

Anno 14 – Numero 20

2 novembre 2016

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

DIRETTA DA ORESTE CAGNASSO E MAURIZIO IRRERA

COORDINATA DA GILBERTO GELOSA

IN QUESTO NUMERO:

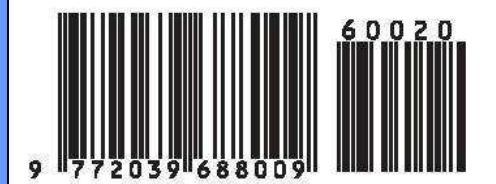
Subfornitura internazionale

Amministratori e impugnazione delle delibere assembleari

Rivalsa IVA: prededuzione nelle procedure fallimentari

ItaliaOggi

ISSN 2039-6880



DIREZIONE SCIENTIFICA
Oreste Cagnasso – Maurizio Irrera

COORDINAMENTO SCIENTIFICO
Gilberto Gelosa

La *Rivista* è pubblicata con il supporto degli Ordini dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili di:
Bergamo, Biella, Busto Arsizio, Casale Monferrato, Crema, Cremona, Lecco, Mantova, Monza e Brianza, Verbania



NDS collabora con:



VÍA CRISIS
Revista Electrónica de Derecho Concursal

SEZIONE DI DIRITTO FALLIMENTARE

a cura di Luciano Panzani

SEZIONE DI DIRITTO INDUSTRIALE

a cura di Massimo Travostino e Luca Pecoraro

SEZIONE DI DIRITTO TRIBUTARIO

a cura di Gilberto Gelosa

SEZIONE DI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

a cura di Marco Casavecchia

SEZIONE DI TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

a cura di Riccardo Rossotto e Annapaola Tonelli

COMITATO SCIENTIFICO DEI REFEREE

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

COMITATO DI INDIRIZZO

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

REDAZIONE

Maria Di Sarli (coordinatore)

Alessandro Bollettinari, Alessandra Bonfante, Maurizio Bottoni, Mario Carena, Marco Sergio Catalano, Massimiliano Desalvi, Salvatore De Vitis, Elena Fregonara, Giulia Garesio, Sebastiano Garufi, Stefano Graidi, Alessandro Monteverde, Leonardo Nesa, Giuseppe Antonio Policaro, Irene Pollastro, Enrico Rossi, Riccardo Russo, Cristina Saracino, Marina Spiotta, Andrea Sacco Ginevri, Maria Venturini

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO

Anna Rosa Adiutori, Daniele Capolupo, Gloria Millepezzi

I saggi pubblicati sotto la rubrica "Studi e Opinioni", quando espressamente indicato, sono sottoposti a blind referees, scelti tra professori universitari appartenenti al Comitato scientifico dei referee, competenti nei vari settori scientifici oggetto della Rivista.

La valutazione degli atti di convegni e degli scritti già pubblicati o di prossima pubblicazione è riservata ai Direttori.

Ogni scritto è accompagnato da un abstract in italiano e in inglese. Vengono pubblicati scritti, oltre che in italiano, in: inglese; francese; spagnolo e portoghese.

INDICE

	<i>Pag.</i>
STUDIE OPINIONI	
<i>Subfornitura internazionale</i> di Anna Rosa Adiutori	9
<i>Gli amministratori di società e l'impugnazione delle delibere assembleari</i> di Gloria Millepezzi	37
COMMENTI A SENTENZE	
<i>La prededuzione del credito di rivalsa Iva del professionista nelle procedure fallimentari</i> di Daniele Capolupo	62
SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE	69
SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO	74

SOMMARIO

STUDI E OPINIONI

Subfornitura internazionale

Mentre nell'ordinamento italiano, la subfornitura industriale è stata disciplinata con la l. 18 giugno 1998 n. 192, a livello internazionale non è possibile individuare anche solo una definizione di tale contratto né rinvenire una specifica disciplina.

Pertanto, la subfornitura viene esaminata alla luce di tre diverse fonti del diritto dei contratti internazionali ossia la Convenzione di Roma del 1980, ora sostituita dal Regolamento (CE) n. 593/2008 (cd. Regolamento Roma I), la Convenzione dell'Aja del 1955 sulla legge applicabile alle vendite internazionali di beni mobili corporali e la Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980 sulla vendita internazionale di merci.

di Anna Rosa Adiutori

Gli amministratori di società e l'impugnazione delle delibere assembleari

I paragrafi che seguono avranno ad oggetto il ruolo degli amministratori di società nell'ambito dell'impugnazione delle delibere adottate dall'assemblea dei soci. Non si potrà perciò prescindere dalla ridefinizione dei compiti manageriali, nonché dal criterio di diligenza e, di conseguenza, dal regime della responsabilità degli amministratori introdotto dalla riforma del 2003. L'indagine verrà inoltre condotta alla luce delle molteplici sfaccettature che la figura dell'amministratore può assumere rispetto all'azione di cui all'art. 2377 c.c., le quali gli consentono di impugnare nella sua qualità di legale rappresentante della società, come amministratore in conflitto di interessi, quale terzo impugnante iure privatorum, congiuntamente agli altri membri dell'organo manageriale o come singolo, ma anche di essere legittimato passivamente.

di Gloria Millepezzi

SOMMARIO

COMMENTI A SENTENZE

La prededuzione del credito di rivalsa Iva del professionista nelle procedure fallimentari

L'articolo, partendo dall'analisi della sentenza della Suprema Corte di Cassazione n. 13771 del 3 luglio 2015, ripercorre la problematica del credito di rivalsa Iva del professionista nelle procedure fallimentari.

Oltre ad una breve analisi dei precedenti giurisprudenziali che si sono pronunciati sull'argomento, l'autore si sofferma sulla posizione espressa dall'amministrazione finanziaria, ritenuta, a legislazione vigente, la soluzione maggiormente condivisibile.

L'articolo si conclude, infine, con la constatazione che, probabilmente, solo una modifica della normativa tributaria potrà risolvere definitivamente la problematica del credito di rivalsa Iva del professionista nelle procedure fallimentari.

di **Daniele Capolupo**

INDEX-ABSTRACT

Page

STUDIES AND OPINIONS

International subcontract

9

While in the Italian juridical system, industrial subcontract has been disciplined by the law 18 June 1998 n.192, at international level you can't find a specific discipline about it, not even a definition of it.

Therefore, this contract is analyzed by three different international sources of law: 1980 Convention on the law applicable to contractual obligations, replaced with regulation N. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 (Rome I); Convention of 15 June 1955 on the law applicable to international sales of goods; United Nations Convention on contracts for the international sale of goods (CISG).

by **Anna Rosa Adiutori**

Company managers and the challenge of shareholders' resolutions

37

The following paragraphs will deal with the role of company managers in the context of the challenge of shareholders' resolutions. It will therefore be necessary to consider how the system of the managers' tasks was reshaped, paying particular attention to the new policy of care and the rules on liability of directors introduced by the reform of 2003. The study will be carried out in the light of the different facets that Managers could possibly take every time they resort to the action of annulment regulated by article 2377 of the Italian civil code: managers could, indeed, contest the shareholders' decision in their qualities of legal representatives of the company, but also bring the action to support interests conflicting with those of the company; they could play the role of a third party and contest the decision *iure privatorum*; besides, they could either take the annulment action together with all the other managers of the board or as single managers; on other circumstances, they could instead be just passively legitimised.

by **Gloria Millepezzi**

INDEX-ABSTRACT

COMMENTS ON JUDGEMENTS

The pre-deduction of Iva reimbursement due professional in bankruptcy proceedings 62

The paper, starting from the analysis of the Supreme Court judgment no. 13771 of 3 July 2015, traces the problem of Iva reimbursement due professional in bankruptcy proceedings. Apart from a brief analysis of the judicial precedents that have spoken on the subject, the author dwells on the position taken by the tax authorities, considered, under current legislation, the most acceptable solution. The paper ends finally with the finding that probably only a change in the tax legislation will permanently solve the problem of Iva reimbursement due professional in bankruptcy proceedings.

by **Daniele Capolupo**

SUBFORNITURA INTERNAZIONALE*

Mentre nell'ordinamento italiano, la subfornitura industriale è stata disciplinata con la l. 18 giugno 1998 n. 192, a livello internazionale non è possibile individuare anche solo una definizione di tale contratto né rinvenire una specifica disciplina.

