenza della causa della compravendita era evidente, il risultato cui si sarebbe giunti sarebbe stato comunque il medesimo: l'esclusione della disciplina della locazione.

48 Si pone tale quesito. ASCHIERI, FIORI, *op. cit.*, p. 13.

Con riguardo alla prima serie di possibili casi, si pensi - ad esempio - a un contratto di *rent to buy* di lunga durata, in cui il conduttore abbia il diritto ad acquistare l'immobile pagando una quota minima del canone imputata in conto prezzo in caso di esercizio del diritto di acquisto. In casi come questi, la presenza della causa locatizia, in misura prevalente rispetto a quella della vendita, potrebbe (in teoria) indurre all'applicazione del principio dell'assorbimento e all'esclusione della disciplina di recente introduzione.

L'argomento può essere contrastato in base a una corretta interpretazione del dato normativo letterale, nella misura in cui l'elemento della strumentalità dell'accordo alla futura vendita dell'immobile sembrerebbe escludere la causa locatizia indipendentemente dalla portata del canone destinato a corrispettivo del godimento, misura legata piuttosto alla liquidità del cosiddetto conduttore.

Analogamente, nei casi in cui la quota dei canoni imputata a corrispettivo sia equivalente a quella imputata a godimento, dovrebbe comunque escludersi l'applicazione dell'altro criterio proprio dei contratti misti - quello della combinazione - perché (anche in questo caso) la preminente valorizzazione della "causa" di vendita non potrebbe che portare a valorizzare la componente della cessione dell'immobile rispetto a quella del godimento.

Si potrebbe concludere, allora, che l'eventuale inquadramento come contratto misto, di fatto, non fornisce soluzioni precise alla problematica della disciplina del contratto in questione.

Pertanto la qualificazione più corretta del *rent to buy* è quella di una tipologia contrattuale non autosufficiente⁴⁹, assistita da una disciplina minimale che dovrà necessariamente essere integrata con la normativa esistente.

Operando in tal senso, la difficoltà maggiore sarà rappresentata dalla corretta individuazione della disciplina applicabile, e ciò determinerà la preferenza dei privati verso un regolamento contrattuale il più possibile completo.

La difficoltà sopra evidenziata è accresciuta dal fatto che, come notano molti commentatori, il Legislatore ha creato un nuovo contratto tipico focalizzato sul diritto del "conduttore" di potere "gradualmente" acquisire la proprietà di un immobile attraverso una formula che - tuttavia - lascia libere le parti di modulare liberamente gli strumenti normativi previsti a questo scopo⁵⁰.

Pertanto con la fattispecie di *rent to buy* non si è inteso indicare il *nomen* di una singola fattispecie, bensì un numero indeterminato di operazioni economiche riconducibili a questa logica: godimento anticipato di un bene, non a causa locatizia ma, all'opposto, in vista del successivo possibile acquisto della proprietà.

49 Il godimento finalizzato all'acquisto è uno dei pochi aspetti chiaramente individuati dal Legislatore rispetto al *rent to buy*; cfr. CICERO, *op. cit.*, p. 1048.

50 Confermano tale riflessione l'art. 1-bis, art. 2, art. 5, d.l. 12 settembre 2014, n. 133.

4 L'applicazione del *rent to buy* all'interno dei rapporti B2B: nuovi profili applicativi

L'analisi svolta sul dispositivo del Tribunale e quella, più generale, sul *rent to buy*, consente di riflettere sull'uso possibile di tale accordo all'interno del nostro ordinamento.

Si è già detto che l'art. 23 ha una portata applicativa generale considerando la disciplina dei contratti di godimento finalizzati al successivo acquisto, indipendentemente dal tipo di destinazione (abitativa o meno) del bene immobile.

In realtà, il riferimento a tale tipo di impiego abitativo si rintraccia in diversi luoghi della norma⁵¹.

Nonostante tale indicazione, l'applicazione del contratto, attuata dal Tribunale di Verona, pone la diversa prospettiva di utilizzare il contratto nell'ambito della produzione allargando la portata applicativa dell'istituto⁵².

L'uso del contratto fra soli consumatori risolve la difficoltà di reperire liquidità da parte dei privati, intesi come famiglie, ma determina al contempo un probabile accantonamento della figura, nel caso in cui si abbia nuova erogazione di credito da parte delle banche.

L'applicazione del contratto in oggetto alle imprese in fallimento o, più in generale, in difficoltà economica potrebbe, al contrario, rappresentare un efficace strumento di uso più duraturo dell'accordo.

Lo stato di incertezza delle imprese in crisi rende, infatti, congeniale il ricorso a strumenti normativi che, come il *rent to buy*, consentano intanto la messa a reddito del bene e successivamente l'acquisto eventuale dello stesso, senza paralizzare il mercato con l'applicazione di discipline cogenti come quella della locazione⁵³, e assicurando comunque al concedente

51 Il primo è il co. 4, in cui si stabilisce esplicitamente che quando il contratto ha ad oggetto un'abitazione, il divieto di cui all'art. 8, d.lgs. n. 122/2005, dedicato alla tutela dell'acquirente di immobili da costruire, opera fin dalla concessione del godimento.

Il secondo riferimento alla destinazione abitativa si ricava implicitamente dal rinvio operato dal co. 6 dedicato a disciplinare le conseguenze del fallimento delle parti. Tale comma richiama infatti tanto l'art. 72 quanto l'art. 67, co. 3, lett. c), l. fall., riguardanti la proprietà abitativa.

Rispetto alla crisi dell'imprenditore, le due norme mirano a garantire l'accesso alla proprietà da parte dell'altro contraente, incidendo la conservazione della possibilità di acquisto garantita dalla stipulazione del contratto preliminare, trascritto e avente ad oggetto un immobile a uso abitativo, destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente.

52 Il diverso uso del *rent to buy* trova conferma nel titolo del Capo V del provvedimento «Misure per il rilancio dell'edilizia», ove una simile indicazione fa apparire ragionevole che al contratto dovrebbe fare ricorso soprattutto l'imprenditore, usandolo come strumento di ausilio per incentivare l'acquisto di costruzioni di recente realizzazione.

53 Tale riflessione giustifica la perentorietà con la quale il Tribunale di Verona esclude l'applicazione della disciplina della locazione.

l'acquisizione di un profitto al momento dello scioglimento del contratto⁵⁴.

D'altra parte, l'accordo di godimento in funzione della successiva alienazione consentirebbe ai potenziali acquirenti di immobili oggetto di procedure fallimentari o concordatarie di superare, almeno in parte, le difficoltà di reperire liquidità per partecipare alle procedure competitive⁵⁵.

L'ordinanza del Tribunale di Verona, quindi, presenta l'indubbio merito di aver inaugurato l'utilizzo del contratto di *rent to buy* in un ambito non previsto.

Pertanto la creazione di tale contratto, avvenuta al fine di soddisfare esigenze legate alla volontà di agevolare la ripresa del funzionamento del mercato immobiliare, potrebbe mostrare le sue potenzialità anche in altri settori economici.

54 Il riferimento è ai canoni di cui al co. 1-*bis* dell'art. 5 e all'art. 23, d.l. 12 settembre 2014, n. 133.

55 Spetterà ai curatori fallimentari, ovvero ai liquidatori giudiziali, il compito di costruire le procedure competitive in modo da rendere concretamente appetibili gli immobili da allocare. Ciò richiederà l'individuazione degli elementi negoziali che caratterizzeranno il *rent to buy* ponendo attenzione alla specificità di ogni singolo caso.

**CASSAZIONE CIVILE, sez. II,
7 agosto 2014, n. 17792**
Vitrone Presidente – Bisogni Estensore

SOCIETÀ DI PERSONE - Rapporti fra società e terzi - in genere - Società di fatto - Legittimazione ad esercitare le azioni di concorrenza sleale e di risarcimento dei danni – Assistenza - Fondamento.

La società di fatto, ancorchè irregolare e non munita di personalità giuridica, è tuttavia un soggetto di diritto, in quanto titolare di un patrimonio formato con i beni conferiti dai soci, ed è, come tale, legittimata ad esercitare l'azione di concorrenza sleale e quella, ad essa dipendente, di risarcimento dei danni.

(Omissis)

MOTIVI DELLA DECISIONE

8. Con il primo motivo di ricorso si deduce violazione e, in parte, falsa applicazione dell'art. 2301 c.c. (non riguardante il recesso nelle società di fatto), art. 2293 c.c., art. 2285 c.c. (comma 3), art. 2289 c.c. (commi 1 e 4), art. 2598 c.c., nn. 1 e 3. I ricorrenti ritengono che nell'ipotesi di società di fatto il recesso del socio attuato senza alcuna comunicazione neanche verbale ma posto in essere con le modalità attuate dal fratello P.R. integra comunque una ipotesi di concorrenza sleale ex art. 2598 c.c., nn. 1 e 3 e una serie di fatti illeciti soggetti alla disciplina generale di cui all'art. 2043 c.c.
9. Il motivo oltre a sovrapporre tesi giuridiche contrastanti, come si evince dalla lettura dei quesiti di diritto, non coglie la *ratio decidendi* della Corte di appello che è stata quella di ritenere che, anche a voler ritenere esistente una società di fatto, i comportamenti di P.R., - indicati dagli odierni ricorrenti come contrastanti con il divieto di attività concorrente da parte del socio, ipotesi riconducibile all'art. 2301 c.c., applicabile anche alle società di fatto, ed evidentemente diversa e più ampia rispetto a quella della concorrenza sleale, - si realizzarono dopo la sua uscita dalla società di fatto. Questo non significa affatto che la Corte di appello abbia, una volta esclusa la concorrenza della concorrenza vietata ai sensi dell'art. 2301 c.c., escluso automaticamente la commissione di atti di concorrenza

- sleale. Per altro verso, sono infondate le censure mosse, con una certa contraddittorietà, dai ricorrenti secondo cui il recesso *per facta condudentia* non può essere riconducibile ad atti arbitrari e violenti ai danni della società e secondo cui la norma di cui all'art. 2301 c.c. non troverebbe applicazione alle società di fatto in virtù del richiamo dell'art. 2293 c.c.
10. L'idoneità di un comportamento concludente è strettamente correlata alla sua univocità e percepibilità (cfr. Cass. civ. sez. 1 n. 2438 del 30 gennaio 2009 secondo cui "nella società personale contratta per un tempo determinato, il recesso di uno dei soci, che non venga esercitato né per giusta causa, né nei casi previsti dal contratto sociale, comporta la modificazione del medesimo contratto e, pertanto, necessita del consenso degli altri soci, quale accettazione, che è atto a forma libera - al pari del negozio cui si riferisce - e può essere desunta anche da "*facta concludentia*" univoci; in tal caso, determinando lo scioglimento del rapporto sociale al momento stesso del suo perfezionamento, il recesso prevale rispetto all'esclusione successivamente deliberata dagli altri soci, in quanto il principio secondo cui, nel concorso di più cause di scioglimento del rapporto sociale limitatamente ad un socio, deve ritenersi operante quella che si verifichi per prima, trova applicazione anche nel caso di concorso fra recesso ed esclusione").
 11. L'applicabilità della norma di cui all'art. 2301 c.c. anche ad altre forme societarie e in particolare alla società di fatto è stata posta proprio dai ricorrenti a fondamento della propria domanda (p. 3 della citazione del 1989, richiamata a p. 26 del ricorso, nella quale si "faceva asserzione di concorrenza illecita e menzione, tra parentesi, dell'art. 2301 c.c.").
 12. Con il secondo motivo di ricorso si deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 1102 e 934-935 c.c., con riferimento all'art. 936 c.c. e all'art. 1350 c.c. nonché all'art. 2251 c.c. e ss. c.c. e principi generali connessi e discendenti nonché omessa e comunque insufficiente motivazione su punti decisivi della controversia. I ricorrenti ritengono che la costruzione di un fabbricato su terreno in comproprietà comune dei quattro soci e compiuta con materiali della società comporta l'applicazione dell'art. 936 c.c. anziché degli artt. 934 e 935 c.c.
 13. Il motivo è infondato. Il conferimento della proprietà dell'immobile alla società di fatto avrebbe richiesto la prova scritta ex art. 1350 c.c. (cfr. Cass. civ. n. 24961 del 25 novembre 2011) in assenza della quale, correttamente, la Corte di appello ha ritenuto la comproprietà dell'immobile da parte dei quattro fratelli P., comproprietari del suolo, e ha rilevato altresì l'infondatezza di una azione di rilascio nei confronti dell'odierno controricorrente nonché l'estraneità al pre-

- sente giudizio di azioni intese al rispetto delle disposizioni dell'art. 1102 c.c. in tema di uso della cosa comune.
14. Con il terzo motivo di ricorso si deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 2934 e 2946 c.c. sulla prescrizione del diritto al risarcimento dei danni da appropriazione dei beni societari e da atti di concorrenza sleale e segnatamente in correlazione con la violazione dell'art. 2943 c.c. per omesso esame di due atti interruttivi documentalmente provati. I ricorrenti deducono l'omesso esame di due atti di diffida notificati prima del decennio, esame che avrebbe portato a una decisione opposta sull'eccezione di prescrizione.
 15. Con il quarto motivo di ricorso si deduce violazione dell'art. 2730 c.c. e art. 116 c.p.c., sulla valutazione - omessa e insufficiente - delle prove sul punto decisivo dell'appropriazione da parte di P.R. di mobili in vendita della società per separare la sua quota di 1/4.
 16. Con il quinto motivo di ricorso si deduce violazione e falsa applicazione dell'art. 2266 c.c. e art. 100 c.p.c. e dei principi connessi e/o conseguenti; l'omessa e/o insufficiente motivazione sul punto decisivo della contestuale tutela dei ricorrenti che hanno agito sin dall'atto introduttivo quali soci della società di fatto e solo concorrentemente per sé stessi personalmente.
 17. Quanto agli ultimi due motivi di ricorso, che possono essere esaminati congiuntamente, i ricorrenti ritengono non necessaria la formulazione di quesiti di diritto e di fatto. Si rileva a tale proposito che la controversia non è soggetta all'applicazione dell'art. 366-bis c.p.c. introdotto dal D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, art. 6.
 18. I due motivi sono infondati in quanto legittimato all'ordinaria azione di concorrenza sleale di cui all'art. 2598 c.c. è unicamente l'imprenditore concorrente e, nel caso in cui gli atti di concorrenza sleale vengano compiuti in danno di una società, soltanto questa, in persona dell'organo che la rappresenta, è la parte legittimata all'esercizio della relativa azione. Ciò anche nel caso in cui la società concorrente sia una società di fatto, ancorché irregolare e non munita di personalità giuridica, perché, essa è un soggetto di diritto, titolare di un patrimonio formato con i beni conferiti dai soci e tale soggettività è idonea ad attribuire alla società di fatto la legittimazione ad agire per esercitare l'azione di concorrenza sleale come pure quella dipendente di risarcimento danni (cfr. Cass. civ., sezioni unite, n. 291 del 26 aprile 2000, sezione 1 n. 8531 del 5 maggio 2004, n. 816 del 15 gennaio 2009, n. 3869 del 3 dicembre 1968 sezione 3 n. 12833 del 19 novembre 1999).
 19. Quanto alla domanda di accertamento dell'appropriazione di beni sociali la motivazione della Corte di appello ha evidenziato la genericità e indeterminatezza della, sua proposizione in primo grado (in particolare la Corte ha rilevato che la domanda è stata proposta

senza la specificazione delle merci e dei beni sottratti). A tali rilievi i ricorrenti non oppongono alcuna deduzione idonea a sostanziare la censura di omessa e insufficiente motivazione ma incentrano il motivo di impugnazione sull'omesso esame della pretesa confessione dell'odierno controricorrente il quale, peraltro, a sua volta, contesta di aver mai reso una confessione nel corso del giudizio. I riferimenti alla ritenuta confessione contenuti nella parte illustrativa del quarto motivo di ricorso appaiono sforniti di autosufficienza perché non riportano, se non citando brani estrapolati dal contesto complessivo, le dichiarazioni di P.R. da cui dovrebbe dedursi la confessione. Inoltre si deve rilevare che tali brani attestano piuttosto la contestazione della domanda da parte dell'odierno controricorrente e non hanno sicuramente un valore univoco anche perché si riferiscono a una ricognizione del tutto sommaria e indeterminata dei fatti di causa.

20. L'infondatezza del quarto e quinto motivo di ricorso fa ritenere l'assorbimento del terzo.
21. Il ricorso va pertanto respinto con condanna dei ricorrenti al pagamento delle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna i ricorrenti al pagamento delle spese del giudizio di cassazione liquidate in 7.200 Euro di cui 200 per spese, oltre spese forfetarie e accessori di legge.

Soggettività giuridica e società di persone

Gaia De Marchi

(Dottoranda di ricerca in Diritto, mercato, persona
nell'Università Ca' Foscari Venezia)

Abstract In the management of unfair competition by a company disciplined in the art. 2598 of the Civil Code by the judgement of August 7th 2014, n. 17792 the Supreme Court invokes a principle established by the United Sections of the same Court saying that the Partnership, although without legal personality, are subject individually to this law. The main point of the issue considered by the Court is establishing whether the company is or is not legal subject and therefore, imputation centre of active and passive legal situations. According with the financial autonomy as subjective key, also in this kind of company typology, it determines the transfer the ownership of the assets of the partners (*in fact*) to the Partnership (*de facto*). Therefore, the absence of the entity's legal status does not preclude the possibility to be considered part in law actions because the Partnership is a centre of imputation with a specific legal subject distinct from partners ones and with an own trial identity.

Sommario 1. Il fatto. – 2. Il problema della soggettività giuridica delle società di persone. – 3. Il problema della soggettività delle società di persone: il contributo di Cassazione Sezione Unite 291/2000. – 4. La società di fatto come soggetto di diritto. – 5. Spunti di riflessione.

Keywords Personalità giuridica. Società di persone. Soggettività giuridica.

1 Il fatto

Nell'affermare la legittimazione di una società di fatto all'esercizio dell'azione di concorrenza sleale di cui all'art. 2598 c.c., con la sentenza del 7 agosto 2014, n. 17792 la Corte di Cassazione richiama un principio sancito dalle sezioni unite della stessa Corte – che sembra aver risolto un perdurante contrasto tra due diversi orientamenti che si fronteggiavano non solo in dottrina ma anche fra le stesse sezioni della Cassazione – secondo cui le società di persone, anche se prive di personalità giuridica, sono autonomi soggetti dell'ordinamento.

Nel caso di specie, il Tribunale di Pescara, con sentenza non definitiva n. 934/2003, su istanza di alcuni soci di una società di fatto, condannava un terzo socio alla cessazione di tutte le attività commerciali di vendita di mobili in concorrenza con quelle degli attori, al rilascio di parte di un fabbricato occupata dal soccombente e di proprietà della società di fatto esistente fra attori e convenuto, alla cessazione di una pubblicità ingenerante confusione, nonché al risarcimento dei danni da determinarsi con CTU nel proseguimento del giudizio.

Il convenuto proponeva appello contestando l'esistenza di una società di fatto tra le parti e rilevando la mancanza di prova al riguardo. Lo stesso,

inoltre, eccettava la prescrizione della domanda di cessazione dell'attività di concorrenza pretesamente sleale e di quella di risarcimento danni, nonché il difetto di legittimazione degli attori rispetto a tali domande.

La Corte di appello di L'Aquila, in totale riforma della sentenza del Tribunale, respingeva tutte le domande proposte ritenendo che, a prescindere dall'accertamento, non richiesto in via autonoma dalle parti in causa, dell'esistenza o meno di una società di fatto, doveva considerarsi pacifico un comportamento concludente del convenuto manifestatosi nel marzo 1979 e tale da porre in essere - qualora esistente - un recesso dalla società.

Gli attori ricorrevano per cassazione deducendo, tra gli altri motivi di impugnazione - che esulano dalla disamina di questa nota - la violazione e falsa applicazione degli artt. 2266 c.c. e 100 c.p.c. e dei principi connessi e/o conseguenti; l'omessa e/o insufficiente motivazione sul punto decisivo della contestuale tutela dei ricorrenti che hanno agito sin dall'atto introduttivo quali soci della società di fatto e solo concorrentemente per sé stessi personalmente.