Pertanto, la subfornitura viene esaminata alla luce di tre diverse fonti del diritto dei contratti internazionali ossia la Convenzione di Roma del 1980, ora sostituita dal Regolamento (CE) n. 593/2008 (cd. Regolamento Roma I), la Convenzione dell'Aja del 1955 sulla legge applicabile alle vendite internazionali di beni mobili corporali e la Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980 sulla vendita internazionale di merci

di ANNA ROSA ADIUTORI

1. Introduzione

Il contratto internazionale, per la sua intrinseca peculiarità, si è sempre posto, tradizionalmente, sul piano dei rapporti fra imprenditori.

L'intensificarsi degli scambi internazionali, tuttavia, in particolare attraverso lo strumento del commercio elettronico¹, e la globalizzazione dell'economia hanno comportato, specie negli anni più recenti, il coinvolgimento non soltanto delle grandi imprese, tradizionali protagoniste del mercato internazionale, ma anche di imprese medie e piccole oltreché di consumatori.

In altri termini, sebbene la caratteristica fondamentale del palcoscenico economico internazionale e globale si rinvenga nella presenza, quali attori principali, delle *big corporations*, non si può non osservare, - si tratta, infatti di dato di esperienza comune - che altri attori si stanno affacciando sullo stesso mercato, quali consumatori e imprenditori medio-piccoli. Si tratta, invero, di fenomeno alquanto recente, ma

* Questo lavoro è destinato alla pubblicazione nel futuro “*Trattato di diritto commerciale internazionale*”, a cura del prof. A. NIGRO.

¹ Si consideri, ad esempio, che, nei rapporti con la Cina, i contratti tra le imprese sono stati agevolati dallo sviluppo delle c.d. piattaforme informatiche, come *Alibaba* e *Taobao*, che consentono rapporti diretti fra operatori e la cui rilevanza è testimoniata dalla piuttosto recente quotazione alla borsa di New York del portale *Alibaba*. Sul punto si rinvia ad A. BOVIO, *L'ordinamento cinese e la Convenzione di Vienna*, in *Nuovo dir. soc.*, 2014, n. 1, 11. Si vedano anche i rispettivi siti agli indirizzi www.alibabagroup.com e www.taobao.com. Sta assumendo, dunque, sempre maggiore rilevanza la consapevolezza della dimensione non più solo nazionale dei contratti, ma al contrario della “dimensione planetaria degli scambi”, espressione che si legge in M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, in *Contratto e impr.*, 2013, 78.

inarrestabile che pone, ovviamente, problemi giuridici nuovi a livello internazionale, dei quali testimonianza sono sia la Convenzione n. 80/934/CEE sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 (Convenzione di Roma), sia il Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I) (noto come Regolamento Roma I), che ha sostituito la Convenzione di Roma, trasformandola in uno strumento comunitario. In una prospettiva storica, infatti, si può evidenziare come mentre negli artt. 5 e 6 della Convenzione di Roma era contenuta una specifica disciplina rispettivamente per i contratti conclusi dai consumatori e per i contratti individuali di lavoro, nel Regolamento di Roma I alla detta disciplina si aggiunge quella dei contratti di distribuzione (art. 4, par. 1, lett. f), di franchising (art. 4, par. 1, lett. e), di assicurazione (art. 7) e di trasporto di persone (art. 5, par. 2), contratti tutti sottoposti a criteri di collegamento diversi da quello generale, motivati, sebbene in misura diversa e non esclusiva, dall'esigenza di tutela del contraente debole².

La coerente conseguenza è che tradizionalmente, in campo internazionale, non si è posto un problema di disparità di posizioni tra le parti del contratto con la correlata esigenza di tutela del contraente debole, terreno, invece, di elezione della disciplina dei contratti con i consumatori e, in generale, dei contratti stipulati con un contraente debole, diverso dal consumatore o dal risparmiatore³.

Questo rende ragione della rilevanza del problema della subfornitura a livello internazionale, anche alla luce della specifica disciplina italiana in materia, contenuta

² Sul punto si rinvia alle osservazioni che saranno esposte infra. Si consideri, comunque, l'approfondimento della questione che si legge in P. PIRODDI, *La tutela del contraente debole nel regolamento Roma I*, Padova, 2012, 3 ss.; V. TAMPANO, *La protezione del consumatore nel Regolamento Roma I*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 577 ss.

³ Il riferimento è alla cd. categoria del "terzo contratto", categoria dottrinale di tipo residuale, nella quale confluiscono, come è noto, i rapporti contrattuali non riconducibili né al contratto stipulato tra parti dotate dello stesso potere contrattuale (primo contratto) né al contratto concluso tra consumatore e professionista (secondo contratto): in altri termini, si tratta del contratto in cui le parti del rapporto, pur entrambe imprenditori, sono tuttavia dotate di differente potere contrattuale.

La paternità dell'espressione "terzo contratto" si attribuisce comunemente a R. PARDOLESI nella Prefazione al volume di G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, XIII. Sulla configurabilità di tale categoria nonché sull'utilità di detta classificazione non può non rilevarsi come si rinvengano in dottrina numerosissimi contributi. Pertanto, sul punto mi permetto di rinviare, tra gli altri, a: E. MINERVINI, «Il terzo contratto», in *Contratti*, 2009, 493 ss.; E. RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, in *Contratto e impr.*, 2009, 120 ss.; M. TAMPONI, *Liberalizzazioni, "terzo contratto" e tecnica legislativa*, in *Contratto e impr.*, 2013, 91 ss.; V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 695 ss.

nella l. 18 giugno 1998 n. 192, disciplina di protezione, in senso generale, del contraente debole subfornitore.

In via preliminare, si può osservare come nello studio della disciplina della subfornitura internazionale assumano particolare rilievo tre profili: il primo riguarda la difficoltà di individuare la nozione stessa di subfornitura, questione specifica di tale contratto; il secondo attiene al profilo generale della autonomia nel contratto internazionale; il terzo, infine, concerne la disciplina, a livello internazionale, dei limiti all'autonomia privata con riguardo alle norme di tutela del contraente debole. Ma procediamo con ordine.

2. Nozione di subfornitura internazionale

La nozione di subfornitura a livello internazionale non risponde alla tipologia contrattuale propria dell'uno o dell'altro ordinamento, ma si fonda, piuttosto, “su bisogni e ragioni economiche alle quali lo strumento contrattuale deve ubbidire (nella sua funzione – messa in luce dall'analisi economica del diritto – di strumento per la creazione ed il trasferimento della ricchezza)”⁴.

La subfornitura, in senso ampiamente generale, risponde, invero, al bisogno proprio dell'impresa manifatturiera di risolvere il fondamentale dilemma “*make or buy*”⁵: nel quadro delle relazioni verticali tra le imprese, in particolare, la subfornitura riguarda il settore manifatturiero, così come il *franchising* attiene alla commercializzazione e l'*outsourcing* concerne, in generale, i servizi⁶.

A livello semantico, il termine subfornitura è utilizzato, sia a livello nazionale sia a livello internazionale, in una molteplicità di accezioni: e così, oltre che con riguardo alla subfornitura industriale, l'espressione è utilizzata anche per individuare fenomeni economici anche profondamente diversi fra loro, quali il subappalto

⁴ Cfr. A. FRIGNANI - M. TORSELLO, *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*², *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.*, diretto da GALGANO, Padova, 2010, 7, i quali, peraltro, riferiscono l'affermazione a tutti i singoli contratti da loro analizzati e non specificamente alla subfornitura. Ma le considerazioni che saranno svolte nel testo, a me sembra confermino tale affermazione.

⁵ Risale all'analisi di R.H.COASE, *The Nature of the Firm, in Economica* 1937, 386 ss., famosissimo saggio pubblicato in *The Theory of the Firm* a cura di M. CASSON, Cheltenham, UK-Brookfield, US 1996, lo studio dell'alternativa tra “*exchange transactions on a market and the same transactions organised within a firm*” (ivi a pag. 393). Si vedano anche le osservazioni di O.E. WILLIAMSON, *The Mechanisms of Governance*, New York 1996, trad.it. *I meccanismi del governo – L'economia dei costi di transazione: concetti, strumenti, applicazioni*, Milano, 1998, 61-62 e 74; O.E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism, Firms, Markets, Relational Contracting*, New York 1986, trad.it. *Le istituzioni economiche del capitalismo - Imprese, mercati, rapporti contrattuali*, Milano, 1992, 176 ss.

⁶ Questa classificazione si legge in R. CASO, *Subfornitura industriale: analisi giuristica delle situazioni di disparità di potere contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 247, nota n. 17; P.P. FERRARO, *L'impresa dipendente*, Napoli, 2004, 27 ss.

STUDI E OPINIONI

SUBFORNITURA INTERNAZIONALE

trasparente, ove l'espressione trasparente a livello internazionale indica che le parti determinano una parte, più o meno ampia, del contenuto contrattuale "attraverso una recezione materiale, *mutatis mutandis*, delle clausole corrispondenti del contratto d'appalto principale, o attraverso un rinvio *per relationem* alle stesse"⁷.

Ancora il termine subfornitura è utilizzato per contraddistinguere alcuni contratti internazionali di fornitura di prodotti finiti, cd. OEM (*Original Equipment Manufacturer*) e quelli aventi a oggetto impianti e macchinari, comunemente definiti "chiavi in mano" o "*turnkey contracts*"⁸. Pertanto, appare necessario chiarire preliminarmente entro quali confini verrà condotta l'analisi che seguirà, data l'impossibilità di approfondire gli aspetti giuridici dell'intero fenomeno della subfornitura nei limiti del presente studio.

L'attenzione, quindi, si concentrerà sulla subfornitura industriale e, in particolare, sulla rilevanza del problema della tutela del contraente debole a livello internazionale che, nella mia personale convinzione, rappresenta forse l'aspetto più interessante del relativo fenomeno, oggetto peraltro di approfondimenti in dottrina solo in tempi recenti.

3. Autonomia contrattuale nel contratto internazionale

Solo un breve cenno, data la complessità della questione, all'autonomia contrattuale per sottolineare il diverso contenuto della stessa nel contratto interno rispetto a quello internazionale⁹.

Si può osservare, innanzitutto, che nell'ordinamento italiano l'autonomia contrattuale, come è noto, è libertà delle parti di determinare il contenuto del contratto (art. 1322¹ c.c. it.)¹⁰ e di determinarne anche la causa, al di fuori dei tipi legali (art. 1322²)¹¹⁻¹², cui si aggiunge la possibilità riconosciuta ai soggetti di autogovernare anche

⁷ In questo senso cfr. P. PIRODDI, *La subfornitura nel diritto internazionale privato comunitario*, Padova, 2004, 6. E' lo stesso Autore che evidenzia, peraltro, come il subappalto trasparente sia fenomeno economico-sociale estraneo alla subfornitura industriale, indipendentemente dall'eventuale applicabilità della l. 1998 n. 192 (ivi a pag. 36). Accenni in tal senso si leggono già in M. COCCIA, *La legge n. 192/1998 sulla subfornitura: profili di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, 804.

⁸ Esula dai limiti del presente studio l'approfondimento di tali contratti. Sul punto si rinvia a: AA.VV. (a cura di U. PATRONI GRIFFI), *Manuale di diritto commerciale internazionale*, Milano, 2012, 153-154; F. BORTOLOTTI, *Manuale di diritto commerciale internazionale*³, vol. II, Padova, 2010, 27-28.

⁹ Sul punto si veda F. MARRELLA, *Autonomia privata e contratti internazionali*, in *Contratto e Imp./Europa*, 2003, 824.

¹⁰ L'art. 1322 c.c. fonda il suo contenuto sul potere riconosciuto alle parti di determinare liberamente il contenuto del contratto, "benché si aggiunga subito che tale libertà va esercitata <<nei limiti imposti dalla legge>>". In questo senso, P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.* 1999, 230.

¹¹ Osserva R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale – Disposizioni preliminari – Dei requisiti del contratto*, Art. 1321-1352, *Comm. cod.civ.* a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna – Roma, 1970, 27 che l'autonomia privata - intesa come "autoregolamento dei privati interessi, impegnativo di già sul piano

STUDI E OPINIONI

SUBFORNITURA INTERNAZIONALE

la fase patologica del rapporto, attraverso il ricorso all'arbitrato, sia esso rituale o irrituale. I confini dell'autonomia contrattuale, già ampi a livello di ordinamenti nazionali interni, divengono ancora più ampi a livello internazionale¹³, in quanto al tradizionale manifestarsi della stessa, sebbene in misura anche qui molto più consistente, si aggiungono, in linea generale, altre possibilità di sua esplicazione, riguardanti sia la possibilità di scelta della giurisdizione sia la possibilità di scelta dello stesso sistema giuridico di riferimento¹⁴.

In altri termini, alla caratteristica tipica del contratto internazionale, ossia la sua tendenziale completezza e autosufficienza¹⁵, manifestazione propria dell'autonomia

della coscienza sociale - costituisce il «fatto» che l'ordinamento giuridico prende in considerazione nella normativa in tema di contratto (negozio)". Si tratta, dunque, "..... di una figura ben diversa dall'autonomia (competenza normativa) che lo Stato, fonte primaria dell'ordinamento giuridico, può delegare ad altri (ente pubblico): onde soddisfare alla diversa esigenza del decentramento della disciplina normativa di fatti e rapporti".

Su questi profili cfr.: E. BETTI, *Autonomia privata, Noviss. Dig. it.*, vol. I^o, Torino, 1957, 1559 ss.; P. SCHLESINGER, *op. cit.*, 229 ss. L'atipicità di cui all'art. 1322 c.c., peraltro, assume, nell'epoca attuale, confini diversi. Osserva, infatti, G. DE NOVA, *I contratti atipici e i contratti disciplinati da leggi speciali: verso una riforma?* in *Riv. dir. civ.*, 2006, 348 che, in Italia, circolano, con sempre maggiore frequenza, non solo contratti che non corrispondono a tipi contrattuali disciplinati dall'ordinamento italiano, ma anche contratti, pure disciplinati, che, tuttavia, figli della prassi contrattuale angloamericana, ignorano il diritto italiano (contratti alieni secondo la nota definizione che ne dà l'Autore stesso).