I giudici di legittimità dichiaravano l'infondatezza di tale motivo adducendo l'argomento che è centrale nell'economia del presente lavoro e che si traduce nella legittimazione «all'ordinaria azione di concorrenza sleale di cui all'art. 2598 c.c.» unicamente da parte dell'imprenditore concorrente: conseguentemente, nel caso in cui gli atti di concorrenza sleale vengano compiuti in danno di una società, soltanto questa, in persona dell'organo che la rappresenta, è la parte legittimata all'esercizio della relativa azione. Aggiunge la Corte «ciò anche nel caso in cui la società concorrente sia una società di fatto, ancorché irregolare e non munita di personalità giuridica, perché, essa è un soggetto di diritto, titolare di un patrimonio formato con i beni conferiti dai soci e tale soggettività è idonea ad attribuire alla società di fatto la legittimazione ad agire per esercitare l'azione di concorrenza sleale come pure quella dipendente di risarcimento danni (cfr. Cass. civ., sezioni unite, n. 291 del 26 aprile 2000, sezione 1 n. 8531 del 5 maggio 2004, n. 816 del 15 gennaio 2009, n. 3869 del 3 dicembre 1968 sezione 3 n. 12833 del 19 novembre 1999)».

2 Il problema della soggettività giuridica delle società di persone

Con la sentenza oggetto della presente nota la Cassazione ha rispolverato un tema - quello della personalità e soggettività delle società di persone - che ha interessato la dottrina e la giurisprudenza fin dall'entrata in vigore del codice civile del 1942.

A parere di chi scrive, il tema *de qua* è, nella sostanza, un "falso problema" perché non fa altro che richiamare la diversità delle normative

di varie fattispecie per le quali, nell'evoluzione storica del diritto, è stata adottata l'espressione "persona giuridica".

Il problema di qualificare le società di persone come "persone giuridiche", infatti, ha senso solamente laddove sia necessario rimandare alla normativa che quell'espressione riassume ed è destinato a svuotarsi di significato di fronte a specifiche disposizioni che sono dettate proprio per le società di persone rendendo il patrimonio di queste autonomo rispetto a quello dei soci, oltre che stabilmente vincolato allo svolgimento dell'attività di impresa.

Pertanto, alla luce delle precedenti considerazioni e senza alcuna pretesa di esaustività, si riportano le linee essenziali di un dibattito che, anche grazie all'intervento chiarificatore delle sezioni unite (v. *infra*, par. 3), si è concluso nel senso del riconoscimento, in capo alle società di persone, della soggettività giuridica.

L'interrogativo che sta alla base della vicenda esaminata dalla Corte è se le società di fatto siano o no soggetti di diritto e, dunque, centri di imputazione di situazioni giuridiche attive e passive.

La questione, che si inserisce nella più ampia *querelle* relativa alla soggettività giuridica delle società di persone, trova la sua origine nella lettera della legge, che pur non esprimendosi mai in termini di soggettività giuridica, attribuisce comunque personalità giuridica alle sole società di capitali.

In particolare, ci si chiede se, nonostante l'art. 2331 c.c. stabilisca che «con l'iscrizione nel registro la società [per azioni] acquista la personalità giuridica», si debba comunque riconoscere alle società di persone una posizione sostanziale di (diversa ed attenuata) "soggettività giuridica".

Autorevole dottrina, superando la lettera della norma, ha attribuito anche alle società di persone la natura di persone giuridiche sul presupposto che «costituendo l'espressione «persona giuridica» l'espressione abbreviata di una disciplina, il ricorso a detto termine sarà giustificato ogni qual volta ricorra l'applicabilità della normativa che così si intende riassumere. Il domandarsi perciò se una determinata collettività (per rimanere nell'ambito di queste) costituisca o meno una «persona giuridica» è porsi una domanda che, a rigore, è senza senso. Senso ha la domanda della disciplina giuridica applicabile. Una volta che questa sia determinata, il ricorso al termine persona giuridica sarà o meno possibile a seconda che si prescelga o non si prescelga questo segno per indicare quella normativa»¹.

Secondo questa tesi, il legislatore riconoscerebbe implicitamente a tutte le società di persone la personalità giuridica, dal momento che le considera, nella vita giuridica, alla stregua di soggetti di diritto².

1 T. ASCARELLI, *Personalità giuridica e problemi delle società*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 247.

2 A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1963, p. 47.

Altri autori, pur dimostrando in generale di allinearsi all'impostazione in precedenza riportata, dimostravano, tuttavia, di considerare persone giuridiche solamente le società di persone iscritte nel registro delle imprese, poiché - essendo il patrimonio sociale sottratto all'azione disgregatrice dei creditori particolari del socio e i creditori sociali preferiti ai particolari in sede di liquidazione - individuavano «una stretta dipendenza tra persona e rapporto di responsabilità anche nella fase di garanzia generica»³.

In senso opposto si collocava chi, prima della riforma del diritto societario del 2003, considerava le società di persone come comunioni qualificate aventi autonomia patrimoniale, dove i soci sono contitolari di un patrimonio vincolato ad una particolare destinazione economico-produttiva. Secondo quest'impostazione, anche supponendo che «per pura dimenticanza il legislatore avesse ommesso di menzionare l'acquisto della personalità giuridica per le società di persone, la supposizione sarebbe destinata a cadere di fronte all'art. 2498 c.c., il quale regola l'ipotesi della trasformazione di società in nome collettivo o in accomandita semplice in società aventi la personalità giuridica e stabilisce appunto, nel comma 3°, che *con l'iscrizione della deliberazione di trasformazione nel registro delle imprese la società acquista la personalità giuridica*»⁴.

Anche se tale disposizione normativa è venuta meno con la riforma del diritto societario del 2003⁵, i sostenitori della tesi negatrice della personalità giuridica evidenziano come anche nell'art. 19, co. 2, c.p.c. si faccia espressamente menzione di «società non aventi personalità giuridica».

La soluzione intermedia è quella che attribuisce alle società di persone, se non la personalità giuridica espressamente prevista dall'art. 2331 c.c., almeno una soggettività giuridica⁶.

A tal proposito merita ricordare che già la dottrina creatasi intorno al codice civile del 1865 e al codice di commercio del 1882⁷, riteneva che

3 G. SCALFI, *Personalità giuridica delle società di persone registrate*, Milano, 1954, p. 48.

4 P. GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano, Lineamenti generali*, Torino, 1959, p. 202.

5 L'attuale disciplina si limita a precisare, in modo neutrale, che la trasformazione ha effetto dall'ultimo adempimento pubblicitario prescritto dalla legge.

6 Cfr. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale II. Diritto delle società*⁸, Torino, 2012, p. 45 ss., secondo cui «ferme restando le differenze di struttura organizzativa [...], la contrapposizione normativa fra società di persone e società di capitali deve essere significativamente ridimensionata, una volta acquisito - come sempre più frequentemente riconosce la stessa giurisprudenza - che anche le società di persone sono trattate dal legislatore come autonomi soggetti di diritto». Secondo l'Autore, infatti, ci sarebbero numerosi dati legislativi (primo fra tutti, l'art. 2266, co. 1, c.c.) che testimoniano la presenza di un fenomeno di unificazione soggettiva anche nell'ambito delle società di persone che, dunque, sono trattate come centri di imputazione giuridica distinti dalle persone dei soci.

7 Un'ampia sintesi del dibattito dottrinale sul tema è ricostruita da R. BOLAFFI, *La società semplice*, Milano, 1975, p. 287 ss.

nel nostro ordinamento esistesse una tripartizione dei soggetti giuridici: le persone fisiche, le persone giuridiche e i soggetti collettivi o gruppi organizzati non personificati tra i quali rientrava la società di persone. È a quest'ultima, e non ai soci, che sono imputabili i beni della società⁸.

Veniva a crearsi dunque, una posizione intermedia tra persona giuridica e pluralità contrattuale, quasi si avesse un «*gradus ad personalitatem*»⁹.

Si legge in una delle più antiche edizioni del *Manuale civile e commerciale* del Messineo che «oltre alle persone giuridiche...riconosciute, vi sono associazioni sprovviste di riconoscimento... e che, tuttavia, pur essendo prive dell'autonomia patrimoniale perfetta, fruiscono di una indubbia soggettività giuridica e che sono variamente denominate con termine non tecnico (unioni, società, ecc.)»¹⁰.

Il riconoscimento della soggettiva delle società di persone sarebbe testimoniato, inoltre, da numerosi dati legislativi.

In particolare, l'art. 2266, co. 1, c.c. stabilisce che «la società acquista diritti ed assume obbligazioni per mezzo dei soci che ne hanno la rappresentanza e sta in giudizio nella persona dei medesimi».

Alla luce di tale disposizione è evidente che se l'ordinamento non considerasse le società di persone come autonomi soggetti di diritto, avrebbe attribuito la capacità di essere parte processuale non a tali società ma ai singoli soci.

Ancora, l'art. 2659 c.c. sancisce che la trascrizione degli acquisti immobiliari - e, ai sensi dell'art. 2839 c.c., l'iscrizione delle ipoteche - debba essere effettuata, anche per le società di persone, al nome della società.

Secondo quest'impostazione, dunque, il legislatore del 1942 mentre, da un lato, avrebbe formalmente negato la personalità giuridica alle società di persone, dall'altro, gli avrebbe concesso qualcosa che alla stessa è certamente simile, in virtù della quale tali società sono trattate come centri di imputazione giuridica distinti dalle persone dei soci¹¹.

Anche sotto il profilo giurisprudenziale, si registrano orientamenti contrastanti.

8 Il codice di commercio del 1882 definiva i tre tipi di società allora esistenti (società in nome collettivo, società in accomandita e società anonima) come «enti collettivi distinti dalle persone dei soci», dando così luogo, nella dottrina del tempo, ad un vivace dibattito sul punto se tutte le società dovessero considerarsi persone giuridiche. Così G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 43.

9 G. RAGUSA MAGGIORE, *Soggettività delle società di persone: valore semantico o apofantico?*, in *Dir. fall.*, 1990, I, p. 867.

10 Cfr. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*⁷, Milano, 1947, p. 177 ss. il quale, ispirato alle vecchie dottrine, non potendo sostenere che tutte le società hanno la personalità giuridica, individua in tutte le società due anime, quella contrattuale e quella della soggettività: questa sorta di soggettività liberatoria di qualsiasi problema consente di ricondurre tutte le società in un'unica categoria.

11 G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 47.

Decisamente prevalente in passato era la risposta negativa all'interrogativo se le società di persone dessero vita o meno ad un fenomeno di unificazione soggettiva.

Si riteneva, infatti, che le obbligazioni sociali fossero obbligazioni proprie dei soci, ai quali, considerati nel loro complesso unitario, veniva direttamente imputata, sia pure collettivamente, l'attività di impresa¹².

Tale impostazione risolveva il problema facendo perno sul parallelismo tra personalità giuridica e soggettività giuridica, finendo così col negare agli enti non personificati l'attitudine ad essere titolari di situazioni giuridiche.

Più di recente, si registrano due contrastanti statuizioni emesse dalla Corte suprema a breve distanza di tempo.

Con la sentenza del 24 luglio 1989, la Corte affronta il problema relativo alla possibilità che una società in nome collettivo, priva di personalità giuridica, possa essere titolare di diritti negoziali o reali.

La soluzione del supremo Collegio - che si riallaccia a quelle correnti dottrinarie che avrebbero creato una sorta di posizione intermedia tra personalità giuridica e pluralità contrattuale - è stata nel senso di riconoscere la società in nome collettivo regolare come «autonomo soggetto di diritto, capace di essere centro di riferimento diritti reali, di situazioni negoziali e processuali autonome rispetto alle posizioni dei componenti la compagine sociale, e ciò sia nei confronti dei terzi, sia nei confronti degli stessi soci»¹³.

La Corte, dunque, scinde così il parallelismo tra personalità giuridica e soggettività di diritto rilevando come «l'attitudine ad essere titolari di diritti non è, nel nostro ordinamento, fenomeno esclusivo della dualità persona fisica-persona giuridica, essendo individuabile tutta una serie di fenomeni collettivi, di entità non personificate, considerati dall'ordinamento quali centri di imputazione di situazioni giuridiche da riconoscersi, in quanto tali, nella loro autonomia dalla posizione delle persone fisiche componenti la compagine operante in forma associata, e di cui l'autonomia patrimoniale costituisce eminente manifestazione»¹⁴.

L'autonomia patrimoniale, dunque, non è più l'espressione di un vincolo funzionale che grava sul patrimonio degli associati, ma rappresenta la separazione tra le situazioni giuridiche che fanno capo alle persone fisiche da quelle facenti all'ente cui le stesse hanno dato luogo.

Di contro a tale sentenza, sta l'altra più recente statuizione della Corte suprema, 7 marzo 1990, n. 1799, che nega la soggettività giuridica delle società di persone (nella specie, società in accomandita semplice).

¹² Cass., 29 gennaio 1971, n. 228, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, p. 989; Cass. 6 febbraio 1984, n. 907, in *Giur. comm.*, 1984, II, p. 240.

¹³ Cass., 24 luglio 1989, n. 3498, in *Dir. fall.*, 1990, II, p. 411 ss., con nota di G. RAGUSA MAGGIORE, *Personalità giuridica e soggettività giuridica: una questione sempre aperta*.

¹⁴ *Ibid.*, p. 402 ss.

Il riconoscimento, sul piano soggettivo, di una sorta di unificazione della collettività dei soci e, sul piano oggettivo, di una autonomia patrimoniale del complesso dei beni destinati alla realizzazione degli scopi sociali, non farebbe altro che delimitare la «*pur ammessa* soggettività giuridica della società di persone», che diventerebbe solamente un «congegno giuridico volto a consentire alla pluralità (dei soci) una unitarietà di forme di azione, e non già a dissolvere tale pluralità nella unicità esclusiva di un *ens tertium*»¹⁵.

La società di persone, dunque, «non si astraie nel soggetto», ma si esaurisce, sia dal punto di vista ontologico che formale, nei soci, ai quali soltanto, nella loro collettività, vanno imputate tutte le situazioni giuridiche sostanziali.

Questa sentenza sembrerebbe inquadrare perfettamente la fattispecie nel contesto del sistema creato dal Legislatore del 1942, che, non solo, ha posto una netta distinzione tra soggetti e patrimonio, ma ha anche suddiviso i soggetti nelle due categorie delle persone fisiche e giuridiche.

Pertanto, a meno che non si voglia attribuire la soggettività giuridica alla società di persone per mera comodità di enunciazione, occorrerebbe cercare altrove il criterio che consente di imputare a tali enti situazioni giuridiche attive e passive¹⁶.

È in questa anfibia che va ricercata l'origine del dibattito su personalità e soggettività che ha interessato la dottrina e la giurisprudenza dall'entrata in vigore del presente codice.

3 Il problema della soggettività delle società di persone: il contributo di Cassazione Sezione Unite n. 291/2000

Poiché la sentenza oggetto del presente commento - nel sancire la legittimazione della società di fatto ad esercitare l'azione di concorrenza sleale di cui all'art. 2598 c.c. come pure quella dipendente di risarcimento danni - richiama, tra le altre, la sentenza della corte di Cassazione n. 291 del 26 aprile 2000, appare opportuno esaminare, preliminarmente, l'*iter* logico che ha portato le Sezioni Unite a qualificare le società di persone come autonomi centri di imputazione di rapporti giuridici.

La soluzione del problema più generale era funzionale alla risposta da dare al quesito relativo al diritto alla liquidazione della quota spettante agli eredi del socio defunto: in particolare, ci si chiedeva se tale diritto dovesse essere fatto valere nei confronti della società ovvero dei soci.

15 Cass., 7 marzo 1990, n. 1799, in *Dir. fall.*, 1990, II, p. 1419.

16 G. RAGUSA MAGGIORE, *Soggettività delle società di persone: valore semantico o apofantico?*, in *Dir. fall.*, 1990, I, p. 872.

Le Sezioni Unite, con la sentenza n. 291 del 26 aprile 2000, hanno optato per la prima alternativa.

Nello specifico, i giudici di legittimità hanno stabilito che l'azione diretta a fare valere la pretesa alla liquidazione della quota in caso di morte del socio (come nella fattispecie concreta), ma anche di recesso o di esclusione ai sensi dell'art. 2289 c.c. deve essere indirizzata alla società – come autonomo centro di imputazione dei rapporti giuridici – e non ai singoli soci.

Tale pronuncia è considerata l'inevitabile sbocco del persistente contrasto giurisprudenziale sul problema della soggettività delle società di persone (v. *supra*, par. 2).

Un primo orientamento giurisprudenziale¹⁷, riteneva che nelle società di persone, prive della personalità giuridica, il ruolo centrale fosse attribuito ai soci, i quali, nel loro insieme, sono essi stessi centri di riferimento e di imputazione delle situazioni giuridiche attive e passive inerenti all'esercizio dell'impresa.

Secondo tale orientamento, la legittimazione passiva deve essere attribuita a tutti i soci in veste di litisconsorti necessari, ritenendo non superabile il tenore letterale degli artt. 2284 c.c. secondo cui «*in caso di morte di uno dei soci gli altri devono liquidare la quota agli eredi*» e 2285 c.c. a norma del quale «*il recesso deve essere comunicato agli altri soci con un preavviso di almeno tre mesi*».

Un secondo orientamento (sostenuto sia dalla dottrina dominante che dalla giurisprudenza maggioritaria della stessa Corte), invece, era nel senso di ritenere passivamente legittimata soltanto la società¹⁸.

La società di persone, infatti, «anche se priva di personalità giuridica, è autonomo soggetto dell'ordinamento, in quanto è titolare dei beni sociali ed ha capacità sostanziale e processuale nei rapporti «esterni» che coinvolgono i beni stessi»¹⁹.

I soci, dunque, che unitariamente costituiscono il gruppo sono anche considerati nella loro individualità e alterità rispetto alla società (gruppo costituito), dal momento che è possibile configurare tra ciascun socio e la società relazioni giuridiche strutturate da reciproche situazioni soggettive attive e passive facenti capo all'uno e all'altra.

Pertanto, «sembra preferibile ravvisare – anziché una contitolarità unitaria ed inscindibile, nei soci (e negli associati), delle situazioni giuridiche attive e passive riferite all'attività sociale (o dell'associazione non riconosciuta) – la soggettivazione della società di persone (o dell'associazione non riconosciuta): soggetto di diritto, la società di persone, individuo e

17 Cass., 23 maggio 1972, n. 1577, in *Dir. fall.*, 1972, II, p. 974; Cass., 24 aprile 1993, n. 4821, in *Mass. Giust. civ.*, 1993, p. 734.

18 In questi termini, cfr., per tutti, Cass., 28 gennaio 1993, n. 1027, in *Dir. fall.*, 1993, II, p. 789.

19 Cass., 26 aprile 2000, n. 291, in *Giur. comm.*, 2001, II, p. 231.

distinto da ciascuno dei soci che, nel loro insieme, ne costituiscono la (necessaria) base pluripersonale»²⁰.

Entrando nel merito della questione, è possibile suddividere la motivazione della Corte in due parti, la prima, volta a confutare le argomentazioni sulla legittimazione passiva dei soci, la seconda, volta a dimostrare gli elementi che sostengono la tesi poi accolta, e cioè quella della soggettività giuridica della società.

Quanto alla prima parte, il richiamo letterale dell'art. 2284 c.c. troverebbe spiegazione nell'esigenza di semplificare al massimo il dettato normativo raccordando le tre fattispecie dell'art. 2284 c.c. attraverso l'adozione di un soggetto - i soci superstiti - che potesse essere comune a tutti e tre i predicati verbali (liquidare, sciogliere o accordarsi)²¹.

Secondo la Corte, dunque, «il mantenimento nell'unico periodo dello stesso soggetto, cioè i soci superstiti, anche con riguardo al dovere di liquidare la quota, in assenza o nell'impossibilità di detta scelta, non ha il valore di un'eccezione al canone generale, ma rimane sul piano dell'uso di un'espressione equipollente a quella di società, nella compagine ridotta dal decesso di un socio»²².