¹² La dottrina si è più volte interrogata sulla questione se la libertà contrattuale goda di garanzia costituzionale o meno, dato che nella Costituzione Italiana non si rintraccia un esplicito riferimento al contratto, come, invece, accade per la famiglia e le successioni, per la proprietà e l'espropriazione, per il lavoro e l'impresa.

Non sembra, peraltro, riuscito pienamente il tentativo di radicare una tale garanzia implicita nell'art. 2 Cost., mentre sembra ricevere una tutela costituzionale, anche se indiretta, negli artt. 41 e 42 Cost..

La mancanza o meno di una garanzia costituzionale della libertà contrattuale è problema di tale complessità e vastità da impedire ogni pur minimo accenno in questa sede; pertanto, mi limito a rinviare, per una prima riflessione sul punto, con varietà di posizione a: M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, 37 ss.; L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, 1-2; G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 24 e 30-31, il quale ritiene che "la libertà, che caratterizza lo statuto costituzionale della persona, è anche libertà economica, la quale assume il nome tecnico di autonomia privata (art. 1322 c.c.)"; A. LISERRE, *Costituzione e autonomia contrattuale*, in *Corr. giur.*, 2008, 153 ss.

¹³ Nello stesso senso cfr. F. MARRELLA, *op. cit.*, 828.

¹⁴ Le due scelte non sono necessariamente connesse tra loro, con la conseguenza che la scelta del giudice nazionale competente non può essere interpretata come scelta tacita della legge applicabile. In modo conforme, si veda G. FIGA¹-TALAMANCA, *Introduzione al diritto commerciale internazionale*, Torino, 2009, 12.

¹⁵ In dottrina, si evidenzia come l'affermazione di tale caratteristica dei contratti internazionali, coerente conseguenza della natura degli stessi, presenti un'elevata attrattiva per gli operatori e gli interpreti. Un contratto "autosufficiente", che contenga regole autonome e indipendenti dai singoli ordinamenti nazionali, assicurerebbe, infatti "non solo la certezza del diritto ma anche una soluzione davvero appropriata, non condizionata dalle tradizioni giuridiche nazionali e dagli istituti di diritto interno". In

contrattuale, valore specifico si deve riconoscere ad altre due sue manifestazioni - la scelta del giudice e la scelta della legge regolatrice del contratto - le quali, tuttavia, incontrano significative limitazioni, invero di natura diversa, che attingono, innanzitutto, ai principi generali (come l'ordine pubblico), ma anche ai singoli ordinamenti giuridici e alle Convenzioni internazionali.

Preme sottolineare, però, che l'autonomia privata internazionale, nella più ampia accezione che essa presenta in tale ambito, ben si attaglia, o forse più precisamente si dovrebbe ritenere nata proprio in correlazione a contratti che, con la sensibilità giuridica più recente, si possono definire B2B, contratti "nobili", negoziati "in ogni dettaglio da soggetti avvertiti, pienamente consapevoli del fatto di agire in un'arena ruvida, dove gli errori di programmazione si pagano a prezzo carissimo"¹⁶. Ma il commercio internazionale si è popolato anche, in tempi più recenti, di figure nuove: consumatori, ma anche imprenditori di dimensioni minori.

Anche a livello internazionale, dunque, le vere difficoltà e le sfide future riguardano la cd. "terra di mezzo"¹⁷ dei contratti, cioè i contratti C2C, invero ancora difficilmente ipotizzabili a livello internazionale per obiettive ragioni e i contratti B2B, con disparità di posizioni tra le parti, quale la subfornitura.

4. La subfornitura tra ordinamento nazionale e internazionale

La disciplina della subfornitura è stata introdotta nell'ordinamento italiano¹⁸ sul finire degli anni novanta del secolo scorso¹⁹, stimolata da un chiaro orientamento

questo senso si veda G. FIGA'-TALAMANCA, *op. cit.*, 11. Ma sul punto cfr. anche F. BORTOLOTTI, *Manuale di diritto commerciale internazionale*, vol. I, *Diritto dei contratti internazionali*, Padova, 2009, 139 ss. Naturalmente, le parti non riescono mai a disciplinare direttamente tutti i profili del contratto: per quanto accurata e analitica sia la sua redazione, infatti, lo stesso dovrà, comunque, essere collocato nel contesto di un ordinamento giuridico, almeno al fine di colmare eventuali sue lacune o di interpretare le clausole concordate.

¹⁶ R. PARDOLESI, *op. cit.*, XII.

¹⁷ L'espressione è di R. PARDOLESI, *op. cit.*, XIII.

¹⁸ Si consideri che nell'ordinamento giapponese è stata introdotta una legge in materia di subfornitura già nel 1956. Cfr. l. 1956 n. 120 "subcontract act", consultabile sul sito www.jffc.go.jp/en/legislation_gls.

¹⁹ Il riferimento è naturalmente alla l. 18 giugno 1998 n. 192, introdotta nell'ordinamento italiano dopo un iter parlamentare particolarmente controverso. Per l'analisi dei lavori preparatori, si vedano: A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000, 3-4; V. FRANCESCHELLI, in AA.VV. (a cura di V. FRANCESCHELLI), *Subfornitura*, Milano, 1999, 3-4; F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, Padova, 1999, 41.

Come è noto, detta normativa non è stata inserita nel Codice civile italiano, né integrando la parte relativa ai contratti in generale, né modificando la disciplina specifica dei singoli contratti, con una scelta di tecnica legislativa non casuale, ma dovuta alla circostanza per la quale la subfornitura non è stata configurata né come disciplina generale dei rapporti tra imprenditori né come nuovo tipo contrattuale. Per l'approfondimento di quest'ultimo profilo, che esula dai limiti del presente studio, mi permetto di rinviare al mio volume A.R. ADIUTORI, *Interessi protetti nella subfornitura*, Milano, 2010, 77 ss.

STUDI E OPINIONI

SUBFORNITURA INTERNAZIONALE

comunitario in materia, che si è concretizzato in più interventi, dai quali è emersa l'attenzione per questo ambito della realtà economica, in considerazione della rilevanza che esso ha per il mercato in genere, sia interno sia comunitario²⁰.

Della disciplina contenuta nella l. 1998 n. 192 vorrei, in particolare, sottolineare due profili, uno che definirei specifico e uno più generale. In ordine al primo, si può evidenziare come il legislatore nazionale, con una legge per molte ragioni oggetto di considerazioni critiche se non addirittura molto critiche da parte della dottrina²¹, abbia considerato e disciplinato solo alcuni aspetti del fenomeno economico della subfornitura con la conseguenza che la definizione normativa della stessa (art. 1 l. 1998 n. 192) si

²⁰ L'attenzione delle istituzioni europee si è concretizzata, in particolare, nella predisposizione di guide contrattuali specifiche per la subfornitura (la Guida pratica sugli aspetti giuridici della subfornitura industriale nella Comunità europea si articola in due volumi: vol. I Il contratto di subfornitura, Lussemburgo, 1990 e vol. II Il quadro giuridico della subfornitura nei 12 stati membri, Lussemburgo, 1992) e in una raccomandazione della Commissione del 12 maggio 1995 n. 95/198/CE (in G.U.C.E. 10 giugno 1995 n. L. 127), riguardante in generale i termini di pagamento nelle transazioni commerciali e, quindi, non solo nell'ipotesi di subfornitura.

Il legislatore italiano, destinatario della raccomandazione, peraltro, non si è limitato a disciplinare tale profilo, ma, piuttosto, ha ritenuto di introdurre una disciplina articolata, quella della subfornitura, che, muovendo dal profilo esaminato dalla raccomandazione, ha riguardato aspetti più generali del fenomeno in discorso.

E' stata pubblicata (si veda G.U.C.E. 8 agosto 2000, n. L 200), poi, sulla base della stessa raccomandazione, la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2000/35/CE del 29 giugno 2000, con la quale il legislatore europeo, nel disciplinare la lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, ha ritenuto di delineare la soluzione dei problemi legati ai rapporti tra le imprese in questo ambito.

Invero, l'ambito applicativo della direttiva riguarda non solo i contratti tra imprese, ma anche quelli tra imprese e pubbliche amministrazioni. Il concetto di impresa, inoltre, nella direttiva è inteso in senso ampio, ricomprendendosi non solo l'imprenditore, ma anche il lavoratore autonomo, iscritto o meno in albi o elenchi.

Tale direttiva ha trovato, poi, attuazione nel nostro ordinamento con il d.lgs. 9 ottobre 2002 n. 231, con il quale, tra l'altro, è stato modificato l'art. 33 l. 1998 n. 192.

La Direttiva n. 2000/35/CE è stata poi abrogata e sostituita dalla Direttiva n. 2011/7/UE del 16 febbraio 2011, recepita nell'ordinamento italiano con il d.lgs. 9 novembre 2012 n. 192, che ha modificato il d.lgs. 9 ottobre 2002 n. 231. Con l'art. 2 comma 1 e l'art. 3 comma 1 del d.lgs. 2012 n. 192 è stato, poi, nuovamente modificato l'art. 3 comma 3 della l. 1998 n. 192.

Per alcuni riferimenti sulla riforma della disciplina dei ritardi nei pagamenti cfr., tra gli altri: A.M. BENEDETTI e M. GRONDONA, *La nullità delle clausole derogatorie nella nuova disciplina di pagamento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 1077 ss.; G. SPOTO, *I ritardi nei pagamenti commerciali. Commento al d. lgs. n. 231 del 2002 come modificato dal d. lgs. n. 192 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2013, II, 305 ss.

²¹ Si vedano, tra i tanti interventi, all'indomani dell'entrata in vigore della legge, quello di G. DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 449 ss. e, dopo anni di applicazione della legge, quello di G. CATALANO, *La legge sulla subfornitura a sette anni dall'entrata in vigore: il legislatore italiano è deceduto o sta solo dormendo?*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 177 ss.

presenta, per un verso, incompleta e, per un altro verso, non unitaria in quanto comprende due subprocedimenti, che la dottrina, in modo sostanzialmente concorde, ha individuato quali subfornitura di lavorazione e subfornitura di prodotti o servizi. Entrambe sono caratterizzate dal loro inserimento nel processo produttivo dell'impresa committente, con il riconoscimento, dunque, da parte del legislatore della funzione di decentramento produttivo che la subfornitura realizza nella realtà economica. Nella subfornitura di lavorazione, l'art. 1 pone l'accento sull'oggetto della lavorazione medesima, consistente in semilavorati e materie prime forniti dal committente, mentre nella subfornitura di prodotti o servizi l'attività del subfornitore consiste nel fornire all'impresa committente prodotti o servizi dei quali viene posta in risalto la destinazione, consistente nell'incorporazione o nell'utilizzazione, in qualunque forma, nell'attività del committente medesimo o nella produzione di un bene complesso dello stesso.

Dall'analisi di entrambe le ipotesi descritte, si conferma che non solo l'attività del subfornitore si inserisce nel processo produttivo dell'impresa committente, quale fase di attuazione dello stesso, ma l'impresa committente costituisce il mercato di sbocco dell'attività del subfornitore, determinando così quella dipendenza economica sottesa alla *ratio* di tutela del contraente debole che caratterizza la disciplina in discorso.

L'ultima parte dell'art. 1¹ l. 1998 n. 192, peraltro, costituisce l'espresso riferimento alla dipendenza tecnologica del subfornitore, in quanto egli svolgerà la sua attività "in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente".

La dipendenza tecnologica, al di là di una formulazione alquanto imprecisa, contenuta nell'art. 1, caratterizza entrambe le fattispecie individuate nella norma medesima²².

La *ratio* della l. 1998 n. 192, volta a tutelare il subfornitore quale contraente debole, trova la sua coerente conseguenza e insieme la sua giustificazione in una normativa dal carattere in larga misura derogatorio rispetto sia al principio dell'autonomia privata, attraverso l'introduzione di numerose norme di natura inderogabile, sia alle regole comuni in tema di contratti²³. Sotto questo aspetto vengono in considerazione, in particolare, le disposizioni contenute nella disciplina in discorso in ordine sia al procedimento di formazione del contratto (art. 2 commi 1, 2 e 3) sia al suo contenuto (art. 2, commi 4 e 5 e art. 3 relativo ai termini di pagamento)²⁴.

²² Per l'approfondimento dei controversi profili della considerazione della dipendenza tecnologica quale elemento caratterizzante sia della subfornitura di lavorazione sia di quella di prodotto o servizio nonché sulla rilevanza della stessa per la configurazione della subfornitura medesima, mi permetto di rinviare ancora ad A.R. ADIUTORI, *op. cit.*, 62 ss.

²³ Cfr., sul punto, le riflessioni di O. CAGNASSO – G. COTTINO, *Contratti commerciali, Tratt. dir. comm.* diretto da COTTINO, Padova, 2000, 360-361.

²⁴ Esula dai limiti del presente studio l'approfondimento dei singoli aspetti individuati sinteticamente nel testo e dei problemi connessi, sui quali esiste, invero, una produzione dottrinale molto ampia. Pertanto,

STUDI E OPINIONI

SUBFORNITURA INTERNAZIONALE

Per quanto riguarda, poi, il secondo profilo cui si è fatto cenno *supra*, quello più generale, il riferimento è all'art. 9 l. 1998 n. 192 che, come è noto, disciplina l'abuso di dipendenza economica, con una formulazione nella quale non si può non riconoscere una certa approssimazione e che rischia di portare a un ragionamento per così dire "circolare"²⁵. Potrebbe sembrare quasi contraddittorio definire di contenuto generale una sola previsione della legge sulla subfornitura, ma è proprio il collegamento solo per così dire di tipo "logistico" di detta norma con la legge stessa a giustificare tale considerazione. L'art. 9 in discorso, infatti, nonostante incertezze dottrinali e giurisprudenziali in merito²⁶ e nonostante il suo inserimento nella l. 1998 n. 192, è

sul punto mi permetto di rinviare, oltre al mio lavoro (A.R. ADIUTORI, *op. cit.*, 80 ss.), più da ultimo, a L. RENNA, *Subfornitura, Digesto disc. priv., sez. civ.*, Torino, 2012, 1021 ss.

²⁵ Detto rischio è espressamente evidenziato da E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 518.

²⁶ La dottrina non è concorde nel ritenere che l'ambito applicativo dell'art. 9 l. 1998 n. 192 si estenda oltre la disciplina della subfornitura, contenuta nella medesima legge. Invero, è sicuramente minoritaria la tesi per la quale l'art. 9 si applica solo nell'ambito della fattispecie della subfornitura, potendosi, invece, considerare dominante l'opposta tesi. A quanto consta, infatti, la prima delle due opinioni risale a R. RINALDI- F. R. TURITTO, in AA.VV. (a cura di P. SPOSATO e M. COCCIA), *La disciplina del contratto di subfornitura nella legge n. 192 del 1998*, Torino, 1999, 125 ed è rimasta isolata a lungo mentre, più di recente, è stata ripresa e approfondita da A. MUSSO, *La subfornitura, Comm. cod. civ. di SCIALOJA e BRANCA* (a cura di F. GALGANO), Bologna-Roma, 2003, 483 ss.; G. TUCCI - C. CALIA, *La subfornitura in Italia: sette anni di applicazione della legge 18 giugno 1998, n. 192*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 112; L.C. NATALI nel commento a Trib. Bari 17 gennaio 2005 (ord.), in *Contratti*, 2005, 900.