Il richiamo alla lettera dell'art. 2285 c.c., invece, troverebbe spiegazione nel carattere recettizio della dichiarazione attraverso la quale viene esercitato il diritto di recesso.

Nelle società rette dall'*intuitus personae*, infatti, la dichiarazione di un socio di recedere dal contratto sociale deve essere portata direttamente a conoscenza degli altri contraenti con un congruo preavviso in modo che ciascuno di essi possa agire di conseguenza²³.

Tuttavia, rileva la Corte, tali modalità di comunicazione - volte a portare a conoscenza dei soci ogni modificazione soggettiva del contratto sociale - «non investono e lasciano impregiudicata la diversa problematica dell'individuazione del soggetto obbligato alla liquidazione della quota»²⁴.

Quanto alla parte della sentenza volta a dimostrare la tesi della legittimazione passiva della società, punto di partenza è il riconoscimento in capo alle società di persone di una soggettività giuridica distinta ed autonoma rispetto a quella dei soci, conformemente al più recente orien-

20 A. SCHERMI, *Soggettività e società di persone*, nota a Cass., 19 novembre 1999, n. 12833, in *Giust. civ.*, 2000, p. 1045.

21 I. MENGHI, *La liquidazione della quota di società personali e le Sezioni unite: un passo avanti nella definizione degli effetti dello scioglimento del vincolo particolare*, nota a Cass., 26 aprile 2000, n. 291, sez. un., in *Giur. comm.*, 2001, II, p. 230 ss.

22 Cass., 26 aprile 2000, n. 291, in *Giur. comm.*, 2001, II, p. 233.

23 I. MENGHI, *op. cit.*, p. 241.

24 Cass., 26 aprile 2000, n. 291, in *Giur. comm.*, 2001, II, p. 231.

tamento di questa Corte sintetizzabile nell'espressione «ogni persona è soggetto; non ogni soggetto è persona»²⁵.

Tale teoria - che considera anche i gruppi organizzati non personificati centri di imputazione di situazioni giuridiche - si fonda sulla ricostruzione dell'autonomia patrimoniale in chiave soggettiva²⁶ secondo cui la stipulazione del contratto sociale determinerebbe il trasferimento della titolarità dei beni conferiti dal patrimonio dei soci a quello della società: il patrimonio non appartiene per quota ai soci, come nella comunione, ma per intero alla società.

La società, dunque, diventa un nuovo e autonomo soggetto di diritto destinatario dei diritti e degli obblighi nascenti dall'attività sociale.

Come affermato dalla Suprema Corte, questa ricostruzione «che trova la pienezza espressiva nelle società di capitali, munite di personalità giuridica, non è estranea però, anche alle società di persone ancorché non fruente di personalità giuridica. Ed invero, la semplice negazione della personalità giuridica delle società di persone non è decisiva per avallare soluzioni contrarie dei medesimi problemi, dal momento che, anche l'autonomia patrimoniale imperfetta, che caratterizza le società di persone, può essere configurata in termini di alterità soggettiva del patrimonio comune»²⁷.

Quanto a tali tipi societari, il fondamento dell'impostazione risiede sia nella norma che stabilisce che tali società acquistano diritti e assumono obbligazioni per mezzo dei soci (art. 2266 c.c.²⁸), sia nel riconoscimento

25 Cfr. Cass., 24 luglio 1989, n. 3498, in *Dir. fall.*, 1990, II, p. 402 ss.; Cass., 28 gennaio 1993 n. 1027, in *Dir. fall.*, 1993, II, p. 792, secondo cui «alla teoria tradizionale in ordine alla posizione giuridica fondamentale degli enti non personificati [...], si contrappone una linea evolutiva diretta ad escludere la concentrazione della soggettività giuridica nel dualismo «persona fisica - persona giuridica» e a superare il dogma della personalità giuridica, individuando soggetti collettivi o gruppi organizzati non personificati, qualificabili, a loro volta, come centri di imputazione, o punti di riferimento, di determinate situazioni giuridiche, il cui principale carattere distintivo si identifica nell'autonomia patrimoniale, ancorché imperfetta».

26 Sulla ricostruzione dell'autonomia patrimoniale in chiave oggettiva cfr. Cass., 28 gennaio 1993, n. 1027, con nota di G. RAGUSA MAGGIORE, in *Dir. fall.*, 1993, II, p. 791, secondo cui «non significa per i soci perdita della proprietà dei beni conferiti, ma assoggettamento di tali beni ad una forma di comproprietà diversa da quella regolata dagli artt. 1100 ss. cod. civ., in quanto giustificativa del vincolo di destinazione che, per effetto del contratto sociale, grava sui beni comuni. Da questa impostazione deriverebbe che le obbligazioni assunte nell'attività sociale si imputano pur sempre alle persone dei soci, ma l'autonomia patrimoniale (ancorché limitata nella società di persone) fa sì che i soci rispondano prioritariamente con i beni conferiti in società».

27 Cass., 28 gennaio 1993, n. 1027, con nota di G. RAGUSA MAGGIORE, in *Dir. fall.*, 1993, II, p. 791.

28 Sulla base di quanto disposto dall'art. 2266, co. 1, cod. civ., secondo cui «La società acquista diritti ed assume obbligazioni per mezzo dei soci che ne hanno la rappresentanza e sta in giudizio nella persona dei medesimi», si tende a riconoscere in capo alle società di persone una soggettività giuridica - intesa come autonoma capacità di acquistare diritti, assumere obbligazioni e di stare in giudizio - che prescinde dal problema inerente al rico-

della capacità processuale attiva e passiva, sia nell'art. 2254 c.c.²⁹ in cui si prevede che il conferimento può avvenire «in proprietà», sia negli artt. 2659 e 2839 c.c. (come modificati dalla legge 27 febbraio 1985, n. 52) che considerano le società di persone come parti a favore e contro le quali possono essere effettuate trascrizioni di acquisti immobiliari o iscrizioni ipotecarie³⁰.

Inoltre, l'art. 2289 c.c.³¹ – la norma che contempla il diritto del socio receduto, escluso o degli eredi del socio defunto di ottenere la liquidazione della quota – qualifica, anche se non espressamente, tale diritto come diritto di credito esercitabile nei confronti della società che vi provvede attraverso lo storno di una parte del patrimonio sociale, determinata in base alla situazione patrimoniale della società, nell'implicito presupposto che il soggetto titolare di quella situazione coincida con il soggetto obbligato alla liquidazione³².

Diversamente (considerando obbligati i soci a versare una somma pari della quota stessa) il creditore sarebbe privato della garanzia offerta dal patrimonio sociale e gli rimarrebbero, a garanzia di un credito che trova fonte e giustificazione nella nascita e nella vita della società, soltanto i patrimoni personali degli altri soci³³.

A sostegno di questa lettura dell'art. 2289 c.c. la Corte indica due norme: l'art. 2270, co. 2, c.c., che considera la liquidazione della quota al creditore particolare del socio un obbligo della società e l'art. 2307, co. 2, c.c. che, qualora il creditore particolare del socio si opponga alla proroga tacita della società, sancisce il dovere della società di liquidare la quota del socio debitore dell'opponente.

Pertanto, escludendo che il legislatore, agli artt. 2284 e 2285 c.c., abbia voluto introdurre un'ingiustificata disciplina differenziata per le ipotesi di morte e di recesso, è opportuno concludere che «in tutti i casi in cui il vincolo sociale particolare si scioglie effetto legale è la nascita del diritto del socio uscente o dei suoi eredi di ottenere la liquidazione della quota

noscimento di una vera e propria personalità giuridica. Sul riconoscimento della personalità giuridica delle società di persone, cfr. A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1963, p. 51, secondo cui «la norma dalla quale [...] più sicuramente può desumersi la personalità giuridica di tutti i tipi di società, è quella dell'art. 2266 che, riconoscendo alla società la capacità di acquistare diritti ed assumere obbligazioni, indubbiamente le riconosce la titolarità di diritti e di obbligazioni e quindi la qualità di soggetto di diritto».

29 Art. 2254, co. 1, c.c. «Per le cose conferite in proprietà la garanzia dovuta dal socio e il passaggio dei rischi sono regolati dalle norme sulla vendita».

30 Cass., 19 novembre 1999, n. 12833, in *Giust. civ.*, 2000, p. 1040.

31 Art. 2289, co. 1, c.c., «Nei casi in cui il rapporto sociale si scioglie limitatamente a un socio, questi o i suoi eredi hanno diritto soltanto ad una somma di denaro che rappresenti il valore della quota».

32 Cass., 26 aprile 2000, n. 291, in *Giur. comm.*, 2001, II, p. 232.

33 *Ibidem*.

da parte della società»³⁴.

In conclusione, la sentenza *de qua* - diventata la pietra angolare dell'orientamento giurisprudenziale ormai dominante in tema di soggettività delle società di persone - dopo aver accertato l'inesistenza, nell'ordinamento societario, di ostacoli normativi che impediscono alle società non personificate di essere titolari di autonome situazioni giuridiche (attive e passive) verso i soci, supera il preteso «parallelismo tra personalità giuridica e soggettività di diritto, da cui deriva la costruzione sistematica - dualistica - secondo cui soggetti di diritto - centri di imputazione di situazioni giuridiche - sono soltanto le persone fisiche e le persone giuridiche. Soggetto giuridico è *genus*: nel quale rientrano - quali sue specificazioni - le persone fisiche, le persone giuridiche ed i soggetti collettivi o gruppi organizzati non personificati»³⁵.

4 La società di fatto come soggetto di diritto

Una volta superato il dualismo «persona fisica - persona giuridica» e individuati soggetti collettivi o gruppi organizzati non personificati quali centri di imputazione di determinate situazioni giuridiche - la cui principale caratteristica si identifica nella (ancorché imperfetta) autonomia patrimoniale - è opportuno esaminare le ragioni normative che giustificano questa stessa impostazione anche riguardo alle società di fatto, per molti aspetti sottoposte alla disciplina delle società di persone regolarmente iscritte nel registro delle imprese³⁶.

In via preliminare, appare necessaria una precisazione di carattere generale.

Per la costituzione di una società di persone la legge non prescrive l'adozione di una determinata forma, salvo quella richiesta dalla natura dei beni conferiti³⁷.

Dunque, il contratto di società si può perfezionare e la società può venire ad esistenza anche per fatti concludenti, ovvero senza che i soci manifestino esplicitamente la volontà di costituire la società: questo fenomeno viene concordemente descritto dalla dottrina e dalla giurisprudenza mediante l'espressione "società di fatto"³⁸.

34 I. MENGHI, *op. cit.*, p. 242.

35 A. SCHERMI, nota a Cass., 28 marzo 1996, n. 2846, in *Giust. civ.*, 1996, p. 3231.

36 Cfr. Cass., 28 gennaio 1993, n. 1027, in *Dir. fall.*, 1993, II, p. 792.

37 Tale principio si ricava espressamente dall'art. 2251 c.c., applicabile a tutte le società di persone. Si sottolinea, infatti, che l'art. 2296 c.c. esige la forma della scrittura privata autenticata o dell'atto pubblico ai soli fini dell'iscrizione nel registro delle imprese.

38 La società di fatto si identifica, in sostanza, con la «realizzazione fattuale di un'attività societaria (nella realizzazione di un'attività economica societaria attraverso il compimento

Per affermare l'esistenza di una società costituita in via di fatto bisogna dimostrare la presenza sia dell'elemento soggettivo dell'*affectio societatis* (indicandosi con tale espressione l'intenzione dei soci di fatto di collaborare in maniera organica per esercitare collettivamente un'attività di impresa) sia dell'elemento oggettivo, costituito dai requisiti richiesti dall'art. 2247 c.c. (conferimento di beni o servizi, esercizio in comune di un'attività economica, partecipazione ai guadagni e alle perdite)³⁹.

Alla luce della ricostruzione dell'autonomia patrimoniale in chiave soggettiva (v. *supra*, par. 3) anche nell'ambito di questo tipo societario si determina il trasferimento della titolarità dei beni conferiti dal patrimonio sei soci (di fatto) a quello della società (di fatto).

Infatti, se la stessa nozione di società presuppone quella di conferimento e se i beni possono anche essere conferiti in proprietà (art. 2254 c.c.), ne consegue come tale patrimonio debba necessariamente far capo ad un soggetto di cui è espressione economico giuridica.

Indici normativi da cui si desume il riconoscimento della soggettività giuridica delle società di fatto si ricavano altresì dal combinato disposto degli artt. 147, co. 5, l. fall. - che ha reso esplicita la fallibilità delle società occulte o di fatto di cui risulti l'esistenza a seguito della dichiarazione di fallimento dell'imprenditore apparentemente individuale - e 148, co. 2, l. fall., che, con espresso riferimento ai casi previsti dall'art. 147 l. fall., tiene distinti il patrimonio della società da quello dei singoli soci.

Tali norme sono il sintomo evidente che la distinzione dei patrimoni implica anche la distinzione soggettiva tra la società e i soci.

Infatti, la distinzione tra patrimonio sociale e patrimonio dei soci è indicativa del fatto che i soggetti, cui i rapporti giuridico patrimoniali devono fare riferimento, non sono i soci conferenti, ma la stessa società che di essi diviene titolare e alla quale i rapporti patrimoniali posti in essere fanno diretto riferimento⁴⁰.

I suesposti principi sulla soggettività delle società di persone, dunque, non trovano ostacoli nemmeno con riferimento alle società di fatto, le quali diventano nuovo e autonomo soggetto di diritto, destinatario dei diritti e degli obblighi nascenti dall'attività sociale.

di una serie di atti materiali e giuridici che comportano l'attuazione del contratto di società» (così G. COTTINO, *Considerazioni sulla disciplina dell'invalidità del contratto di società di persone*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 273), mancando la consacrazione in un atto scritto del contratto di società che risulta concluso appunto soltanto attraverso il compimento di comportamenti spontanei fattuali inequivocabilmente "sociali" (in tal senso, v. G. SPATAZZA, *La società di fatto*, Milano, 1980, p. 1 ss., il quale sottolinea come sia in questa accezione che la dottrina prevalente considera usato correttamente il termine "società di fatto"). Sulla nozione di società di fatto cfr. inoltre C. SACCO, *Sulla società di fatto*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 59 ss.

39 Sub art. 2247, *Commentario delle società* a cura di G. GRIPPO, 2009, p. 16.

40 Cass., 24 luglio 1989, n. 3498, in *Dir. fall.*, 1990, II, p. 408 ss.

Pertanto, nel caso di specie, non vi è dubbio alcuno che legittimata ad esercitare l'ordinaria azione di concorrenza sleale di cui all'art. 2598 c.c. – come pure quella dipendente di risarcimento danni – sia la società stessa.

L'assenza della personalità giuridica dell'ente, infatti, non preclude la sua legittimazione attiva, essendo comunque la società di fatto un centro autonomo di imputazione fornita di soggettività giuridica sostanziale distinta da quella dei soci e di propria capacità processuale.

5 Spunti di riflessione

Il tema della soggettività giuridica delle società di persone, con specifico riferimento alla società di fatto, presenta ulteriori spunti di riflessione.

Per mera completezza espositiva, sullo specifico tema della legittimazione passiva della società di fatto (v. *supra*, par. 3), mi si consenta di fare un passo ulteriore rispetto alla summenzionata pronuncia delle Sezioni Unite, prendendo le mosse da un'affermazione della Corte di appello di Milano secondo cui «la legittimazione processuale passiva della società non esclude però che i soci possano essere convenuti proprio in ragione della loro responsabilità solidale»⁴¹.

La vicenda offre alla Corte l'occasione di affrontare, con specifico riferimento alla società di fatto, il tema relativo alla legittimazione passiva nell'azione di liquidazione della quota del socio receduto.

Affermare che la liquidazione della quota rappresenta un debito diretto della società, che per prima ne deve rispondere, non significa che i soci, in quanto illimitatamente responsabili – trattandosi di società di fatto esercente attività commerciale – non ne possano rispondere in concorrenza, pur sussidiaria, con la società⁴².

Infatti, in applicazione della disciplina della società in nome collettivo

⁴¹ App. Milano, 30 aprile 2002, in *Società*, 2003, p. 1638.

⁴² L. GALLI, *Responsabilità per le obbligazioni di società di fatto e riflessi sulla legittimazione processuale passiva*, commento a App. Milano, 30 aprile 2002, in *Società*, 2003, p. 1642. Secondo la Corte distrettuale, «Vero è [...] che con riguardo alla problematica della legittimazione passiva la S. Corte ha finalmente risolto, con una sentenza a sezioni unite, un perdurante contrasto che si era registrato fra le sezioni semplici, l'orientamento prevalente delle quali era nel senso di ritenere passivamente legittimata solo la società (sentenze n. 5853/1984, n. 1027/1993, n. 3773/1994, n. 1403/1998, n. 5757/1998, n. 12833/1999), mentre un indirizzo minoritario affermava invece la legittimazione passiva di tutti i soci in veste di litisconsorti necessari (sentenze n. 186/1965, n. 1577/1972, n. 4821/1993 e n. 12172/1995). La S. Corte ha dunque ed infine statuito, in conformità con l'orientamento prevalente, che la domanda di liquidazione della quota di una società di persone proposta dal socio receduto o escluso, ovvero dagli eredi del socio defunto, faccia valere un'obbligazione non degli altri soci, ma della società, e, pertanto, ai sensi dell'art. 2266 c.c., dev'essere proposta nei confronti della società medesima quale soggetto passivamente legittimato, senza che vi sia necessità di evocare in giudizio anche tutti i soci (Cass. sez. un. 26 aprile 2000, n. 291).

irregolare – quanto alla responsabilità per le obbligazioni sociali – rimane ferma la responsabilità illimitata e solidale di tutti i soci e ogni eventuale patto di limitazione della responsabilità o di esclusione della solidarietà può produrre effetti soltanto fra i soci, restando inefficace nei confronti dei terzi.

Secondo la Corte distrettuale «affermare dunque che il debito inerente alla liquidazione della quota è un debito diretto delle società e non un debito personale dei soci, ed affermare che il diritto si sostanzia su una pretesa ad una quota di patrimonio che fa capo alla società e non ai soci, equivale soltanto ad effettuare una puntuale imputazione del debito, alla luce della soggettività comunque riconosciuta alla società di persone (anche quando sia gestita in forma commerciale irregolare); ma evidentemente ciò non implica affatto che il socio, proprio in quanto coobbligato solidale, non possa considerarsi come legittimato passivo in concorso elettivo con la società»⁴³.

Deve tuttavia precisarsi che la questione, nei termini indicati, si è posta solitamente in situazioni in cui era stata evocata in giudizio la società oppure questa ed alcuni soci soltanto, e l'una o gli altri avevano eccepito il difetto di legittimazione passiva della prima ed il difetto di contraddittorio verso gli altri soci rimasti estranei al giudizio.

Con riferimento a tali casi la S. Corte ha quindi escluso che fosse indispensabile chiamare in causa gli altri soci, essendo l'obbligazione di liquidazione della quota riferibile alla società in via diretta, ed ai soci solo indirettamente, in relazione alla loro responsabilità solidale e sussidiaria, implicante scindibilità di posizioni processuali e non un litisconsorzio necessario, da ciò derivandone la non necessarietà della *vocatio in iudicium* di tutti i soci, e la sufficienza della semplice evocazione in causa della società in persona del suo legale rappresentante. La legittimazione processuale passiva della società non esclude però che i soci possano essere convenuti proprio in ragione della loro responsabilità solidale. Infatti la qualificazione, da parte della Cassazione, della posizione del socio comunque uscente dalla società, è nel senso di una completa equiparazione alla posizione di qualunque altro creditore nei confronti della società stessa, quindi alla stregua di un qualsiasi altro terzo estraneo, anche perché tutto sommato l'art. 2289 c.c. si limita a stabilire, al suo primo comma, che il socio uscente, o i suoi eredi, hanno diritto soltanto ad una somma di denaro che rappresenti il valore della quota, risolvendo così la pretesa in senso meramente pecuniario. Affermare dunque che il debito inerente alla liquidazione della quota è un debito diretto delle società e non un debito personale dei soci, ed affermare che il diritto si sostanzia su una pretesa ad una quota di patrimonio che fa capo alla società e non ai soci, equivale soltanto ad effettuare una puntuale imputazione del debito, alla luce della soggettività comunque riconosciuta alla società di persone (anche quando sia gestita in forma commerciale irregolare); ma evidentemente ciò non implica affatto che il socio, proprio in quanto coobbligato solidale, non possa considerarsi come legittimato passivo in concorso elettivo con la società. La solidarietà nel debito implica infatti una pluralità di rapporti fra il creditore ed i coobbligati, e la connessione dei rapporti stessi, per effetto dell'identità della prestazione gravante su ciascun debitore e della conseguenziale liberazione di tutti in caso d'adempimento di uno di loro, non tocca l'autonomia di ciascun rapporto, né la facoltà del creditore di rivolgersi al singolo debitore, senza necessità di estendere il dibattito giudiziale nei confronti dei coobbligati (giurisprudenza consolidata; v. *ex pluribus*, sentt. Cass. n. 6157 del 24 novembre 1979, n. 5534 del 12 novembre 1985, n. 4945 del 28 maggio 1990)».