La contraria opinione è sicuramente prevalente; pertanto, sul punto si rinvia, tra gli altri, a: M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, 133-134; A. BERTELOTTI, *op. cit.*, 179; C. PILIA, *Circolazione giuridica e nullità*, Milano, 2002, 319-320; M. S. SPOLIDORO, *Riflessioni critiche sul rapporto fra abuso di posizione dominante e abuso dell'altrui dipendenza economica*, in *Riv. dir. ind.*, 1999, I, 195; R. NATOLI, *Abuso di dipendenza economica, Dig. disc. priv., sez. comm. aggiornamento*, Torino, 2003, 16; G. COLANGELO, *op. cit.*, 74 ss. e, più di recente, L. RENNA, *op. cit.*, 1044-1045; L. RENNA, *L'abuso di dipendenza economica come fattispecie transtipica*, in *Contratto e impr.*, 2013, 393 ss.; M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contratto e impr.*, 2013, 5 ss.

La giurisprudenza è apparsa, invece, molto divisa; infatti, hanno riconosciuto l'applicabilità dell'art. 9 l. 1998 n. 192 a tutti i rapporti di impresa e non soltanto a quelli di subfornitura: Trib. Bari 6 maggio 2002 (ord.), in *Riv. dir. comm.*, 2002, II, 319 ss. con nota di P. FABBIO, *Interruzione delle relazioni commerciali in atto e abuso di dipendenza economica*, che rappresenta la prima pronuncia in materia di abuso di dipendenza economica; Trib. Roma 27 ottobre - 5 novembre 2003 (ord.), in *Riv. dir. comm.*, 2004, II, 1 ss. con nota di P. FABBIO, *Note sulla terminazione dei rapporti di distribuzione automobilistica integrata, tra diritto comunitario e nazionale* e in *Foro it.*, 2003, I, 3440 ss. con nota di G. COLANGELO; Trib. Catania 5 gennaio 2004 (ord.), in *Foro it.*, 2004, I, 262 ss., con nota di G. COLANGELO; Trib. Torre Annunziata - Sez. Castellamare di Stabia 30 marzo 2007, in *Giur. merito*, 2008, 341 ss. con nota di A. BOSO CARETTA, *Interruzione del rapporto di distribuzione integrata e abuso di dipendenza economica*; Trib. Trieste 21 settembre 2006 (ord.), in *Contratti*, 2007, 112 ss. con

STUDI E OPINIONI

SUBFORNITURA INTERNAZIONALE

espressione, invece, di un principio “di ordine generale e di grande momento, capace di moralizzare i rapporti tra imprenditori”²⁷. In altri termini, questa previsione trova applicazione quando entrambe le parti siano imprenditori, in proposito risultando illuminante la previsione del 1° comma della medesima norma²⁸, a prescindere dal rapporto di subfornitura che intercorra tra le stesse.

Un’ultima considerazione sulla disciplina della subfornitura di cui alla l. 1998 n. 192, che consente di confermare l’affermazione, già in precedenza evidenziata²⁹, dell’estraneità della subfornitura industriale disciplinata nell’ordinamento nazionale rispetto al fenomeno del subcontratto. L’uso letterale, infatti, nella l. 1998 n. 192, del prefisso *sub* non appare sicuramente argomento decisivo in quanto, al di là della

commento di P. QUARTICELLI e in *Foro it.*, 2006, I, 3513 ss. con nota di G. COLANGELO e nota di A. PALMIERI. In senso opposto si sono pronunciate Trib. Bari 2 luglio 2002 (ord.), per la rivista in cui è pubblicata tale pronuncia si rinvia infra e Trib. Taranto 22 dicembre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, 262 ss. con nota di G. COLANGELO e in *Rass. dir. civ.*, 2005, 259 ss. con nota contraria L. TRIGLIONE, *L’abuso di dipendenza economica nella recente giurisprudenza di merito*, mentre non sembrano prendere posizione sul problema Trib. Roma 12 settembre 2002 (ord.) e Trib. Roma 16 agosto 2002 (ord.) (tutte e due dette pronunce sono pubblicate, insieme a Trib. Bari 2 luglio 2002 (ord.) e Trib. Roma 20 maggio 2002 (ord.), in *Foro it.*, 2002, I, 3207 ss. con nota di A. PALMIERI, *Abuso di dipendenza economica: dal «caso limite» alla (drastica) limitazione dei casi di applicazione del divieto?*, il quale espressamente riconosce l’applicabilità generale dell’art. 9 l. 1998 n. 192).

Trib. Roma 5 febbraio 2008, in *Foro it.* 2008, I, 2326 ss. con nota di A. PALMIERI ritiene che, pur riferendosi l’art. 9 l. 1998 n. 192 anche a fattispecie estranee al contratto di subfornitura, tuttavia l’ambito applicativo della relativa disciplina non si ampli fino a comprendere l’intera area delle relazioni fra imprenditori, ma si estenda alle situazioni in cui si profila una integrazione «verticale» delle rispettive attività, con la conseguenza che i contratti, come quelli bancari, oggetto del giudizio sottoposto al Tribunale, non riconducibili alla dinamica di detti rapporti, rimangono estranei all’applicazione dell’art. 9 l. 1998 n. 192.

Più di recente hanno negato l’applicabilità dell’art. 9 al di fuori della subfornitura: Trib. Roma 17 marzo 2010; Trib. Roma 19 febbraio 2010; Trib. Roma 24 settembre 2009; Trib. Roma 5 maggio 2009, in *Foro it.*, 2011, I, 255 ss., con nota di G. COLANGELO, mentre ne ha ribadito l’applicazione generalizzata Trib. Torino (ord.) 11 marzo 2010, in *Giur. comm.*, 2011, II, 1741 ss. con commento di V. LANDRISCINA, *L’abuso di dipendenza economica tra violazione del canone di buona fede e abuso del diritto*.

Sul controverso atteggiamento della giurisprudenza è intervenuta la pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione (Cass. SS.UU., 25 novembre 2011, n. 24906, in *Giur. it.*, 2012, 2054 ss. e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 298 ss. con nota di V.C. ROMANO, *La natura della responsabilità da abuso di dipendenza economica tra contratto, illecito aquiliano e culpa in contrahendo*), la quale ha espressamente affermato, anche se in *obiter dictum*, che l’abuso di dipendenza economica disciplinato dall’art. 9 l. 1998 n. 192 “configura una fattispecie di applicazione generale, che può prescindere dall’esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura ----” (ivi a pag. 300).

²⁷ G. OPPO, *Principi, Tratt. dir. comm.* diretto da BUONOCORE, Sez. I, Tomo 1, Torino, 2001, 72.

²⁸ In questo senso espressamente V. PINTO, *L’abuso di dipendenza economica «fuori dal contratto» tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 401 ss.; C. PILIA, *op. cit.*, 321.

²⁹ Sul punto si rinvia *supra* al paragrafo n. 2.

STUDI E OPINIONI

SUBFORNITURA INTERNAZIONALE

considerazione per la quale il legislatore si riferisce più volte alla parte debole del contratto di subfornitura con l'espressione "fornitore" e non "subfornitore"³⁰, non si può non rilevare come la funzione di detto prefisso sia quella di indicare la collocazione del rapporto contrattuale in discorso all'interno del processo produttivo del committente, con conseguente "debolezza" del subfornitore³¹.