43 App. Milano, 30 aprile 2002, in *Società*, 2003, p. 1638.

Ne consegue che il socio receduto ben potrà chiamare in giudizio per la liquidazione della quota anche *solo* i soci, senza dover estendere il giudizio nei confronti dei coobbligati, verso cui non esiste alcun litisconsorzio necessario.

Secondo tale impostazione, dunque, il creditore potrà legittimamente agire preventivamente nei confronti anche di uno solo dei soci, e solo successivamente verso la società.

Questa regola assume un significato ancora più pregnante proprio nei confronti di una società di fatto laddove per i terzi diventa difficile individuare l'esatta composizione della compagine sociale o per un artificiosamente esagerato numero di soci o per un'eccessivamente difficoltosa ricerca dei nominativi degli stessi⁴⁴.

⁴⁴ Con specifico riferimento alla società di fatto, cfr. Cass., 2 dicembre 1994, n. 10333, con nota di G. COSTANTINO, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1508, secondo cui «non è configurabile un litisconsorzio necessario fra i soci di una società di fatto e la società stessa, atteso il carattere solidale delle obbligazioni assunte da tali soggetti, e pertanto, qualora siano stati convenuti in giudizio, assieme alla società, solo alcuni dei soci, non sussiste la necessità di integrare il contraddittorio nei confronti di tutti gli altri».

CASSAZIONE CIVILE, sez. I, 3 dicembre 2014, n. 25576,

Banca – Autorizzazione all’esercizio attività bancaria – Costituzione della società bancaria – Diritto all’esercizio dell’attività bancaria – Disciplina (art. 14 t.u.b.; art. 2329 c.c.; art. 223 *quater* disp. att. c.c.).

Banca – Autorizzazione all’esercizio attività bancaria – Principio del silenzio-assenso – Disciplina – Compatibilità (art. 14 t.u.b.; art. 4 t.u.b.; art. 20 l. n. 241/1990; l. n. 80/2005).

L’omologazione dell’atto costitutivo della società bancaria da parte del tribunale di per sé non implica che la banca sia regolarmente autorizzata, né vale a sopperire alla mancata autorizzazione. (1)

Non è ipotizzabile ab origine la concessione dell’autorizzazione da parte Banca d’Italia per effetto del silenzio-assenso. (2)

(Omissis)

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. – Con il primo motivo, la ricorrente deduce la violazione e la falsa applicazione dell’art. 80 del testo unico (D.Lgs. n. 385 del 1993), in quanto erroneamente la corte d’appello ha ipotizzato l’esistenza di una valida revoca dell’autorizzazione all’esercizio dell’attività bancaria disposta dalla Banca d’Italia, dal momento che il potere di revoca compete in materia al Ministero dell’Economia, su proposta dell’autorità di vigilanza, ai sensi della norma menzionata.

Con il secondo motivo, lamenta vizi di motivazione, avendo la corte d’appello mancato di assegnare il dovuto rilievo all’accertamento dell’esistenza dell’autorizzazione, implicito nell’avventa omologazione giudiziaria della società con oggetto bancario, dal momento che, per l’art. 2329 c.c., la costituzione della società azionaria esige la sussistenza delle autorizzazioni governative richieste dalle leggi speciali, mentre il D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 14, prevede che non si può dare corso al procedimento per l’iscrizione nel registro delle imprese se non consti l’autorizzazione della Banca d’Italia all’esercizio dell’attività bancaria, onde tale accertamento doveva necessariamente essere stato oggetto di riscontro da parte del tribunale omologante.

Con il terzo motivo, deduce la violazione della L. 7 agosto 1990, n. 241, artt. 19 e 20, affermando che l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria debba ritenersi concessa per il fatto stesso che non era stata negata dalla Banca d'Italia entro lo scadere del prescritto termine, dovendosi applicare nella fattispecie l'istituto del silenzio-assenso; ciò perché le Istruzioni di Vigilanza dispongono che, verificata la sussistenza delle condizioni atte a garantire la sana e prudente gestione, la Banca d'Italia rilascia l'autorizzazione all'attività bancaria entro 90 giorni dalla data di ricevimento della domanda, mentre la Delib. Bit 14 giugno 2006, n. 682855, espressamente include tali autorizzazioni nell'ambito di quelle cui si applicano le disposizioni della L. n. 241 del 1990.

Con il quarto motivo, deduce vizi di motivazione dell'impugnata sentenza in ordine all'accertamento dello stato d'insolvenza, sostenendo che la banca presentava una mera difficoltà di liquidità cui non si accompagnava alcun indice presuntivo dello stato di dissesto, quali il deficit patrimoniale e la redditività negativa degli investimenti. La momentanea crisi di tesoreria, determinata dall'improvviso arresto dei flussi finanziari in entrata, è fatto non estraneo al settore e risolvibile con il prestito interbancario, cui la Banca Romanelli s.p.a. ben avrebbe potuto accedere grazie alla sua solidità patrimoniale.

2. - Conviene esaminare i motivi in ordine di priorità logico-giuridica, iniziando dunque dal secondo.

Esso è manifestamente infondato.

Questa Corte ha più volte affermato - sia pure al fine di escluderne la riconducibilità all'ambito di applicazione dell'art. 111 Cost., comma 7 - che i provvedimenti di omologazione degli atti societari sono privi di carattere decisorio, essendo adottati dall'autorità giudiziaria sulla base di un controllo preventivo di legittimità degli atti sottoposti a verifica, il quale non comporta alcuna statuizione su diritti dei soggetti coinvolti (Cass. 13 gennaio 2005, n. 522).

Invero, l'emissione del decreto di omologazione consiste nell'ordine di iscrizione dell'atto nel registro delle imprese, ma non prova, di per sé, l'esistenza dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria, di cui al D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 14, posto che le verifiche operate dal giudice dell'omologa in ordine all'esistenza delle condizioni cui è subordinata l'iscrizione della società nel registro non hanno valore vincolante in un successivo giudizio di natura contenziosa, quale il procedimento per dichiarazione di fallimento, in cui l'esistenza di dette condizioni torni ad essere in discussione.

3. - Il terzo motivo è infondato.

L'istituto del "silenzio assenso" sulle istanze di rilascio di un atto autorizzativo cui sia subordinato lo svolgimento di un'attività privata ha assunto carattere generale, con estensione a tutti i provvedimenti amministrativi relativi a procedimenti ad istanza di parte (come affermato anche da Cons.

Stato 14 novembre 2013, n. 5433), solo sulla base della L. 7 agosto 1990, n. 241, artt. 19 e 20, quali modificati dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15 e dal D.L. 14 marzo 2005 n. 35, convertito con modificazioni dalla L. 14 maggio 2005, n. 80, salve le eccezioni previste per i casi indicati nel citato art. 20, comma 4: ma tale regime non è applicabile *ratione temporis* nella fattispecie in esame.

4. - Il primo motivo, che concerne un vizio della pretesa revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria, resta assorbito.

5. - Il quarto motivo è inammissibile, sia perché non corredato da un c.d. momento di sintesi, bensì da un quesito di diritto assolutamente generico e pleonastico, con violazione dell'art. 366- *bis* c.p.c., sia, ai sensi dell'art. 366 c.p.c., per la genericità delle stesse censure prospettate nel corpo del motivo.

6. - Le spese seguono la soccombenza.

Conviene esaminare i motivi in ordine di priorità logico- giuridica, iniziando dunque dal secondo. Esso è manifestamente infondato.

Questa Corte ha più volte affermato - sia pure al fine di escluderne la riconducibilità all'ambito di applicazione dell'art. 111 Cost., comma 7 - che i provvedimenti di omologazione degli atti societari sono privi di carattere decisorio, essendo adottati dall'autorità giudiziaria sulla base di un controllo preventivo di legittimità degli atti sottoposti a verifica, il quale non comporta alcuna statuizione su diritti dei soggetti coinvolti (Cass. 13 gennaio 2005, n. 522).

Invero, l'emissione del decreto di omologazione consiste nell'ordine di iscrizione dell'atto nel registro delle imprese, ma non prova, di per sé, l'esistenza dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria, di cui al D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 14, posto che le verifiche operate dal giudice dell'omologa in ordine all'esistenza delle condizioni cui è subordinata l'iscrizione della società nel registro non hanno valore vincolante in un successivo giudizio di natura contenziosa, quale il procedimento per dichiarazione di fallimento, in cui l'esistenza di dette condizioni torni ad essere in discussione.

Il terzo motivo è infondato.

L'istituto del "silenzio assenso" sulle istanze di rilascio di un atto autorizzativo cui sia subordinato lo svolgimento di un'attività privata ha assunto carattere generale, con estensione a tutti i provvedimenti amministrativi relativi a procedimenti ad istanza di parte (come affermato anche da Cons. Stato 14 novembre 2013, n. 5433), solo sulla base della L. 7 agosto 1990, n. 241, artt. 19 e 20, quali modificati dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15 e dal D.L. 14 marzo 2005 n. 35, convertito con modificazioni dalla L. 14 maggio 2005, n. 80, salve le eccezioni previste per i casi indicati nel citato art. 20, comma 4: ma tale regime non è applicabile *ratione temporis* nella fattispecie in esame.

Il primo motivo, che concerne un vizio della pretesa revoca dell'autoriz-

zazione all'esercizio dell'attività bancaria, resta assorbito.

Il quarto motivo è inammissibile, sia perché non corredato da un c.d. momento di sintesi, bensì da un quesito di diritto assolutamente generico e pleonastico, con violazione dell'art. 366-*bis* c.p.c., sia, ai sensi dell'art. 366 c.p.c., per la genericità delle stesse censure prospettate nel corpo del motivo.

(*Omissis*)

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese (*Omissis*).

La natura giuridica dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria e l'applicabilità del principio del silenzio-assenso nel procedimento autorizzativo ex art. 14 t.u.b.

Sabrina Pelillo
(Avvocato, legale interno di banca)

Abstract La sentenza in commento offre lo spunto per approfondire la questione – piuttosto controversa – sulla natura e sul ruolo che assume il provvedimento autorizzativo emesso dalla Banca d'Italia rispetto al momento costitutivo della società richiedente l'autorizzazione, e – in considerazione del fatto che nello svolgimento della propria attività amministrativa la Banca d'Italia applica la disciplina sul procedimento amministrativo di cui alla l. n. 241 del 7 agosto 1990 – per accertare se sia possibile riconoscere l'applicazione dell'istituto del silenzio-assenso al procedimento avviato dalla Banca d'Italia per la concessione del provvedimento autorizzativo allo svolgimento dell'attività bancaria.

Sommario 1. Il caso. – 2. Considerazioni preliminari; entrata in vigore del Regolamento UE n. 1024/2013 e il riparto di competenze tra la Banca d'Italia e la Banca Centrale Europea nel procedimento per il rilascio dell'autorizzazione all'attività bancaria. – 3. La natura giuridica del provvedimento autorizzativo all'esercizio dell'attività bancaria ante Regolamento UE n. 1024/2013: la tesi dell'efficacia costitutiva del soggetto bancario. – 4. (Segue)...e la tesi dell'efficacia costitutiva del diritto all'esercizio dell'attività bancaria. L'autorizzazione all'attività bancaria quale autorizzazione amministrativa. – 5. Applicabilità dell'istituto del silenzio-assenso al procedimento autorizzativo dell'esercizio dell'attività bancaria.

Keywords Banca, Banca d'Italia, Autorizzazione all'esercizio attività bancaria, Silenzio-Asenso

1 Il caso

La sentenza della Suprema Corte, che qui si annota, definisce, sotto il profilo civilistico, il noto caso della c.d. Banca Romanelli, ossia la vicenda giudiziaria sorta a seguito della denuncia della Banca d'Italia ai sensi dell'art. 132-bis t.u.b. per fondato sospetto di abusiva attività di raccolta del risparmio (art. 130 t.u.b.) o abusiva attività bancaria (art. 131 t.u.b.) da parte di "Banca Romanelli s.p.a.", e del conseguente deposito del ricorso ex art. 2409 c. c. da parte della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Firenze. Sin dal giudizio di primo grado, la difesa della Banca Romanelli ha asserito la regolarità della costituzione e l'esistenza della prescritta autorizzazione per l'esercizio di attività bancaria in quanto la società risultava iscritta nel registro delle imprese a seguito di decreto di omologa del Tribunale di Firenze e in quanto, a fronte del tardivo provvedimento di revoca dell'autorizzazione emesso dalla Banca d'Italia soltanto il

giorno dopo la scadenza del termine prescritto, era intervenuto il silenzio-assenso, per cui l'autorizzazione si è presunta per rilasciata. Tali contestazioni hanno fondato anche il ricorso per Cassazione avverso la sentenza della Corte d'Appello di Firenze, da cui trae origine la pronuncia in esame.

I giudici di legittimità, con la presente statuizione, *a latere* della annosa questione sull'applicabilità della disciplina fallimentare alla "banca di fatto", sono stati chiamati ad affrontare anche il tema della possibile applicazione della regola del silenzio-assenso al procedimento istruttorio di vigilanza per il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria.

La sentenza in esame offre, quindi, lo spunto per approfondire la questione – piuttosto controversa – sulla natura e sul ruolo che assume il provvedimento autorizzativo emesso dall'Autorità di Vigilanza anche alla luce della recente disciplina introdotta dal regolamento UE n. 1024/2013 (d'ora innanzi per brevità il "Regolamento") che, divenuto direttamente applicabile per gli stati membri UE nel novembre 2014 – quindi poche settimane prima della pronuncia in commento – nell'istituire il Sistema di Vigilanza Unico, ha attribuito alla Banca Centrale Europea (d'ora innanzi per brevità la "BCE") la competenza esclusiva a rilasciare il provvedimento di autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria, previa istruttoria dell'Autorità di Vigilanza nazionale. La sentenza in oggetto in considerazione del fatto che nello svolgimento della propria attività amministrativa la Banca d'Italia applica la disciplina sul procedimento amministrativo di cui alla l. n. 241 del 7 agosto 1990, offre, altresì, l'occasione per approfondire il tema dell'applicazione dell'istituto del silenzio-assenso al procedimento volto al rilascio dell'autorizzazione all'attività bancaria, anche tenendo conto del predetto intervento riformatore del legislatore comunitario.

2 Considerazioni preliminari; entrata in vigore del Regolamento UE n. 1024/2013 e il riparto di competenze tra la Banca d'Italia e la Banca Centrale Europea nel procedimento per il rilascio dell'autorizzazione all'attività bancaria

In via preliminare, occorre precisare che il caso definito dalla pronuncia in commento è sorto nel vigore della previgente disciplina codicistica che ancora richiedeva, ai fini della costituzione di una società – nel nostro caso bancaria – l'omologazione dell'atto costitutivo da parte del tribunale competente¹; da qui la ragione per cui la Suprema Corte, nel rigettare il

¹ Come noto, il procedimento di omologazione è stato abolito con l'art. 32 della legge 24 novembre 2000, n. 340 ed è stato assegnato al notaio rogante il compito di verificare l'esistenza di tutti i presupposti per l'iscrizione della società bancaria nel registro delle

ricorso della c.d. Banca Romanelli, si è espressa anche in ordine al ruolo dell'allora prevista omologazione giudiziaria rispetto alla sussistenza o meno dell'autorizzazione bancaria in capo all'ente oggetto del giudizio. Come dianzi accennato, la pronuncia dei giudici della Suprema Corte è intervenuta a poche settimane dell'entrata in vigore nel nostro ordinamento del Regolamento che, *inter alia*, ha modificato la disciplina relativa al procedimento autorizzativo dell'esercizio dell'attività di raccolta del risparmio e di concessione del credito, assegnando alla BCE la competenza in via esclusiva a rilasciare il provvedimento di autorizzazione, lasciando, invece, alle Autorità di Vigilanza nazionali il presidio dell'attività istruttoria.

Le argomentazioni della Corte, quindi, come ovvio non tengono conto della riforma apportata con il predetto Regolamento, che ha di fatto modificato la normativa nazionale e la disciplina regolamentare di riferimento emanata dalla Banca d'Italia.

Tuttavia il punto è di tale rilevanza, per gli argomenti trattati, da non poter essere trascurato, tanto più ove si consideri che il Regolamento, con la sua entrata in vigore, è divenuto immediatamente applicabile e giuridicamente vincolante in tutti gli stati membri, senza necessità di essere recepito con apposito atto legislativo all'interno dei singoli ordinamenti nazionali. Ciò nonostante, il legislatore italiano ha ritenuto comunque opportuno - al fine di garantire chiarezza ed organicità al quadro normativo interno - un intervento di adeguamento alle disposizioni comunitarie del Regolamento e di eliminazione delle previgenti disposizioni non più compatibili con l'attuale assetto normativo europeo che attualmente è in via di definizione².

Entrando nel merito delle modifiche introdotte dal Regolamento al procedimento per il rilascio dell'autorizzazione all'attività bancaria, si evidenziano gli artt. 4, par. 1, lett. a), e 14 del Regolamento che attribuiscono alla BCE la competenza esclusiva al rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria, sia nei confronti degli enti rilevanti sia di quelli meno rilevanti (la significatività, ai sensi dell'art. 6 del Regolamento, è valutata sulla base dei seguenti criteri: dimensioni, importanza per l'economia dell'Unione o di qualsiasi Stato membro partecipante, significatività delle attività transfrontaliere).

In particolare, la disposizione di cui all'art. 14 del citato Regolamento disciplina il procedimento autorizzativo all'attività bancaria ed attribuisce

imprese e di allegare, al momento del deposito dell'atto costitutivo e della richiesta di iscrizione, l'autorizzazione della Banca d'Italia (art. 2330 c.c., così come modificato dalla norma sopra richiamata).

2 Cfr. Relazione illustrativa allo "schema di decreto legislativo recante le norme occorrenti all'adeguamento della normativa nazionale al Regolamento (UE) 1024/2013 del Consiglio, del 15 ottobre 2013, che attribuisce alla Banca Centrale Europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi".

alla Banca d'Italia, quale autorità di vigilanza nazionale, la competenza a ricevere la domanda di autorizzazione all'accesso all'attività bancaria, debitamente istruita da parte del soggetto interessato, in ordine alla quale deve condurre una rilevante e determinante attività istruttoria, alla luce delle vigenti disposizioni di legge e regolamentari nazionali, volta a valutare il soddisfacimento di tutte le condizioni di autorizzazione previste. L'esito positivo di tale attività si traduce nell'adozione da parte della Banca d'Italia, entro il termine previsto dalla normativa nazionale (a cui rinvia il medesimo art. 14 del Regolamento), di un "progetto di decisione" - contestualmente notificato alla BCE e al soggetto istante - con cui propone alla Vigilanza Europea il rilascio dell'autorizzazione. Il mancato rigetto da parte della BCE del citato progetto entro dieci giorni lavorativi (prorogabili una sola volta per altri dieci), determina l'approvazione del medesimo secondo il meccanismo del silenzio-assenso. In ogni caso, l'eventuale rigetto viene puntualmente motivato dall'Autorità di vigilanza europea³.