Inoltre, è pur vero che l'attività del subfornitore è rivolta al committente, nel senso che questi costituisce il suo mercato di sbocco, ma ciò prescinde completamente dalla "destinazione delle prestazioni eseguite dal subfornitore e dunque dalla circostanza che il committente debba evadere l'ordine di un terzo"³².

La distinzione tra subfornitura e subcontratto, propria dell'ordinamento italiano, non si rinviene, invece, in altri ordinamenti: come è noto, infatti, in Francia la subfornitura (*sous-traitance*) è disciplinata come fattispecie di subcontratto³³.

In campo internazionale, poi, il fenomeno del subcontratto, spesso individuato anche con l'espressione "subfornitura" è assai frequente e presenta delicati problemi di trasparenza³⁴.

Emerge, dunque, la conferma dell'impossibilità di individuare anche solo una definizione internazionale del contratto di subfornitura, per cui, a me sembra, non resti che esaminare il contratto sotto un profilo, per così dire, bilaterale. In altri termini, occorre verificare come possa reagire la normativa italiana in tema di subfornitura all'ampliarsi della prospettiva economica delle operazioni internazionali, considerando, da un lato, la *ratio* di tutela del subfornitore, ritenuto dal legislatore contraente debole

³⁰ Per questo argomento, cfr. A. TULLIO, *La subfornitura industriale: considerazioni in merito all'ambito di applicazione della legge n. 192 del 1998 e alla forma del contratto di subfornitura*, in *Giust. civ.*, 1999, II, 254.

³¹ In questo senso, si vedano: A. MUSSO, *op. cit.*, 193-194; C. BERTI - B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Milano, 2003, 43.

³² A. TULLIO, *op. cit.*, 253-254. Nello stesso senso si vedano anche: G. CASELLI, *Osservazioni sulla legge 18 giugno 1998, n. 192, in materia di subfornitura con particolare riferimento al suo ambito di applicazione*, in *Contratto e impr.* 1998, 1307; C. BERTI - B. GRAZZINI, *op. cit.*, 43; G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive*, Milano, 1999, 15. Naturalmente, nulla esclude che il concreto atteggiarsi della fattispecie possa far assumere valenza subcontrattuale alla subfornitura (in questo senso cfr.: C. BERTI - B. GRAZZINI, *op. cit.*, 44; P.P. FERRARO, *op. cit.*, 132), così come, una volta concluso il contratto di subfornitura, il tema del subcontratto può tornare a configurarsi nell'ambito dell'organizzazione dell'attività del subfornitore medesimo, eventualità questa alla quale il legislatore dedica la previsione di cui all'art. 4 l. 1998 n. 192, disciplinando la fattispecie, peraltro, in modo difforme rispetto all'art. 1656 c.c.it.

³³ Il riferimento è alla *Loi* n. 75-1334 del 31 dicembre 1975 la quale, nell'art. 1, definisce la subfornitura quale operazione con la quale "un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage".

³⁴ Sul punto si vedano: P. PIRODDI, *La subfornitura, cit.*, 93 ss.; M. COCCIA, *op. cit.*, 804-805.

pur rivestendo la qualifica di imprenditore, con conseguente scelta di incidere in modo significativo sull'autonomia privata e, dall'altro lato, la disciplina dell'abuso di dipendenza economica, applicabile in generale ai contratti tra imprenditori³⁵.

5. segue: La subfornitura: tra ordinamento nazionale e internazionale. Il confronto con le convenzioni internazionali

Considerando che non esistono specifiche Convenzioni multilaterali che disciplinano la subfornitura, è opportuno esaminare tale contratto alla luce di tre diverse fonti del diritto dei contratti internazionali, ossia la Convenzione di Roma del 1980, ora sostituita dal Regolamento (CE) n. 593/2008 (cd. Regolamento Roma I)³⁶, la Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile alle vendite internazionali di beni mobili corporali³⁷ e la Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980 sulla vendita internazionale di merci³⁸, che sembrerebbero tutte riferibili alla subfornitura³⁹.

L'espressione utilizzata, "riferibili", è volutamente generica in quanto, al di là della Convenzione di Roma (ora Regolamento Roma I) che è applicabile in linea generale a tutti i contratti, le altre due Convenzioni menzionate, ossia quella dell'Aja del 1955 e quella di Vienna del 1980, sono relative a contratti transnazionali di vendita e, dunque, a prima vista, non sembrerebbero applicabili al contratto di subfornitura.

Anche a non voler considerare il problema del controverso inquadramento della subfornitura quale nuovo tipo contrattuale o piuttosto quale "tipo contrattuale generale, in cui possono di volta in volta rientrare vari tipi di contratto: l'appalto, il subappalto, la

³⁵ Sull'applicabilità della disciplina dell'abuso di dipendenza economica in generale ai contratti tra imprenditori si rinvia *supra* alla nota n. 26.

³⁶ Per indicazioni sul coordinamento tra le due dette fonti si rinvia a G. CONETTI- S. TONOLO - F. VISMARA, *Manuale di diritto internazionale privato*, Torino, 2013, 267 ss.

³⁷ La Convenzione dell'Aja del 15 giugno 1955 è tuttora in vigore tra l'Italia, il Lussemburgo, i Paesi Bassi, la Spagna, la Danimarca, la Finlandia, la Francia, il Belgio, la Norvegia, la Svezia e la Svizzera e "possiede carattere universale". In questo senso cfr. F. GALGANO - F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale, Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.*, diretto da GALGANO, Padova, 2010, 418. Alla Convenzione dell'Aja del 1955 è poi seguito il testo del 30 ottobre 1985, predisposto per consentirne l'adeguamento alle Convenzioni di Roma e di Vienna. Tale nuovo testo non è ancora entrato in vigore e, pertanto, in Italia è ancora applicabile il testo del 1955. Sul punto si vedano ulteriori approfondimenti in A. FRIGNANI - M. TORSELLO, *op. cit.*, 20; F. BORTOLOTTI, *op. cit.*, vol. I, 342 ss. Il sito ufficiale della Convenzione e tutti i relativi materiali sono consultabili sul sito www.hcch.net al link Convenzioni.

³⁸ Il testo della Convenzione di Vienna e le relative indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali si possono leggere nel sito www.unilex.info.

³⁹ Ritengono riferibili ai rapporti di subfornitura le fonti individuate, ossia la Convenzione di Roma ora Regolamento Roma I, la Convenzione dell'Aja e la Convenzione di Vienna, tra gli altri: V. VITO CHIONNA, *La fornitura e subfornitura internazionale*, in AA.VV. (a cura di U. PATRONI GRIFFI), *op. cit.*, 162; M. COCCIA, *op. cit.*, 806 ss.; A. FRIGNANI, *La subfornitura internazionale. Profili di diritto della concorrenza*, in *Dir. comm. int.*, 2000, 702 (lo stesso contributo si legge anche in *Giur. piemontese*, 2000, 195 ss. ma i successivi riferimenti saranno tratti dal primo dei due articoli citati).

vendita (il corsivo è stato da me aggiunto), la somministrazione, il contratto d'opera"⁴⁰ è stato correttamente osservato⁴¹ che, nel considerare tali Convenzioni in rapporto con la subfornitura, si deve "procedere unicamente a qualificare un accordo commerciale internazionale quale contratto sottoposto (o non) alle convenzioni in questione ai sensi delle norme contenute nelle convenzioni stesse, anziché qualificare tale accordo come un contratto di compravendita o di appalto o di subfornitura sulla base del diritto nazionale".