Come verrà meglio precisato di seguito, la riforma comunitaria sul procedimento di autorizzazione in parola non ha introdotto modifiche tali da contrastare con le conclusioni raggiunte dalla Suprema Corte nella pronuncia in esame, avendo al contrario esaltato, da un lato, la natura amministrativa del provvedimento autorizzativo - che si concreta nell'esito positivo di un procedimento amministrativo retto dalle norme nazionali inserito, a sua volta, all'interno del procedimento principale europeo - e, dall'altro, la sua vocazione a riconoscere l'esercizio di un diritto che è preesistente e potenziale in capo al soggetto istante, ossia il diritto all'esercizio dell'attività congiunta - *ex lege* riservata - di raccolta del risparmio e di concessione del credito.

3 La natura giuridica del provvedimento autorizzativo all'esercizio dell'attività bancaria ante Regolamento UE n. 1024/2013: la tesi dell'efficacia costitutiva del soggetto bancario

Per meglio comprendere le argomentazioni della Cassazione, invero piuttosto concise, occorre preliminarmente cogliere la natura giuridica del provvedimento autorizzativo, ripercorrendo le conclusioni raggiunte nel corso dell'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale sviluppatasi sul punto. In particolare, come ora vedremo, gli interpreti si sono divisi tra la tesi secondo cui l'autorizzazione all'esercizio congiunto dell'attività di raccolta del

³ Cfr. M. MANCINI, *L'autorizzazione all'attività bancaria*, in *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, in *Quaderni di ricerca giuridica* della Consulenza Legale della Banca d'Italia, n. 73, a cura di M. Mancini, Roma, settembre 2013, p. 26 ss.

risparmio e di concessione del credito rappresenta un elemento costitutivo del soggetto bancario e che come tale gli conferisce personalità giuridica, e la tesi in base alla quale la predetta autorizzazione configura il presupposto per l'attribuzione del diritto all'esercizio dell'attività bancaria. Una visione concorde è stata raggiunta solo in relazione al momento e alle modalità con le quali deve essere depositato il provvedimento autorizzativo presso il competente registro delle imprese. La lettura congiunta delle previsioni di cui all'art. 14, co. 3, t.u.b. (nella versione previgente all'avvento del Regolamento), e all'art. 2330, co. 1, c.c., induce unanimemente a ritenere che il provvedimento di autorizzazione all'attività bancaria vada depositato presso il registro delle imprese unitamente all'atto costitutivo della società bancaria, restando esclusa la possibilità di produrre in una fase successiva il provvedimento medesimo⁴.

È evidente che diverse sono le conseguenze derivanti dall'accoglimento dell'una o dell'altra tesi, poiché nel primo caso si nega che la società bancaria, in difetto della prescritta autorizzazione, possa venire ad esistenza nell'ordinamento giuridico, mentre, nel secondo, si ammette che la società acquisti personalità giuridica, anche se priva dell'autorizzazione. Diventa, quindi, determinante stabilire in quale momento il provvedimento autorizzativo intervenga rispetto a quello della costituzione dell'impresa bancaria.

Occorre premettere che le valutazioni condotte dagli interpreti, poiché antecedenti rispetto all'entrata in vigore del Regolamento, si sono fondate sul testo previgente dell'art. 14 t.u.b. che ancora assegnava alla Banca d'Italia la competenza esclusiva ad emanare i provvedimenti di autorizzazione per l'esercizio dell'attività bancaria.

Entrando, dunque, nel merito delle opinioni espresse sul tema, la tesi secondo cui l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria ha valore costitutivo della società bancaria e ne condiziona, quindi, il completamento, si è sostanzialmente poggiata sull'interpretazione letterale delle disposizioni di cui agli artt. 2329 c.c. e 14 t.u.b.

In particolare, è stato osservato come già la mera lettura congiunta delle disposizioni previste dall'art. 2329, co. 1, n. 3, c.c. (che espressamente richiede per la costituzione delle società le prescritte autorizzazioni o comunque la sussistenza delle altre condizioni richieste dalle leggi speciali, in relazione al particolare oggetto della società medesima), dell'art. 14, co. 3, t.u.b. (il quale nega si possa dare corso al procedimento per l'iscrizione nel registro delle imprese della società esercente l'attività bancaria in difetto dell'autorizzazione rilasciata da Banca d'Italia), e dell'art. 14, co. 1, lett. a), t.u.b. (che prescrive l'adozione della forma di società per azioni o di società cooperativa per azioni, unitamente all'efficacia costitutiva

4 Cfr. sul punto G. FRÈ, G. SBISÀ, *Della società per azioni. Artt. 2325-2409, I*, in *Commentario al codice civile*, diretto da Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1997, p. 77.

dell'iscrizione nel registro delle imprese, disposta per tali tipi societari dall'art. 2331, co. 1, c.c.) dimostri con sufficiente chiarezza come l'Autorità di Vigilanza, nel rilasciare l'autorizzazione, intervenga in una fase antecedente alla venuta ad esistenza del soggetto bancario; ne consegue che il provvedimento autorizzativo *de quo* deve già necessariamente sussistere al momento dell'omologa dell'atto costitutivo⁵.

Nel solco di tale interpretazione si è collocata l'ulteriore tesi di coloro che hanno apertamente sostenuto che l'autorizzazione all'esercizio dell'attività creditizia costituisce un presupposto per l'iscrizione della società bancaria nel registro delle imprese. In particolare, partendo dall'assunto che l'autorizzazione all'attività bancaria incide sul processo di formazione della società e ne condiziona l'effettuazione della pubblicità costitutiva, se ne deduce che essa deve necessariamente intervenire prima che sia dato corso al procedimento di iscrizione nel registro delle imprese della società⁶.

4 (Segue) ...e la tesi dell'efficacia costitutiva del diritto all'esercizio dell'attività bancaria. L'autorizzazione all'attività bancaria quale autorizzazione amministrativa

Le suesposte interpretazioni letterali, tuttavia, non hanno trovato concordia tra gli interpreti in ragione del fatto che queste risulterebbero smentite proprio da una diversa e più attenta lettura delle medesime disposizioni, condotta anche alla luce delle previsioni regolamentari emanate in materia dalla Banca d'Italia, che troverebbero anche ad oggi applicazione per effetto del rinvio operato dal cennato Regolamento.

5 In tal senso cfr. F. MERUSI, *Autorizzazione all'esercizio*, in *Diritto bancario comunitario*, a cura di G. Alpa - F. Capriglione, Torino, 2002, p. 104 ss.; A. COLAVOLPE, *Impresa bancaria non autorizzata e fallimento*, in *Società*, 2004, p. 201 ss., a commento di Trib. Firenze (decr.), 18 febbraio 2003 e di Trib. Firenze, 20 marzo 2003; P. MAZZAMUTO, *Abusiva attività bancaria, procedimento ex artt. 132-bis t.u.b. e 2409 cod. civ. e fallimento*, in *Dir. fall.*, 2004, p. 456 ss.; M. SEPE, *La costituzione di banche tra disciplina speciale e nuovo diritto societario*, Bari, 2004, p. 126; A. PATRONI GRIFFI, *Commento sub art. 14*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. Commento al d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385*, a cura di Belli, Contento, A. Patroni Griffi, Porzio, Santoro, I, Bologna, 2007, p. 240.

6 Si veda in dottrina, tra molti, G. FAUCEGLIA, *Sul rapporto tra autorizzazione all'esercizio dell'impresa bancaria e procedimento di omologazione della società*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, II, p. 254 ss.; nel vigore della disciplina attuale, cfr. altresì V. CALANDRA BUONAUORA, M. PERASSI - C. SILVETTI (a cura di), *La banca: l'impresa e i contratti*, in *Tratt. di dir. comm.*, diretto da G. Cottino, VI, Padova, 2001, p. 75; G. RAGUSA MAGGIORE, *Il registro delle imprese. Artt. 2188-2202*, in *Commentario al codice civile*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2002, p. 291; S. AMOROSINO, *L'autorizzazione come presupposto dell'iscrizione della società bancaria nel registro delle imprese*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*³, a cura di F. Capriglione, Padova, 2012, p. 197.

Giova evidenziare, in proposito, come l'art. 14 del Regolamento, nel descrivere il procedimento istruttorio affidato all'Autorità di Vigilanza nazionale, precisa che il progetto di decisione è adottato da quest'ultima «entro il termine previsto dal pertinente diritto nazionale». Detta locuzione induce a desumere che, oltre alle norme sostanziali nazionali – ovvero quelle dettate dal Testo Unico e, in quanto compatibili, dalla l. 7 agosto 1990, n. 241 – si applichino, nella fase istruttoria condotta dalla Banca d'Italia, anche le disposizioni nazionali procedurali in materia di autorizzazione⁷.

Più segnatamente, in base alle Disposizioni di Vigilanza⁸, la Banca d'Italia, ai fini del rilascio dell'autorizzazione all'attività bancaria, esercita i propri poteri di verifica – sull'esistenza dei presupposti normativi e delle condizioni atte a garantire la sana e prudente gestione dell'impresa istante – in relazione ad un soggetto che, nel momento in cui le inoltra la domanda di autorizzazione (che *inter alia* tra gli allegati reca anche l'atto costitutivo), si è già strutturalmente definito, configurando, pertanto, un'entità giuridicamente già esistente⁹. A fondare tale rilievo concorre l'ulteriore circostanza che le cennate Disposizioni di Vigilanza – nel normare le attività, sia deliberative sia istruttorie, che il soggetto richiedente deve porre in essere preliminarmente all'inoltro dell'istanza autorizzativa – prevedono espressamente, distinguendone gli adempimenti, sia le ipotesi in cui l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria venga richiesta da soggetti di nuova istituzione, sia quelle in cui l'istanza autorizzativa sia formulata da società già costituite che, per lo scopo, mutano il proprio oggetto sociale, con conseguente modifica statutaria¹⁰.

Pertanto, considerato il dettato letterale delle citate Disposizioni di Vigilanza e della previsione di cui all'art 14 t.u.b. che, testualmente, qualifica il provvedimento della Banca d'Italia come autorizzazione all'attività bancaria – e non già alla costituzione della società esercente tale attività – non può riconoscersi all'autorizzazione all'attività bancaria valenza di elemento costitutivo della società nel senso inteso dall'art. 2329, n. 3, c.c.¹¹.

Detta conclusione è stata fatta propria anche dai giudici della Corte di

7 Cfr. M. MANCINI, *op. ult. cit.*, p. 26.

8 Cfr. *Istruzioni di Vigilanza per le banche*, Circolare n. 229 del 21 aprile 1999, Tit. I, Cap. I, oggi trasfusa, con modifiche, nella Circolare n. 285, del 17 dicembre 2013 “*Disposizioni di vigilanza per le banche*” e *succ. modifiche*.

9 Si veda sul punto, *ex multis*, M. SEPE, *brevi note sul testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, I, p. 512; A. COLAVOLPE, *op. ult. cit.*, p. 201 ss.

10 Cfr. tra tutti G. RATTO, *Manca di autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria e disciplina dell'insolvenza*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, II, p. 80 ss.

11 Si veda sul punto, *ex multis*, A. COLAVOLPE, *op. ult. cit.*, p. 201 ss.; G. DESIDERIO, *L'attività bancaria*, in *L'ordinamento finanziario italiano*², a cura di F. Capriglione, Padova, 2010, p. 411.

Cassazione che, nel pronunciare la sentenza in commento, hanno affermato che le società che intendono svolgere attività di raccolta del risparmio e di esercizio del credito, una volta costituite, (all'epoca) giudizialmente omologate ed iscritte nel Registro delle imprese, acquisiscono per ciò stesso la personalità giuridica, abbiano o meno conseguito l'autorizzazione della Banca d'Italia¹².

In ragione di quanto sopra, non può correttamente sostenersi che l'autorizzazione in parola possa essere, laddove mancante, sopperita dall'omologazione dell'atto costitutivo né, conseguentemente, può fondatamente ritenersi che l'omologazione medesima valga a costituire una presunzione di esistenza della necessaria autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria in capo al soggetto richiedente, in quanto trattasi di un provvedimento giudiziario privo di carattere decisorio. Infatti, giova rammentare che l'omologazione dell'atto costitutivo veniva emanata dal tribunale adito all'esito di una valutazione di mera legittimità degli atti ad esso sottoposti, senza che fosse condotta alcuna verifica nel merito circa la sussistenza o meno dei diritti sottostanti.

Le conclusioni sopra esposte sembrano trovare riscontro anche nel 20° *considerando* del richiamato Regolamento, il quale, nel sancire che «l'autorizzazione preliminare all'accesso all'attività di ente creditizio è un presidio prudenziale fondamentale per assicurare che tale attività sia svolta soltanto da operatori dotati di una base economica solida, di un'organizzazione atta a gestire i rischi specifici insiti nella raccolta di depositi e nell'erogazione di crediti e di idonei amministratori», lascia presumere come l'ente richiedente il provvedimento autorizzativo sia un soggetto giuridicamente già esistente al momento dell'inoltro dell'istanza, in quanto capace di attestare, sin dall'atto di presentazione della domanda di autorizzazione, di essere dotato di una propria struttura organizzativa e di una base patrimoniale solida tali da poter accedere al mercato, nel pieno rispetto dei previsti requisiti di vigilanza prudenziale.

Sulla scorta di quanto sopra affermato, l'autorizzazione all'attività bancaria appare, pertanto, ontologicamente slegata dalla fase costitutiva del soggetto bancario, venendo a collocarsi *a latere* e, in ogni caso, all'esterno del procedimento di formazione della società, con la conseguenza che si deve escludere che possa incidere nella fase genetica dell'ente richiedente - tra l'atto di costituzione rogato e l'iscrizione di esso al registro delle imprese - e, quindi, avere una valenza costitutiva.

Invero, sono pervenute alle medesime conclusioni, negando cioè la tesi del valore costitutivo dell'autorizzazione, anche le Sezioni Unite della Suprema Corte - il cui orientamento è stato costantemente richiamato, anche

12 Trib. Firenze, 20 marzo 2003, n. 68, in *Foro Toscano - Toscana Giurisprudenza*, 2003, II, p. 163 ss.; in dottrina, v. P. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, p. 456 ss.

dalla più recente giurisprudenza di legittimità – secondo le quali il provvedimento autorizzativo, proprio in considerazione degli effetti giuridici che produce e del momento in cui interviene, rappresenterebbe, in realtà, un atto volto a rimuovere un ostacolo all'esercizio di un diritto – ossia il diritto all'esercizio congiunto dell'attività di raccolta del risparmio tra il pubblico e di concessione di credito – che è preesistente e solo potenziale in capo al soggetto autorizzato¹³.

In proposito, giova rammentare, infatti, che l'attività bancaria è un'attività soggetta a riserva ex art. 10 t.u.b., e in quanto tale astrattamente esercitabile. Il concreto esercizio di detta attività è condizionato alla verifica positiva da parte dell'Autorità di Vigilanza (nazionale) della sussistenza dei requisiti di vigilanza imposti dal legislatore comunitario e nazionale ad ogni potenziale soggetto che intenda accedere al mercato.

Orbene, se la finalità dell'atto autorizzativo all'attività bancaria è quella di dare attuazione ad un diritto preesistente e potenziale all'ente istante, quale quello all'esercizio dell'attività bancaria, non si può non rilevare la natura propriamente amministrativa dell'autorizzazione all'attività bancaria e, per le medesime ragioni, si deve escludere che possa configurare una concessione amministrativa, posto che il fine tipico di tale atto è quello di attribuire nuovi diritti e poteri prima inesistenti o comunque indisponibili per il soggetto interessato.

5 Applicabilità dell'istituto del silenzio-assenso al procedimento autorizzativo dell'esercizio dell'attività bancaria

Un'ulteriore questione che i giudici della Suprema Corte sono stati chiamati ad affrontare è quella relativa all'applicabilità dell'istituto del silenzio-assenso, di cui alla l. n. 241/1990, come successivamente modificata dalla l. 14 maggio 2005, n. 80 (per brevità d'ora innanzi "l. n. 80/2005"), al procedimento autorizzativo avviato dalla Banca d'Italia per il rilascio dell'autorizzazione allo svolgimento dell'attività bancaria.

Giova, in proposito, rammentare che la parte ricorrente ha invocato l'applicazione del silenzio-assenso da cui è conseguita l'asserita presunzione del rilascio dell'autorizzazione da parte della vigilanza, a fronte del rilievo che il provvedimento di revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria, emanato da Banca d'Italia in via di autotutela, era intervenuto successivamente allo spirare del termine previsto per la conclusione del procedimento amministrativo.

¹³ Cfr. tra tutte, Cass. Civ. S.U., 13 marzo 1965 n. 425, in *Foro it.*, 1965, I, c. 618 ss.; in dottrina, sul punto, si veda tra tutti R. PELLICIA, *Insolvenza della cooperativa di raccolta del risparmio*, in *Fall.*, 2000, p. 1039 ss., a commento di Trib. Brindisi, 15 luglio 1999.

È opportuno premettere che l'istituto del silenzio-assenso è sorto, nelle intenzioni del legislatore, con il fine di semplificare le procedure di rilascio delle autorizzazioni, ovviando all'inerzia della pubblica amministrazione e, conseguentemente, rappresenta uno strumento volto a tutelare l'interesse del privato, attraverso la formazione di una sorta di autorizzazione "implicita".

Il silenzio, pertanto, assume valenza di atto amministrativo se perdura oltre un certo termine definito, il cui spirare assurge ad elemento costitutivo del silenzio stesso. Proprio per questa ragione, a lungo è stato sostenuto il carattere eccezionale di tale strumento, almeno sino all'intervento della l. n. 80/2005 la quale, estendendone la portata applicativa a tutti i provvedimenti amministrativi relativi a procedimenti avviati ad istanza di parte, fatte salve le eccezioni previste dall'art. 20, gli ha attribuito una valenza generale.

Occorre, infatti, precisare che nel periodo antecedente all'avvento della citata l. n. 80/2005, la dottrina ne ha costantemente sottolineato l'eccezionalità in ragione del rischio di una possibile sovversione dell'ordinamento a causa di un diffuso e frequente ricorso all'istituto in parola che, per converso, avrebbe dovuto conservare sempre un carattere "rimediale" di gravi situazioni di anormalità¹⁴. E così anche la giurisprudenza, muovendo dal carattere eccezionale della regola del silenzio-assenso, ne ha ammesso un ricorso assolutamente restrittivo¹⁵.

In particolare, secondo un consolidato orientamento espresso dalla giurisprudenza amministrativa, ai fini della produzione della *fictio juris* del silenzio-assenso, indispensabile è «in ogni caso la completezza della domanda», vale a dire l'astratta idoneità delle circostanze ivi allegare a fungere da presupposti giustificativi di un pieno accoglimento della stessa¹⁶.

Venendo alla pronuncia in esame, non può non rilevarsi come la Corte di Cassazione non sia affatto entrata nel merito della questione, ma sia limitata a richiamare apoditticamente il principio del *tempus regit actum*, conformandosi in tal modo all'assunto che ogni atto o provvedimento deve essere conforme alla disciplina vigente al momento dell'emanazione dell'atto o del provvedimento stesso.

Invero, detto principio di ordine generale, sancito nel nostro ordinamen-

14 V. tra tutti, A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985, p. 41.

15 Cfr. tra tutte Cons. Stato, sez. VI, 11 novembre 2008, n. 5628, in *Foro Amm.*, 2008, p. 3097.

16 Da ultimo, v. Cons. Stato, Sez. V, 2 febbraio 2012, n. 578, in *Riv. giur. ed.*, 2012, I, p. 104, ove si è precisato che la mancata allegazione della documentazione attestante il possesso dei requisiti stabiliti dalla legge impedisce il consolidamento, mediante silenzio della P.A., dell'effetto favorevole al richiedente.

to all'art. 11 d. prel.,¹⁷ è costantemente richiamato dalla giurisprudenza, sia amministrativa sia civile di legittimità, per la quale «la legittimità di un provvedimento amministrativo si deve accertare con riferimento allo stato di fatto e di diritto esistente al momento della sua emanazione, secondo il principio del *“tempus regit actum”*, con conseguente irrilevanza di provvedimenti normativi successivi che non possono in alcun caso legittimare *ex post* precedenti atti amministrativi»¹⁸.

Nell'invocare detto principio, i giudici della Suprema Corte hanno, quindi, escluso in via assoluta la rilevanza, nella vicenda processuale in esame, delle sopravvenute modifiche normative, introdotte con la novella del 2005, che hanno interessato l'istituto del silenzio-assenso e che ne hanno riconosciuto, come sopra detto, una valenza generale, e ciò in quanto successive rispetto alla data di emanazione da parte della Banca d'Italia del provvedimento conclusivo del procedimento autorizzativo (*id est*: revoca dell'autorizzazione allo svolgimento dell'attività bancaria).

Appare, pertanto, necessario, per meglio comprendere le laconiche argomentazioni della Suprema Corte, ripercorrere la disciplina del silenzio-assenso e le relative evoluzioni normative e interpretative che si sono succedute nel tempo.

Giova precisare che la giurisprudenza si è costantemente e ampiamente occupata del tema, negando *tout court*, sotto la vigenza della l. n. 241/1990, l'applicazione del silenzio-assenso al procedimento di rilascio dell'autorizzazione all'attività bancaria¹⁹.

A tale conclusione i giudici di merito e di legittimità sono costantemente pervenuti attraverso un'attenta lettura funzionale e sistematica della disciplina dell'istituto del silenzio-assenso, svolta anche alla luce delle disposizioni contenute negli artt. 4 e 14 t.u.b. (come già ricordato, preventivi rispetto all'entrata in vigore del Regolamento).

È stato infatti osservato come già la cennata l. n. 241/1990, *ante* riforma del 2005, portava - seppur indirettamente - ad escludere l'applicazione dell'istituto in parola alla procedura autorizzativa di cui all'art. 14 t.u.b. L'originario art. 20 della richiamata legge prevedeva, infatti, l'emanazione di un regolamento cui, nel contempo, faceva rinvio per l'individuazione dei casi in cui fosse ammessa legittimamente l'applicazione del silenzio-assenso.

17 Tale principio è sancito nel nostro ordinamento all'art. 11 d. prel., rubricato «*efficacia della legge nel tempo*», che recita: «*la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo*».

18 Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 21 agosto 2012, n. 4583, in *Vita not.*, 2012, p. 1319; Cass. civ., sez. VI, 22 febbraio 2012, n. 2672, in *Fall.*, 2012, p. 1477.

19 V. Trib. Firenze (decr.), 18 marzo 2003, n. 68, in *Dir. fall.*, 2004, cit.; Cass. pen., 25 novembre 2008, n. 2071, in *CED Cassazione*, 2009.

Tale regolamento, promulgato successivamente con d.P.R. n. 300/1992 e poi integrato nel 1994 dal d.P.R. n. 407, elencava una serie di attività tra le quali non figurava la procedura di rilascio della autorizzazione all'attività bancaria di cui all'art. 14 t.u.b.

Detto rilievo di tipo testuale ha, quindi, fondato il convincimento della non applicazione del principio del silenzio-assenso ai procedimenti amministrativi avviati dalla Banca d'Italia per il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria.

Inoltre, sempre rimanendo sul piano letterale, è stato rilevato come anche la disposizione di cui all'art. 4 t.u.b. conduca in via esegetica alla medesima conclusione. Tale norma, al comma 3, nel prevedere espressamente che si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni della l. n. 241/1990, opera un rinvio alla legge sul procedimento amministrativo che non è incondizionato, ma subordinato al limite della compatibilità²⁰.

Pertanto, alla luce di quanto sopra, è possibile ritenere che, operando il rinvio *ratione temporis* alla disciplina sul silenzio-assenso dettata ante riforma dalla l. n. 241/1990, la Corte di Cassazione abbia indirettamente concluso per la negazione in via assoluta dell'applicazione ai procedimenti autorizzativi *ex art. 14 t.u.b.* dell'istituto del silenzio-assenso.

Invero, preme sottolineare che, neppure a fronte dell'intervenuta riforma introdotta con la l. n. 80/2005 che ha sancito espressamente il carattere generale del silenzio-assenso per i procedimenti amministrativi avviati ad istanza di parte, la questione sull'applicazione della regola del silenzio-assenso ai procedimenti autorizzativi *ex art. 14 t.u.b.* possa dirsi definita in senso positivo.

Anche in tale caso, le obiezioni che sono state sollevate muovono da una interpretazione testuale del combinato disposto dell'art. 20, come riscritto dalla cennata l. n. 80/2005, e dell'art. 14 t.u.b.

Invero, si è osservato che con il novellato art. 20 il legislatore, pur assegnando, nei procedimenti ad iniziativa di parte, un carattere generale al silenzio-assenso, ha inteso prevedere espressamente, al comma 3 della medesima disposizione, una serie di fattispecie al ricorrere delle quali l'istituto in questione non trova applicazione²¹.

20 Cfr. sul punto A. NIGRO, *L'autorizzazione "all'attività bancaria" nel t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, a cura di U. Morera e A. Nuzzo, I, Milano, 1996, pp. 69-71; P. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, p. 456 ss.; D. DI VICO, *Profili amministrativistici del delitto di abusivo esercizio di attività bancaria e qualificazione dello stesso in termini di reato di durata*, nota a Cass. pen., sez. V, 25 novembre 2008, n. 2071, in *Cass. pen.* 2009, p. 3952 ss.; A. BENOCCI, *L'autorizzazione all'attività bancaria come atto non ricettizio e principio del silenzio-assenso*, in *Giurisprudenza Bancaria (2007-2009)*, Milano, 2010, p. 2 ss.

21 Sul punto v. tra tutti V. MORBIDELLI, *Il silenzio-assenso*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di Cerulli Irelli, Napoli, 2006, p. 268; V. LEMMA, *Autorizzazione all'attività bancaria e tutela del risparmio*, nota a Cass. Pen., sez. V, 20 gennaio 2009, n. 2071, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2009, II, p. 93 ss.

Tra di esse, figurano i casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali, per tali intendendosi non i casi in cui la normativa comunitaria contempla in modo espresso l'adozione di un provvedimento amministrativo formale, quanto piuttosto quelli nei quali il medesimo è implicitamente assunto sulla base di una prodromica valutazione da parte dell'autorità amministrativa (*id est*: un accertamento tecnico o un'attività di verifica) richiesta dalla legge.

Pertanto, secondo tale ricostruzione esegetica, il principio del silenzio-assenso non può trovare applicazione laddove la legge richieda all'autorità amministrativa di svolgere una specifica attività istruttoria-valutativa, in ragione della particolare natura degli interessi coinvolti ovvero in quanto la stessa normativa assegna all'autorità procedente il potere di imporre prescrizioni e cautele.

Orbene, atteso che il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria interviene all'esito di una preliminare e penetrante valutazione da parte dell'Autorità di Vigilanza volta a verificare la sussistenza dei requisiti e delle condizioni atte a garantire la sana e prudente gestione prescritte a mente dell'art. 14 t.u.b., è di tutta evidenza che l'adozione del provvedimento autorizzativo appare rientrare nel novero delle fattispecie contemplate dall'art. 20, co. 3, di cui alla l. n. 80/2005.

Diversamente, riconoscere l'applicazione del silenzio-assenso al procedimento autorizzativo dell'esercizio dell'attività bancaria, significherebbe, in spregio della disciplina e dei criteri in materia di vigilanza prudenziale per gli enti creditizi, consentire l'accesso al mercato anche innanzi ad una possibile inerzia della Vigilanza, con il conseguente rischio di ammettere come possibile l'esercizio delle attività di raccolta del risparmio ed esercizio del credito anche da parte di soggetti privi di un'organizzazione atta ad assicurare una sana e prudente gestione. È, inoltre, evidente come tale prospettiva confligga, anche, con la riserva di attività che il legislatore prescrive per l'attività bancaria, a mente dell'art. 10 t.u.b., riserva che è preordinata ad impedire situazioni di alterazione del mercato ed è strumentale alla selezione degli enti per l'accesso al mercato.

Peraltro, tali conclusioni non sembrano essere smentite né dalle disposizioni del Testo unico, né dalle vigenti disposizioni regolamentari nazionali e comunitarie dettate in materia di autorizzazione all'attività bancaria, che infatti non prevedono l'applicazione dell'istituto del silenzio-assenso al procedimento autorizzativo in esame.

Invero, il Regolamento riconosce il ricorso al silenzio-assenso, nel procedimento di rilascio dell'autorizzazione bancaria, esclusivamente con riferimento al rapporto intercorrente tra l'Autorità di Vigilanza Europea

e quella nazionale, escludendone, per converso, l'applicazione nel sub-procedimento governato dal diritto nazionale e, quindi, al rapporto che si instaura tra l'ente istante e l'Autorità di Vigilanza locale²².

Infatti, il paragrafo n. 3 dell'art. 14 del Regolamento prevede l'operare del silenzio-assenso della BCE, ove la stessa non sollevi obiezioni al progetto di decisione sottopostole dall'Autorità nazionale, entro il termine di dieci giorni (prorogabile una sola volta), mentre la disposizione di cui al par. 4 del medesimo articolo prescrive che la decisione adottata dalla BCE deve essere, in ogni caso, notificata al soggetto richiedente dall'Autorità nazionale.

In conclusione, l'operare sinergico delle modifiche normative sopra descritte, della natura e della finalità proprie dell'autorizzazione all'attività bancaria induce, dunque, a concludere con ragionevole fondatezza che il principio del silenzio-assenso non può essere ammesso nei procedimenti avviati, su istanza di parte, per il rilascio dell'autorizzazione allo svolgimento dell'attività bancaria, tanto più ove si considerino gli interessi - quali la tutela del risparmio e del credito, la stabilità e la sicurezza del mercato - che il legislatore ha volutamente inteso proteggere nel prevedere una riserva di attività.

La tutela di tali interessi verrebbe inevitabilmente pregiudicata se si ammettesse un procedimento di rilascio dell'autorizzazione all'attività bancaria fondato su un assenso implicito della Vigilanza. Peraltro, una siffatta prospettiva mal si concilierebbe anche con l'intervento regolatore del legislatore comunitario, sopra illustrato, che nell'accentrare in capo alle BCE il potere decisionale in merito all'accesso all'attività bancaria, pare abbia inteso volutamente ridurre i margini di discrezionalità della Vigilanza in sede di rilascio del provvedimento.

22 Cfr. M. MANCINI, *op. ult. cit.*, p. 26.

**TRIBUNALE DI VENEZIA, sez. spec. impr.,
10 giugno 2016, n. 2690 (ord.)**
Marra Giudice

**Società – Società cooperative – Assistenza finanziaria – Cessione di partecipazioni sociali.
(Codice civile, artt. 2358, 2519).**

L'esclusione della applicabilità dell'art. 2358 c.c. alle società cooperative non si fonda su argomenti di carattere testuale ma su valutazioni di incompatibilità, smentite da iniziative e condotte concrete. Quanto alle conseguenze della violazione dell'art. 2358 c.c. ed ai soggetti legittimati a farla valere, si rileva che, in difetto di sussistenza delle condizioni previste dall'art. 2358, co. 2 ss., c.c., riprende vigore il divieto sancito dal co. 1 della medesima disposizione la cui violazione è fonte di nullità dei finanziamenti concessi o delle garanzie prestate dalla banca. La nullità dei finanziamenti e delle garanzie posti in essere in assenza delle condizioni previste dall'art. 2358 c.c., ove ritenuta configurabile, si cumulerebbe alla tutela costituita dalle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori, ricorrendone i presupposti. Deve ritenersi che la violazione di tale divieto di fonte legale dia luogo a nullità della specie delle nullità virtuali, poiché derivanti dal carattere inderogabile della norma violata, per le quali il criterio generale di selezione della legittimazione è costituito dall'interesse a farla valere (art. 1421 c.c.).

Con ricorso ex art. 700 c.p.c., A al fine di scongiurare l'addebito di interessi negativi e la richiesta di immediato rientro dall'esposizione, ammontante ad Euro 875.981,76 al 4 gennaio 2016, ha richiesto al Tribunale di Venezia – Sezione Specializzata in materia di Impresa, con decreto *inaudita altera parte* ovvero con ordinanza all'esito dell'instaurazione del contraddittorio, la sospensione dell'efficacia e/o l'esecuzione del contratto di investimento di n. 13.800 azioni di B, acquistati in data 31 dicembre 2015 mediante affidamento sul conto corrente n. 657973097, l'ordine alla Banca di non pretendere pagamenti né operare addebiti in esecuzione del contratto complesso di cui al punto precedente ovvero in esecuzione del contratto di affidamento aperto in data 31 ottobre 2012 operante sul conto corrente n. 657973097; l'ordine alla Banca di stornare gli addebiti effettuati nelle more della preposizione della domanda; l'ordine alla Banca di astenersi dal compimento di atti giudiziari o esecutivi di recupero delle

proprie eventuali pretese di pagamento in ragione dei rapporti dedotti in giudizio; l'ordine alla Banca di astenersi da qualsiasi segnalazione, presso la Centrale Rischi, CRIF ed altri eventuali diversi sistemi di informazione creditizia, in sofferenza dei crediti eventualmente pretesi in ragione dei negozi dedotti e la cancellazione delle eventuali segnalazioni eventualmente già effettuate in relazione alla instauranda causa di merito ordinario avente ad oggetto la domanda di declaratoria di nullità delle operazioni di investimento effettuate in violazione dell'art. 2358 c.c. e della disciplina in tema di intermediazione finanziaria di cui al d.lgs. n. 58/1998 nonché la domanda di annullamento per dolo o errore ovvero per violazione delle regole disciplinanti il conflitto d'interessi dell'intermediario, coincidente con l'emittente, oltre alla condanna al risarcimento dei danni subiti.

B ha contestato il fondamento del ricorso sia con riguardo al *periculum in mora* sia con riguardo al *fumus boni iuris*.

Sussiste il *periculum in mora*. Il consistente importo della scoperta e/o dell'indebitamento generatosi sul conto corrente dedotto in causa rende la prospettiva della richiesta di rientro fonte di pregiudizio imminente ed irreparabile per il ricorrente. Come evidenziato in analoghe fattispecie (si veda T. Venezia - ord. del 29 aprile 2016 emessa in procedimento cautelare iscritto al n. 10396/2015 r.g.), pur trattandosi di pregiudizio attinente in prima battuta a profili di carattere patrimoniale, è anche vero che indebitamenti elevati - ove il creditore ne esiga il pagamento - appaiono suscettibili di provocare una modifica significativa, per tutto il tempo della causa di merito ordinario, dell'organizzazione di vita, anche personale, del debitore.

Se anche la Banca non risulta ancora aver preteso il rientro, è pure vero che potrebbe pretenderlo in ogni momento.

Quanto al *fumus boni iuris* si premette in fatto che A l'11 ottobre 2012 aprì presso B il conto corrente n. 657973097 e il conto deposito titoli n. 6572238670; in pari data la Banca gli concesse un fido di E. 900.000,00 al tasso dello 1,5% annuo senza previsione di addebito di spese né di commissioni, per la durata di dodici mesi, a valere su conto corrente n. 65797397 da rimborsarsi alla scadenza in ragione del valore dei titoli azionari di numero 13.800 azioni della Banca convenuta acquistati dallo stesso; in data 16 ottobre 2012 A acquistò, con due distinti ordini, azioni della Banca per un controvalore pari ad Euro 862.500,00; nel luglio 2013, a seguito della richiesta di concessione di un finanziamento, la Banca concesse al ricorrente ulteriori Euro 150.000,00, necessari all'avviamento di una nuova attività professionale della moglie, portando l'affidamento sino all'importo complessivo di Euro 1.050.000,00; nel luglio 2014 A contrasse un mutuo ipotecario con la Banca per saldare l'esposizione maturata in relazione al

fido concesso alla moglie; nel settembre 2013, alla scadenza dell'affidamento, A sottoscrisse un ordine di cessione di titoli per un controvalore di Euro 750.000,00 che però non fu eseguito; in data 30 settembre 2014 il ricorrente sottoscrisse un'ulteriore domanda di cessione delle 13.800 azioni; la Banca non eseguì neppure detto ordine; il fido fu prorogato di ulteriori 12 mesi; nell'ottobre 2014 il ricorrente presentò un'ulteriore richiesta di cessione, rimasta anch'essa inevasa, il 30 dicembre 2014 la Banca rinnovò l'affidamento sino al 31 dicembre 2015 con modificazione peggiorativa delle condizioni.

Le vicende relative alla Banca convenuta hanno comportato una svalutazione via via crescente dei titoli azionari della medesima emessi e dunque di quelli detenuti dal A. Per converso, a fronte di un sostanziale azzeramento dei titoli, il ricorrente risulta avere un'esposizione debitoria nei confronti della convenuta per quasi Euro 900.000,00.

È opportuno puntualizzare che gli acquisti di azioni hanno avuto come interlocutore diretto la Banca, dato evincibile dai documenti in atti (si vedano i doc. sub 1 e 2 attorei ed i doc. sub 7 e 8 di parte convenuta, questi ultimi denominati l'uno "DOMANDA DI AMMISSIONE A SOCIO" e l'altro denominato "DOMANDA DI ACQUISTO/SOTTOSCRIZIONE DI AZIONI" e contenenti il riferimento al prezzo stabilito dal Consiglio di amministrazione ai sensi degli artt. 6 e 19 dello statuto), e non vedono, pertanto, coinvolti i soggetti terzi rispetto alle parti in causa.

In secondo luogo va detto che la Banca si è limitata ad affermare che Tanto puntualizzato, la *causa petendi* che fonda la competenza del Tribunale adito è quella che si incentra sulla violazione dell'art. 2358 c.c.

La Banca contesta in radice l'applicabilità della detta norma alle società cooperative.

Il richiamo operato dall'art. 2519 c.c. non varrebbe, secondo la tesi della convenuta, per l'art. 2358 c.c. poiché la disciplina ivi contenuta non sarebbe compatibile con la disciplina delle società cooperative; aggiunge la Banca che, anche ove si dovesse ritenere applicabile la disposizione in questione alle ridette società, il campo di applicazione rimarrebbe circoscritto ai limiti quantitativi, da individuarsi negli utili distribuibili e nel patrimonio netto disponibile risultante dall'ultimo bilancio di esercizio in analogia rispetto a quanto prescritto dall'art. 2529 c.c. per l'acquisto di azioni proprie da parte delle cooperative, mentre non potrebbero richiedersi né la condizione della previa autorizzazione dell'assemblea per la concessione di assistenza finanziaria per l'acquisto di azioni proprie poiché nelle cooperative le decisioni in ordine all'acquisto di azioni sono demandate alla competenza generale dell'organo amministrativo invece che all'assemblea, come avviene nelle società per azioni, tanto vero che nel caso di specie l'art. 18 dello statuto della Banca resistente rimette al consiglio di amministrazione il potere di disporre l'acquisto di azioni proprie (doc. 5 di parte convenuta), né la predisposizione della relazione per l'assemblea.

La questione è controversa. Sta di fatto che, come riscontrato in altro procedimento cautelare, la stessa Banca convenuta si è ritenuta assoggettata a tale disposizione e tanto ha ritenuto anche la Banca Centrale Europea (si veda T. Venezia - ord. del 29 aprile 2016 sopra menzionata).

Quanto alle risultanze del presente procedimento, va detto che nel doc. 25 prodotto da ricorrente, costituito da *“Chiarimenti sulla B”*, resi dalla Banca d'Italia in data 27 ottobre 2015, ove si legge che nel 2014 era emerso l'acquisto da parte di B di azioni proprie senza aver prima chiesto l'autorizzazione alla Vigilanza e che *«i finanziamenti che possono essere accordati da una banca a un cliente in coincidenza con l'acquisto da parte sua di azioni della banca sono legittimi se autorizzati dall'assemblea straordinaria»* e ancora che *«le azioni acquistate grazie a un finanziamento della stessa banca emittente non possono essere conteggiate nel patrimonio di vigilanza (omissis) il patrimonio è considerato da quelle regole come il primo cuscinetto di sicurezza per assorbire eventuali perdite; esso deve essere quindi costituito da risorse vere, non a elevato rischio di essere vanificate da un finanziamento non restituito»*, considerazioni ed affermazioni che inducono a ritenere, quanto meno nella presente fase, che la Banca convenuta, anche prima della trasformazione in società per azioni, fosse integralmente assoggettata alla disciplina dell'art. 2358 c.c. attraverso il richiamo dell'art. 2519 c.c. Del resto, come già ritenuto nell'ordinanza sopra menzionata, l'esclusione dell'applicabilità dell'art. 2358 c.c. alle società cooperative non si fonda su argomenti di carattere testuale ma su valutazioni di incompatibilità, come si è visto smentite da iniziative e condotte concrete.

Si aggiunga che, con riguardo alle banche popolari, ai fini della compatibilità a cui l'art. 2519 c.c. ricollega l'applicazione delle società per azioni, deve tenersi conto della peculiare disciplina per esse dettata e, in via più generale, della considerazione che la mutualità nella banche popolari si atteggia in maniera peculiare attesa la cumulabilità con finalità lucrative.

Ciò puntualizzato, va ravvisata una stretta correlazione tra il finanziamento concessogli e gli acquisti di azioni della Banca convenuta, nonostante il divieto previsto dall'art. 2358 c.c.

La Banca ho contestato la sussistenza di una correlazione diretta tra i finanziamenti e l'acquisto di azioni ed ha affermato che detto acquisto era stato il frutto di una scelta di A in cui essa non aveva avuto alcun ruolo con conseguente elusione del collegamento tra il finanziamento e le operazioni di investimento.

Sulla base della cognizione propria della presente fase tale correlazione è desumibile dalla stretta contiguità temporale tra l'apertura del conto, la concessione del finanziamento in data 11 ottobre 2012 e il pressoché intero impiego della somma finanziata con gli acquisti effettuati in esecuzione di preordini del 16 ottobre 2012 per un controvalore di Euro 862.500,00.

Se ne possono desumere l'unitarietà del finanziamento e l'acquisto di azioni della convenuta e, dunque, il collegamento tra l'uno e l'altro.

È irrilevante che nel luglio 2013 l'originario finanziamento fu elevato ad Euro 1.050.000,00; altrettanto irrilevante è che la circostanza che A abbia ottenuto nel 2014 un finanziamento per saldare un'esposizione debitoria delle moglie.

Quanto alle conseguenze della violazione dell'art. 2358 c.c. ed ai soggetti legittimati a farle valere, si rileva che, in difetto di sussistenza delle condizioni previste dall'art. 2358, co. 2 ss., c.c., riprende vigore il divieto sancito dal co. 1 della medesima disposizione la cui violazione è fonte di nullità dei finanziamenti concessi o delle garanzie prestate dalla banca.

La Banca convenuta sostiene che la violazione dell'art. 2358 c.c., e dunque l'insussistenza delle condizioni previste dalla norma per farsi luogo da parte della società a finanziamenti o garanzie dell'acquisto o della sottoscrizione da parte di terzi di azioni proprie, non possa essere fonte di nullità. La violazione in questione potrebbe unicamente essere fonte di responsabilità dell'organo gestorio. La convenuta pone, inoltre, l'accento sul bene/interesse tutelato dalla disposizione, *i.e.* l'effettività del patrimonio sociale, e da ciò fa derivare che l'eventuale invalidità non sia suscettibile di essere fatta valere da coloro che hanno beneficiato dei finanziamenti o delle garanzie.

La nullità dei finanziamenti o delle garanzie posti in essere in assenza delle condizioni previste dall'art. 2358 c.c., ove ritenuta configurabile, si cumulerebbe alla tutela costituita dalle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori, ricorrendone i presupposti. Vuol dirsi che l'una forma di tutela non esclude l'altra né può sostenersi che la possibilità di esercizio delle azioni di responsabilità esaurisca la tutela spettante a chi si affermi danneggiato stante la diversità dei presupposti, dei contenuti e delle modalità attraverso cui le due tutele sono conseguibili.

Ciò precisato, deve ritenersi che l'assenza delle condizioni previste dall'art. 2358, co. 2 ss., c.c., determini l'espansione del divieto di cui al primo comma («*La società non può, direttamente o indirettamente, accordare prestiti, né fornire garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione delle proprie azioni, se non alle condizioni previste dal presente articolo*») e che la violazione di tale divieto di fonte legale dia luogo a nullità della specie delle nullità virtuali.

Quanto alla legittimazione a far valere tale nullità, è vero che la disposizione mira a tutelare l'effettività del patrimonio sociale, ma da ciò non può farsi discendere una deroga alla legittimazione propria delle nullità, specie virtuali poiché derivanti dal carattere inderogabile della norma violata, per le quali il criterio generale di selezione della legittimazione è costituito dall'interesse a farla valere (art. 1421 c.c.).

Nel caso in esame l'inderogabilità della norma e l'ampiezza del divieto, salva la ricorrenza delle condizioni previste dalla disposizione, non consentono limitazioni della legittimazione ad ottenere l'accertamento della violazione. Quando non sussistono le condizioni suddette, evidentemente ritenute dal

legislatore idonee a preservare l'effettività del patrimonio sociale, il divieto non tollera ulteriori e diverse limitazioni. Circoscrivere la legittimazione a farla valere equivarrebbe ad introdurre restrizioni alla inderogabilità della norma, in aggiunta alle condizioni tassative indicate dalla disposizione.

D'altra parte la detta inderogabilità risponde alla esigenza di carattere generale di preservare l'integrità del capitale e l'effettività del patrimonio sociale a tutela dei soci, dei creditori e dei terzi che entrino in relazione con la società.

Quanto all'interesse di A, esso risiede nell'obiettivo avuto di mira, *i.e.* l'eliminazione delle operazioni congiunte - finanziamento ed utilizzo dei fondi forniti dalla Banca per l'acquisto di azioni della medesima -, operazioni nel complesso illecite poiché contrarie a norma imperativa.

Tali operazioni hanno, infatti, avuto come effetto vietato quello di finanziare l'acquisto di azioni della Banca.

Peraltro, chi acquista o sottoscrive azioni di una società impiegando prestiti messi a disposizione della medesima, è portatore di un interesse alla regolarità dell'operazione che, come si è visto, dipende dal rispetto dell'art. 2358 c.c.; ha, quindi, interesse alla effettività del patrimonio della società di cui ha acquistato o sottoscritto azioni, pur se con prestiti forniti dalla stessa società, ed alla tenuta finanziaria di quest'ultima.

Occorre ora verificare se sussistessero, al momento dell'acquisto o della sottoscrizione, le condizioni a cui è subordinato il limite al divieto previsto dall'art. 2358 c.c.

Ebbene, a fronte dell'erogazione della violazione di norma peraltro inderogabile, sia in ragione dell'art. 2358 c.c., il quale assegna alla sussistenza di specifiche condizioni la possibilità di deroga alla regola generale costituita dal divieto di prestiti per l'acquisto o la sottoscrizione di azioni proprie, sia in applicazione del principio della vicinanza alla prova (Cass. s.u. n. 13553/2001), gravava sulla Banca resistente l'onere di dar conto della sussistenza delle ridette condizioni.

La Banca non ha dato tale prova. Anche a voler circoscrivere al limite quantitativo, individuato - in analogia rispetto a quanto previsto dall'art. 2529 c.c. - nell'ammontare degli utili distribuibili e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio regolamentante approvato, l'unica condizione applicabile alle società cooperative tra quelle previste dall'art. 2358 c.c., la convenuta si è limitata ad affermarne la sussistenza.

Va, poi, considerato che il A ha documentato di aver più volte presentato degli ordini di cessione delle azioni rimasti inevasi senza che la Banca abbia in alcun modo spiegato le ragioni per le quali non ha dato corso ai detti ordini. Detta condotta, ove ingiustificata, è suscettibile di dar luogo ad un'azione risarcitoria a fronte della sopravvenuta perdita di valore dei titoli.

Conclusivamente deve ravvisarsi il *fumus boni iuris* delle doglianze formulate dal A e delle pretese suscettibili di essere fatte valere in sede di giudizio di merito ordinario.

Tenuto conto delle azioni di merito ordinario prospettate dal ricorrente (azioni di nullità degli investimenti effettuati in violazione di legge e degli acquisti di azioni della Banca resistente ed azioni restitutorie risarcitorie), misura suscettibile di essere concessa in via d'urgenza, sufficiente a tutelare il ricorrente, è la inibitoria alla Banca della richiesta di pagamento del saldo passivo generatosi del conto corrente n. 657973097.

Non essendovi evidenza della segnalazione a sofferenza dell'affidamento concesso ed anzi risulta il contrario (si veda il doc. 12 prodotto dalla convenuta ove si legge: "Segn. Soff.: 0"), la misura concessa appare sufficiente a tutelare il ricorrente.

La segnalazione quale credito contestato, rispecchiando l'attuale stato di fatto, non può considerarsi lesiva sicché non sussistono i presupposti per l'adozione di alcuna misura d'urgenza al riguardo.

Ogni altra domanda, questione o argomentazione rimane assorbita dalle considerazioni che precedono.

La regolamentazione delle spese di lite va rimessa all'esito dell'instaurando giudizio di merito in ragione della natura strumentale della misura concessa.

P.Q.M.

visti e applicati gli art. 700 e 669 *bis* e ss. c.p.c.,

in accoglimento del ricorso per quanto di ragione:

inibisce a B la richiesta del pagamento del saldo passivo del conto corrente n. 657973097, a cui è correlato il conto deposito titoli n. 6572238670; assegna il termine di giorni trenta per la instaurazione del giudizio di merito.

L'applicabilità alle società cooperative dell'art. 2358 c.c.

Violazione dell'art. 2358 c.c.: conseguenze e legittimazione ad agire

Sofia Mansoldo

(Dottoressa in Economia e Legislazione d'Impresa nell'Università degli Studi di Verona)

Abstract The recent repeal of the rule against financial assistance originated the controversial doctrinal debate concerning the absence of a declared law provision relating to the condition under which a cooperative society can provide funding or give guarantee in order to subscribe shares. The Court of Venice ruled in favour of the implementation of article 2358 c.c. to the cooperative society.

Sommario 1. Il fatto. – 2. L'applicabilità dell'art. 2358 c.c. alle società cooperative. – 3. Violazione dell'art. 2358 c.c.: conseguenze e legittimazione ad agire. – 4. Osservazioni conclusive.

Keywords Società, società cooperative, assistenza finanziaria, cessione di partecipazioni sociali.

1 Il fatto

Con ricorso *ex art.* 700 c.p.c. del 15 giugno 2016 il Tribunale di Venezia si pronuncia in merito ai c.d. “prestiti baciati” aventi ad oggetto finanziamenti erogati da una banca popolare mediante il sistema dell'elasticità di cassa per l'acquisto ovvero la sottoscrizione di azioni della medesima da parte di terzi. Da tale ordinanza rileva la richiesta avanzata dal ricorrente di scongiurare l'addebito di interessi negativi sul proprio conto corrente oltre che la richiesta di immediato rientro dall'esposizione debitoria, mediante la sospensione dell'efficacia e/o l'esecuzione del contratto di investimento. Il ricorrente richiede altresì che l'istituto bancario non possa pretendere pagamenti né operare addebiti in esecuzione del contratto, che la convenuta sia tenuta a stornare gli addebiti già effettuati nelle more della proposizione della domanda, che la banca si astenga dal compiere atti giudiziari ovvero esecutivi volti al recupero della propria pretesa, e, per concludere, che sia inibita qualsiasi segnalazione presso la Centrale Rischi od a diversi sistemi di informazione creditizia.

2 L'applicabilità dell'art. 2358 c.c. alle società cooperative

La sezione specializzata in materia d'Impresa del Tribunale di Venezia con l'ordinanza del 15 giugno 2016, n. 2690, affronta e pone in rilievo molteplici questioni aventi rilevanza sostanziale. A tal riguardo, l'analisi in merito alla sussistenza del *fumus boni iuris* costituisce certamente una delle questioni di maggiore rilievo, infatti, nell'ordinanza in oggetto, emerge chiaramente un insieme piuttosto articolato di passaggi argomentativi riguardanti l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 2358 c.c. alle società cooperative, come si dirà nel prosieguo.

Nel caso di specie rileva la puntualizzazione della banca in merito alla *causa petendi* su cui fonda la competenza del Tribunale, incentrata sulla violazione dell'art. 2358 c.c., secondo cui «una società non può, direttamente o indirettamente, accordare prestiti, né fornire garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione di azioni proprie», se non alle condizioni previste dal co. 2 ss. della medesima disposizione di legge. La norma in questione precisa che, oltre alla preventiva autorizzazione dell'assemblea straordinaria, si rende in aggiunta necessaria la predisposizione di una relazione che illustri «sotto il profilo giuridico ed economico, l'operazione, descrivendone le condizioni, evidenziando le ragioni e gli obiettivi imprenditoriali che la giustificano, lo specifico interesse che l'operazione presenta per la società, i rischi che essa comporta per la liquidità e la solvibilità della società ed indicando il prezzo al quale il terzo acquisirà le azioni», attestando che l'operazione abbia luogo a condizioni di mercato. L'art. 2358 c.c. precisa, inoltre, che l'importo complessivo delle somme impiegate e delle garanzie fornite non può eccedere il limite degli utili distribuibili e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio regolarmente approvato e che, oltre a ciò, sia necessario costituire in bilancio un'apposita riserva indisponibile di importo pari alle somme complessivamente impiegate e delle garanzie fornite ai terzi.

Nell'ordinanza in esame l'istituto bancario in primo luogo contesta la sussistenza di una qualche correlazione diretta tra i finanziamenti erogati e l'acquisto o la sottoscrizione di azioni o di obbligazioni convertibili in azioni della banca stessa, dacché l'operazione sarebbe da attribuirsi ad un'iniziativa propria ed esclusiva del ricorrente. Il giudice adito ha ritenuto, però, che la suddetta correlazione possa essere desunta dalla stretta contiguità temporale intercorrente l'apertura del conto corrente, l'erogazione del finanziamento e, infine, l'acquisto o la sottoscrizione di azioni o obbligazioni convertibili in azioni dell'istituto bancario. Tali dati fattuali, infatti, possono essere intesi quali presunzione grave, precisa e concordante in ordine all'unitarietà ed al collegamento delle operazioni poste in essere in violazione del divieto di cui all'art. 2358 c.c.

In secondo luogo la banca contesta l'applicabilità della predetta disposizione normativa alle società cooperative, in quanto il richiamo ope-

rato dall'art. 2519 c.c. non sarebbe da considerarsi valido con riferimento all'art. 2358 c.c. poiché la disciplina in esso contenuta non sarebbe compatibile con la disciplina delle società cooperative. La convenuta sostiene, infatti, che sebbene alle società cooperative «*si applicano in quanto compatibili le disposizioni sulle società per azioni*»¹, l'applicabilità è da intendersi circoscritta ai limiti quantitativi degli utili distribuibili e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio regolarmente approvato, conformemente a quanto previsto anche dall'art. 2529 c.c., regolamentante l'acquisto di azioni proprie da parte di società cooperative. Inoltre, la tesi circa l'infondatezza della violazione dell'art. 2358 c.c., sarebbe ulteriormente avvalorata dal fatto che nelle società cooperative, diversamente dalle società per azioni, le decisioni in merito all'acquisto di azioni sarebbero da attribuirsi alla competenza esclusiva dell'organo amministrativo anziché a quello assembleare. Pertanto, le società cooperative non sarebbero tenute a ricorrere alle previa autorizzazione dell'assemblea straordinaria come anche alla predisposizione della relazione dell'organo gestorio, quali condizioni strumentali all'accordare prestiti ovvero a fornire garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione di azioni proprie, come espressamente sancito dall'art. 2358 c.c.

La questione è controversa, essendo profondamente discussa in dottrina l'ammissibilità dell'accettazione in garanzia di azioni proprie², e quindi l'applicabilità alle società cooperative del divieto ex art. 2358 c.c.

1 Per un più compiuto sviluppo del tema v. G. PRESTI, M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale, Società*², Bologna, 2006, p. 259-260, ove rileva la non esaustività della disciplina espressa delle società cooperative. L'art. 2519, co. 1, c.c., sancisce che per quanto non previsto nel titolo VI del libro V del Codice Civile si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni sulle società per azioni. L'art. 2520 c.c. regolamenta invece il rapporto tra codice e leggi speciali, secondo cui la legge speciale e le norme del codice si applicano solo in quanto compatibili. Ma in argomento v. anche M. SANDULLI, V. SANTORO, *Commentario alla riforma organica del diritto societario, Società cooperative*, Torino, 2003, partic. p. 55, in cui emerge la concezione nuova del legislatore di non voler creare una società di tipo diverso rispetto a quelli disciplinati dal titolo V del codice, bensì di costruire la cooperativa come società caratterizzata da elementi esclusivamente strutturali, pertanto funzionali allo scopo mutualistico dell'attività economica che si propone di esercitare. Dunque una società a capitale variabile, regolata dalle norme sulla società per azioni, ovvero a responsabilità limitata, in dipendenza delle scelte dei soci. V. ancora L.F. PAOLUCCI, *Le società cooperative dopo la riforma. Commentario breve agli articoli da 2511 a 2545 octiesdecies del c.c. e al D.lgs. 2 agosto 2002, n. 220, in tema di vigilanza sulle cooperative*, Padova, 2004, p. 28, ove il rinvio di carattere generale alle disposizioni sulle società per azioni sarebbe inteso quale espressione di una concezione delle società cooperative più vicina a quella delineata nel codice del commercio del 1882, nel vigore del quale «non costituivano un tipo a sé stante, bensì erano società a capitale variabile rette dalle disposizioni dettate per il tipo che assumevano» (art. 219, co. 2, c.c.). Infine v. G. MARASÀ, *Le cooperative prima e dopo la riforma del diritto societario*, Padova, 2004, pp. 70-78, partic. p. 74.

2 In argomento v. P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, *Commentario alla riforma delle società, Azioni, Artt. 2346-2362 c.c.*, Milano, 2008, p. 645 ss., partic. p. 647.

Certo è che la versione vigente della sopracitata disposizione normativa³, a differenza di quanto accadeva in passato, non pone più un divieto assoluto alle società per azioni di prestare assistenza finanziaria⁴. Infatti, la modificata versione del precetto normativo dispone che una società non può, direttamente o indirettamente, accordare prestiti, né fornire garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione di azioni proprie, se non alle condizioni previste dallo stesso art. 2358, co. 2 ss., c.c. Pertanto, a seguito dell'avvenuta abrogazione del sopramenzionato divieto, la *questio* emersa in dottrina riguarda la mancanza di un espresso richiamo da parte dell'art. 2519 c.c. all'art. 2358 c.c. in aggiunta all'assenza di una espressa disciplina contenuta nel Testo Unico Bancario, regolamentante le condizioni al rispetto delle quali una banca popolare risulta legittimata ad erogare finanziamenti ovvero fornire garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione di azioni proprie. Se con riguardo al tema dell'assistenza finanziaria il legislatore ha introdotto una disciplina specifica per le società per azioni, assoggettate appunto all'art. 2358 c.c., per quanto concerne le società cooperative, in mancanza di un'espressa regolamentazione, si rende necessario stabilire se si applicano, per analogia o in quanto compatibili, le medesime previsioni valevoli per le società per azioni ovvero se tali enti sono legittimati a prestare liberamente assistenza finanziaria, senza quindi sottostare ad alcuna condizione posta a protezione del capitale sociale. Il mutato atteggiamento del legislatore con riguardo alle società cooperative, contestuale alla riforma del diritto societario del 2003, da un lato ha contribuito a far sorgere autorevoli opinioni dirette a preferire la soluzione più liberale⁵, in

3 A seguito delle modifiche apportate all'art. 2358 c.c. dal d.lgs. 4 agosto 2008, n. 142, quello che era in origine un divieto assoluto si è tramutato nella imposizione di una serie di limiti alla possibilità di accordare prestiti ovvero di fornire garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione di azioni proprie. Tali limiti da un lato sono diretti ad evitare che queste operazioni si traducano in un comodo espediente per la società finalizzato a gonfiare il capitale sociale, dando così l'apparenza di una solidità economica non effettiva e reale, dall'altro sono orientati ad evitare che gli amministratori siano liberi di favorire determinati soggetti nell'acquisto o sottoscrizione di azioni, con sacrificio del principio della parità di trattamento dei soci, influenzando così sulla composizione dell'azionariato e sull'assetto organizzativo della società. Sul tema v. anche F. FERRARA, F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*¹⁴, Milano, 2009, pp. 484-486, partic. p. 484.

4 Sull'abrogazione del divieto per le società per azioni di prestare assistenza finanziaria v. C. GRIPPA, *Il "giusto" prezzo delle azioni nelle operazioni di assistenza finanziaria*, in *Giur. comm.*, 2016, I, p. 80 ss.; V. SALAFIA, *L'art. 2358 c.c. dopo il D.lgs. 4 agosto 2008, n. 142*, in *Le Società*, 2014, p. 24 ss.; L. STAROLA, *Acquisto di azioni proprie e assistenza finanziaria*, in *Corr. trib.*, 2008, p. 2654 ss.

5 A favore dell'applicabilità alle società cooperative dell'art. 2358 c.c. v. P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, *op. cit.*, p. 259. Sul tema v. anche A.A. DOLMETTA, *Operazioni delle cooperative sulle proprie partecipazioni: le novità della disciplina, in il nuovo diritto delle società*, Torino, 2007, p. 902 ss. Per l'opinione contraria v. F. FERRARA, F. CORSI, *op. cit.*, p. 117; M. CALLEGARI, *Commento all'art. 2529*, in *Il nuovo diritto societario*, Bologna 2004; V.L. PAOLUCCI, *Codice delle cooperative*, Torino, 2005. V. anche P. SANTOSUOSSO, *Le azioni proprie*

parte dimentiche del fatto che le condizioni di cui all'art. 2358 c.c. sono poste a tutela dell'integrità del capitale e del patrimonio sociale⁶. Le sopracitate condizioni, infatti, sono poste a regolamentazione dei rapporti interni dell'ente societario affinché l'assistenza finanziaria prestata sia di fatto strumentale al raggiungimento di un interesse sociale, reso possibile proprio dal rispetto dei limiti posti dal legislatore. Mentre, però, non sussiste alcun dubbio in merito all'applicazione alle società cooperative della disciplina riguardante l'acquisto di quote o di azioni proprie, contenuta appunto nell'art. 2529 c.c., con riferimento all'applicazione dell'art. 2358 c.c. alla medesima tipologia societaria sussistono invece maggiori incertezze⁷. Questo in quanto la disciplina in esso contenuta potrebbe presentare elementi di incompatibilità rispetto alla disciplina delle società cooperative a causa dello scopo mutualistico che le caratterizza⁸. Infatti, in tali enti il rapporto intercorrente tra la società ed i suoi soci assume una connotazione peculiare avente una rilevanza sostanziale, secondo alcuni idonea a giustificare l'applicazione di una disciplina meno rigorosa in tema di operazioni sulle azioni proprie. Pertanto, sulla base di tali considerazioni non sembrerebbe illogico affermare che lo scopo mutualistico delle società cooperative possa configurarsi idoneo a giustificare un impiego del patrimonio societario orientato a favorire la partecipazione dei soci al rapporto sociale attraverso anche il ricorso all'assistenza finanziaria. Secondo questo orientamento dottrinale, lo scopo mutualistico sarebbe quindi in grado di assorbire quegli obiettivi imprenditoriali che nelle società per azioni devono necessariamente sussistere affinché un'operazione di assistenza finanziaria possa dirsi legittima, così che nelle società cooperative possa essere giustificato il mancato rispetto delle condizioni di cui all'art. 2358

nell'economia dell'impresa, Milano, 2004, p. 309 ss., partic. p. 314. Sul punto v. F. CARBONETTI, *L'acquisto di azioni proprie*, Milano, 1988, p. 177 ss., partic. 179, ove il carattere peculiare della partecipazione sociale nelle cooperative è rilevato nella fruizione dei vantaggi mutualistici. Di qui l'assenza, nella disciplina delle cooperative, di una norma analoga a quella dell'art. 2358 c.c. In argomento v. anche A. BASSI, *Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici, artt. 2511-2548, Codice Civile commentato diretto da P. Schlesinger*, Milano, 1998, p. 543 ss., partic. p. 552. Infine v. A. GRAZIANI, *Diritto delle società*⁵, Napoli, 1963, pp. 492-495, partic. p. 494, in cui l'inapplicabilità dell'art. 2358 c.c. trova ragione al fine di favorire l'assolvimento da parte delle cooperative della funzione mutualistica, permettendo così alla società di venire in aiuto ai soci che si trovano in stato di bisogno.

6 S. CACCHI PESSANI, *L'assistenza finanziaria per l'acquisto e la sottoscrizione delle proprie azioni*¹, Milano, 2012, p. 116.

7 La concessione di finanziamenti per l'acquisto o la sottoscrizione di azioni da parte della società, parimenti all'acquisto di azioni proprie, costituisce un rischio sostanziale per l'integrità del capitale sociale. Sul punto v. I. MENGHI, *L'autorizzazione assembleare all'acquisto di azioni propri*, Milano, 1992.

8 In argomento v. U. BELVISO, *Scopo mutualistico e capitale variabile nelle società cooperative*, Milano, 2012, p. 105 ss.

c.c. Ciò non significa che nel caso delle società cooperative perda rilevanza l'interesse sociale tutelato dall'art. 2358 c.c., bensì che nel caso di specie l'interesse societario debba essere necessariamente reinterpreto sulla base dello scopo mutualistico, tale da poter giustificare, a differenza delle società per azioni, un intervento più liberale nel mercato azionario. Sulla base di tali considerazioni soluzione più favorevole alla questione in esame dovrebbe essere rinvenuta non tanto nell'applicazione integrale dell'art. 2358 c.c. alle società cooperative, ma nell'applicazione del solo limite relativo agli utili distribuibili ed al patrimonio netto disponibile risultante dall'ultimo bilancio approvato, condizione espressamente disposta dall'art. 2529 c.c.⁹.

Il Tribunale di Venezia, con l'ordinanza del 15 giugno 2016, riguardo alla controversa questione dell'assistenza finanziaria si pronuncia in senso favorevole all'applicabilità dell'art. 2358 c.c. alle società cooperative, ritenendo che l'inapplicabilità del sopracitato precetto normativo a tale tipologia societaria non si fonda su argomenti di carattere testuale bensì su mere valutazioni di incompatibilità, smentite da iniziative e condotte concrete proprie della convenuta. Alla medesima conclusione è giunto lo stesso Tribunale con la precedente ordinanza del 29 aprile 2016 emessa con procedimento cautelare iscritto al n. 10366/2015, ove il giudice veneziano ha vietato all'istituto bancario il recupero del finanziamento prestatato in quanto erogato in violazione di norma imperativa di cui all'art. 2358 c.c., in linea con l'ultimo provvedimento testé citato. A sostegno di tale orientamento si pone la relazione finanziaria semestrale consolidata al 30 giugno 2015 dell'istituto bancario¹⁰, ove si dà conto dell'iscrizione in bilancio consolidato, alla stessa data, di una riserva indisponibile ai sensi dell'art. 2358, co. 6, c.c., di importo pari alla somma complessiva dei finanziamenti erogati dalla banca stessa¹¹. Ancora, nella nota integrativa

9 S. CACCHI PESSANI, *op. cit.*, p. 117.

10 L'accertamento ispettivo disposto dalla Banca Centrale Europea a partire dal 16 febbraio 2015 e conclusosi il 1 luglio 2015, ha posto in rilievo sostanziali profili di anomalia negli aumenti di capitale del 2013 e 2014, consistenti nel fatto che parte delle sottoscrizioni delle azioni della banca sono collegate ad operazioni di finanziamento finalizzate proprio all'acquisto delle medesime ed in altri profili di anomalia riscontrabili nella gestione dei rapporti con i soci.

11 V. in tal senso *Relazione Finanziaria Semestrale Consolidata* al 30 giugno 2015, partic. p. 153. Al 30 giugno 2015 il patrimonio netto del gruppo si attesta a 2.954,2 milioni di euro. Tuttavia l'attività di verifica sul capitale condotta dalla Banca Centrale Europea ha evidenziato il sussistere di una correlazione tra acquisti/sottoscrizioni di azioni della banca e finanziamenti erogati a taluni soci. A tal riguardo si segnala che sulle riserve di patrimonio netto del bilancio consolidato al 30 giugno 2015 è presente un vincolo di indisponibilità ai sensi dell'art. 2358, co. 6, c.c., pari a 611,6 milioni di euro. Oltre al predetto ammontare, risulta altresì iscritta tra le poste del patrimonio netto una riserva indisponibile ex art. 2358, co. 6, c.c., di 66,2 milioni di euro, a fronte delle operazioni di aumento di capitale finalizzate all'ampliamento della base sociale, che offrivano ai nuovi soci la possibilità di

sugli strumenti finanziari, depositata presso la Consob il 12 luglio 2013, la convenuta, in occasione dell'aumento del capitale ordinario a pagamento, ha riconosciuto ai nuovi soci la possibilità di accedere ad un finanziamento finalizzato al pagamento delle azioni acquistate nel rispetto di quanto disposto dal medesimo articolo¹². Da tali elementi sarebbe possibile desumere, quindi, contrariamente all'assunto della convenuta, la convinzione dell'istituto bancario di essere concretamente assoggettato alla disciplina di cui all'art. 2358 c.c., attraverso il richiamo operato dall'art. 2519 c.c. A tal riguardo, i chiarimenti resi da Banca d'Italia in data 27 ottobre 2015 contribuiscono ulteriormente ad avvalorare la tesi secondo cui la banca risulta integralmente assoggettata alla disciplina contenuta nell'art. 2358 c.c., dichiarando che i finanziamenti accordati da una banca ad un cliente in coincidenza con l'acquisto da parte sua di azioni della banca stessa sono legittimi solo qualora autorizzati dall'assemblea straordinaria, *ergo*, nel rispetto delle condizioni poste dalla sopracitata disposizione normativa¹³.

sottoscrivere azioni dell'istituto bancario con risorse derivanti da un finanziamento messo a disposizione dalla banca stessa, nel rispetto di quanto disposto dall'art. 2358 c.c. La relazione finanziaria semestrale e il bilancio consolidato al 30 giugno 2015 sono consultabili in <https://www.popolarevicenza.it/bpvi-web/home/Investor-Relations/bilanci.html>.

12 V. in tal senso, CONSOB, *Nota informativa sugli strumenti finanziari*, 12 luglio 2013, consultabile in https://www.popolarevicenza.it/bpvi-web/data/bpvi/InvestorRelations/aumentoCapitaleSociale/Documenti/Nota-Informativa/allegato/Nota_Informativa12LUG13.pdf «In data 26 aprile 2014 l'Assemblea Straordinaria ha autorizzato la Banca, ai sensi dell'art. 2358 c.c., applicabile quanto meno in via cautelativa, a concedere agli aspiranti nuovi soci la possibilità di ottenere il Finanziamento finalizzato alla sottoscrizione delle azioni nell'ambito dell'offerta. Come indicato nella Relazione (approvata dal Consiglio di Amministrazione dell'Emittente in data 19 marzo 2013, ai sensi dell'articolo 2358 c.c., e depositata presso la sede sociale dell'Emittente medesimo nei 30 giorni precedenti la data di prima convocazione dell'Assemblea Straordinaria), lo scopo mutualistico che caratterizza la Banca appare strutturalmente idoneo a giustificare l'impiego del patrimonio sociale per favorire la partecipazione di nuovi soci alla compagine sociale attraverso l'assistenza finanziaria, facilitandone così l'ingresso nella base sociale. Nel rispetto dell'articolo 2358 c.c., il Consiglio di Amministrazione ha verificato che l'importo massimo complessivo delle somme che saranno date a prestito a terzi nuovi soci al fine di sottoscrivere le azioni oggetto dell'offerta, non ecceda il limite degli utili distribuibili e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio presentato nell'Assemblea dei soci del 26 aprile 2014 per l'approvazione» (cit., p. 29).

13 V. in tal senso Banca d'Italia, *Chiarimenti sulla Banca Popolare di Vicenza*, Roma, 27 ottobre 2015, consultabile in https://www.bancaditalia.it/media/approfondimenti/2015/chiarimenti-popolare-vc/BPV_271015.pdf «I finanziamenti che possono essere accordati da una banca a un cliente in coincidenza con l'acquisto da parte sua di azioni della banca stessa sono legittimi se autorizzati dall'assemblea straordinaria. Le azioni acquistate grazie ad un finanziamento della stessa banca emittente non possono essere conteggiate nel patrimonio di vigilanza. Così stabiliscono specifiche regole prudenziali. La ragione è evidente: il patrimonio è considerato da quelle regole come il primo cuscinetto di sicurezza per assorbire eventuali perdite, esso deve essere quindi costituito da risorse vere, non a elevato rischio di essere vanificate da un finanziamento non restituito» (cit., p. 4).

3 Violazione dell'art 2358 c.c.: conseguenze e legittimazione ad agire

Occorre definire a questo punto quali siano le conseguenze derivanti dalla violazione dell'art. 2358 c.c. e, soprattutto, quali siano i soggetti legittimati a farle valere. Quanto alle conseguenze dell'elusione dell'applicabilità dell'art. 2358 c.c., la banca ha sostenuto che non può essere fonte di nullità la concessione di finanziamenti ovvero di garanzie ai fini dell'acquisto o della sottoscrizione di azioni proprie da parte di terzi, anche se poste in essere in violazione dell'art. 2358 c.c. Infatti, la convenuta sostiene che la violazione del suddetto precetto normativo potrebbe valere unicamente quale fonte di responsabilità verso l'organo gestorio, richiamando la mancata osservanza del dovere di diligenza in capo agli amministratori di cui all'art. 2392 c.c. La sezione specializzata in materia di Impresa del Tribunale di Venezia, invece, si è orientata nel senso opposto, ovvero nel ritenere che l'assenza delle condizioni contenute nell'art. 2358 c.c. determini la nullità virtuale dei finanziamenti erogati e delle garanzie prestate, oltre che la possibilità di intraprendere un'azione di responsabilità verso gli amministratori che hanno agito in violazione di norma di legge, giungendo alla conclusione secondo cui una forma di tutela non preclude necessariamente l'altra. Ciò implica che i terzi danneggiati dalla violazione dell'art. 2358 c.c. non soltanto avranno la possibilità di beneficiare della sanzione della nullità dell'operazione, essendo contraria a norma imperativa, ma potranno altresì esercitare azioni di responsabilità in capo all'organo amministrativo.

Quanto, invece, alla questione della legittimazione ad intraprendere l'azione della nullità, il Tribunale di Venezia ha riconosciuto, al pari dell'istituto bancario convenuto in giudizio, che la disposizione normativa in oggetto mira a preservare l'effettività del patrimonio sociale. Sulla base di tale assunto la convenuta sostiene però che è proprio nell'interesse tutelato dal disposto normativo che trova fondamento la ragione per cui l'eventuale invalidità dell'operazione non può essere fatta valere da coloro che hanno beneficiato dei finanziamenti erogati e dai prestiti forniti dall'istituto bancario. Di contro, il giudice adito afferma che trattandosi di operazioni poste in essere in violazione di norma imperativa trova applicazione il principio generale di cui all'art. 1421 c.c., con conseguente azionabilità da parte di chiunque vi abbia interesse¹⁴. Pertanto, l'inderoga-

14 V. in tal senso G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 2, Diritto delle società*⁹, Milano, 2015, p. 282; G.F. CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*², Torino, 2004, p. 62 ss., partic. p. 65. In argomento v. anche A. FERRUCCI, C. FERRENTINO, *Società di capitali, società cooperative e mutue assicurazioni*, Milano, 2012, p. 518; F. FERRARA, F. CORSI, *op. cit.*, pp. 484-486, partic. p. 486; F. CARBONETTI, *op. cit.*, p. 179, ove rileva che la sanzione dell'inosservanza del divieto non può essere che la nullità.

bilità della norma imperativa in oggetto è tale da non legittimare alcuna limitazione all'azione di nullità, il cui criterio generale di selezione della legittimazione si fonda proprio sull'interesse a farla valere. L'inderogabilità della norma si pone, quindi, quale garanzia dell'integrità del capitale sociale e dell'effettività del patrimonio al fine di tutelare i soci, portatori dell'interesse circa la regolarità dell'operazione e, pertanto, legittimati a far valere l'azione di nullità. Nell'ordinanza in esame il giudice veneziano ha seguito l'orientamento già precedentemente intrapreso dalla Cassazione con la sentenza n. 25005/2006¹⁵, in cui la Corte ha affermato che il socio di una società per azioni è legittimato ai sensi dell'art. 1421 c.c. ad agire per la dichiarazione di nullità del contratto di sottoscrizione di azioni di nuova emissione ove si deduca la violazione dell'art. 2358 c.c., «*atteso che dette ipotesi di nullità comportano il rischio della non effettività, totale o parziale, dei nuovi conferimenti e al tempo stesso dell'aumento del capitale sociale, con ricaduta sul patrimonio netto, e tale rischio incide direttamente sul suo interesse a conservare il valore, in termini sia assoluti che relativi, della sua quota di partecipazione alla società*».

Come precisato dal Tribunale di Venezia, resta da verificare a questo punto se al momento dell'acquisto o della sottoscrizione delle azioni sussistessero le condizioni di cui all'art. 2358 c.c., la pronuncia in oggetto pone a capo della banca l'onere di dar conto della sussistenza dei limiti di cui al co. 2 ss. della suddetta disposizione. L'ordinanza rileva però che la Banca non ha provveduto a fornire tale prova. Anche con riguardo alla condizione individuata nell'ammontare degli utili distribuibili e delle riserve disponibili risultanti nell'ultimo bilancio regolarmente approvato, l'istituto bancario si è limitato ad affermarne la mera sussistenza.

4 Osservazioni conclusive

Per concludere, il Tribunale di Venezia ha concesso l'inibitoria alla banca della richiesta di pagamento dei saldi passivi generatesi sul conto corrente, quale misura suscettibile di essere concessa in via d'urgenza, sufficiente a tutelare l'interesse del ricorrente danneggiato a seguito della violazione della norma imperativa. La decisione del giudice veneziano, per quanto avente rilevanza sostanziale, non può dirsi pienamente inedita, essendo in linea con l'orientamento già in precedenza assunto dalla Cassazione con la sentenza n. 15398/2013¹⁶, secondo cui «*il divieto di assistenza finanziaria per l'acquisto di azioni proprie stabilito dall'art. 2358 c.c., in quanto diretto alla tutela dell'effettività del patrimonio sociale, ha ca-*

15 Cass., 24 novembre 2006, n. 25005, disponibile sulla banca dati *DeJure*.

16 Cass., 19 giugno 2013, n. 15398, disponibile sulla banca dati *DeJure*.

rattere assoluto e va inteso in senso ampio. Ne consegue che è vietata qualsiasi forma di agevolazione finanziaria, avvenga essa prima o dopo l'acquisto, atteso che assume rilevanza il nesso strumentale tra il prestito o la garanzia e l'acquisto di azioni proprie, funzionale al raggiungimento da parte della società dello scopo vietato». Ad avvalorare ulteriormente l'orientamento giurisprudenziale diretto ad interpretare in senso ampio il tema dell'assistenza finanziaria è ancora una volta quanto statuito dalla Suprema Corte nella sentenza n. 9194/2004¹⁷, in cui la Corte ha ritenuto che «*analogamente a quanto stabilito per le società per azioni, ai sensi dell'art. 2358 c.c., il divieto di accordare prestiti o fornire garanzie per l'acquisto di quote rappresentative del proprio capitale*» deve considerarsi operante anche per le società a responsabilità limitata. Detto ciò, sarà certamente interessante procedere con un esame delle future pronunce giurisprudenziali per comprendere se sarà confermato l'orientamento a favore del risparmiatore per ora assunto dal Tribunale di Venezia in merito al tema dell'assistenza finanziaria con riguardo alle società cooperative.

17 Cass., 14 maggio 2004, n. 9194, disponibile sulla banca dati *DeJure*.

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