6. segue: Subfornitura e Regolamento Roma I

Muovendo dalla considerazione che, in linea generale, il Regolamento Roma I si applica, in circostanze che comportino un conflitto di leggi, alle obbligazioni in materia civile e commerciale (art. 1.1), non può sicuramente dubitarsi della sua applicabilità alla subfornitura: l'unica condizione, infatti, è che si tratti di un rapporto internazionale in materia civile o commerciale e non di un mero rapporto interno. A tal proposito, si può osservare, innanzitutto, come nel caso in cui l'elemento di internazionalità sia costituito solo dalla scelta di una legge straniera, troverà comunque applicazione l'art. 3.3 del Regolamento I, il che comporterà l'applicazione delle disposizioni imperative esistenti nell'ordinamento con il quale il contratto è esclusivamente collegato.

Questa previsione, invero, appare particolarmente rilevante nell'ottica di tutelare il contraente debole subfornitore: nell'ipotesi, infatti, in cui il committente di un contratto, invero interno, imponga al subfornitore la scelta di una legge straniera al solo fine di considerare il rapporto internazionale e, dunque, sottrarlo alla disciplina di cui alla l. 1998 n. 192, soccorrerà la previsione dell'art. 3.3 del Regolamento Roma I, la quale impedisce che la scelta della legge applicabile, in ipotesi non italiana, possa arrecare pregiudizio alle norme non derogabili esistenti nell'ordinamento con il quale il contratto è esclusivamente collegato, ossia alla l. 1998 n. 192 e alle sue norme imperative che, come esposto brevemente *supra*⁴², sono alquanto numerose proprio perché volte a realizzare la *ratio* di tutela del contraente debole⁴³.

⁴⁰ In questo senso espressamente C.M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, III, Milano, 2000, 402. Per ulteriori approfondimenti sull'inquadramento della subfornitura quale nuovo tipo contrattuale o meno, tuttavia, mi permetto di rinviare ancora ad A.R. ADIUTORI, *op. cit.*, 77 ss.

⁴¹ Cf. M. COCCIA, *op. cit.*, 807

⁴² Sul punto si rinvia *supra*, al precedente paragrafo n. 4.

⁴³ Nello stesso senso, si veda V. VITO CHIONNA, *op. cit.*, 161-162. In linea generale, in ordine all'impossibilità di configurare una situazione internazionale che, dunque, implichi un conflitto di leggi, quando tutti gli elementi di fatto si riferiscono ad un unico ordinamento, cfr. F. BORTOLOTTI, *op. cit.*, vol. I, 279-280 ove ampi riferimenti bibliografici. Peraltro, l'A. stesso rileva che la questione appare di scarso rilievo pratico in quanto soccorre proprio l'art. 3.3 della Convenzione di Roma, il cui testo è sostanzialmente analogo a quello del Regolamento Roma I, anche se diverge la formulazione letterale.

STUDI E OPINIONI

SUBFORNITURA INTERNAZIONALE

Il criterio di collegamento individuato dal Regolamento Roma I consiste nella scelta delle parti (art. 3.1)⁴⁴ e, in mancanza, nella legge del paese di residenza abituale del debitore della prestazione caratteristica (artt. 4.1 e 4.2). In particolare, con riguardo all'ipotesi in cui le parti non abbiano scelto la legge applicabile, il Regolamento Roma I, modificando in modo significativo, la corrispondente norma della Convenzione di Roma⁴⁵, detta una specifica disciplina nell'art. 4.1 per otto tipi contrattuali e individua (art. 4.2) il criterio della residenza abituale della parte che deve effettuare la prestazione caratteristica sia per i contratti non rientranti in nessuna delle categorie tipizzate sia per i contratti a causa mista⁴⁶.

Sebbene il contratto di subfornitura non possa considerarsi un nuovo tipo contrattuale, ma piuttosto una figura caratterizzata da trasversalità⁴⁷, comunque sembra inquadrabile tra i contratti aventi per oggetto prestazioni di servizi. Pertanto, ai sensi dell'art. 4.1 lett. b), in mancanza di scelta della legge applicabile, troverà applicazione la legge del paese nel quale il prestatore abbia la sua residenza abituale e, dunque, la legge del paese di residenza del subfornitore.

Anche ove non si aderisse a tale opinione, comunque, si applicherebbe la previsione di cui al par. 2 del medesimo art. 4 e, quindi, il riferimento sarebbe alla legge del paese della residenza abituale della parte che deve eseguire la prestazione caratteristica⁴⁸, ossia ancora del subfornitore⁴⁹. Pertanto, nel caso in cui le parti non

⁴⁴ Per un approfondimento della previsione di cui all'art. 3 Regolamento Roma I, in particolare sulle modalità di scelta e sui suoi limiti, si considerino, tra gli altri: A. FRIGNANI - M. TORSELLO, *op. cit.*, 133 ss.; G. CONETTI - S. TONOLO - F. VISMARA, *op. cit.*, 272 ss.; F. GALGANO - F. MARRELLA, *op. cit.*, 330 ss.; A. GARDELLA, in F. SALERNO e P. FRANZINA (a cura di), *Commentario al Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali («Roma I»)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, 611 ss., ove ampi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

⁴⁵ Il giudizio si legge in F. GALGANO - F. MARRELLA, *op. cit.*, 382.

⁴⁶ L'art. 4 del Regolamento Roma I introduce poi, nel par. 3, una clausola di eccezione: se sulla base del complesso delle circostanze risulti chiaramente che il contratto è collegato con un Paese diverso da quello individuato con i criteri dei due precedenti paragrafi, allora si applicherà il diritto di quest'ultimo Paese. Infine, se non sia individuabile la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ai sensi dei primi due paragrafi dell'art. 4, il contratto sarà disciplinato dal diritto del Paese che presenta il collegamento più stretto.

⁴⁷ Sul punto si rinvia agli spunti contenuti nella precedente nota n. 40.

⁴⁸ A differenza della Convenzione di Roma del 1980, il Regolamento Roma I contiene una definizione chiara di residenza abituale alla luce della previsione di cui all'art. 19 dello stesso Regolamento e tenuto conto del considerando n. 39.

Detto articolo disciplina la residenza abituale distinguendo, da un lato, le società, le associazioni e le persone giuridiche e dall'altro le persone fisiche che agiscono nell'esercizio di attività professionale, ignorando, dunque, l'ipotesi della persona fisica privata. Sul punto si vedano: G. CONETTI - S. TONOLO - F. VISMARA, *op. cit.*, 273; F. MARONGIU BUONAIUTI, in F. SALERNO e P. FRANZINA, *op. cit.*, 894; T. BALLARINO, *Dalla convenzione di Roma del 1980 al regolamento Roma*

STUDI E OPINIONI

SUBFORNITURA INTERNAZIONALE

abbiano scelto la legge applicabile, qualora il subfornitore abbia sede in Italia, si applicherà il diritto italiano e, in particolare, la l. 1998 n. 192, ricorrendone i relativi presupposti; nel caso, invece, di committente italiano, la *lex contractus* sarà quella del paese nel quale si trovi la residenza del subfornitore straniero⁵⁰.

Si potrebbe forse sostenere che, per il subfornitore italiano, invero, la migliore scelta sarebbe quella di “non scegliere”, in quanto, in tal modo, si assicurerebbe l'applicabilità della l. 1998 n. 192: non è, infatti, agevolmente ipotizzabile una trattativa tra subfornitore e committente che abbia quale esito l'espressa scelta di applicazione di detta legge.

Né, peraltro, è agevolmente ipotizzabile che il committente si astenga da qualsiasi scelta della legge applicabile, dato il suo contrapposto interesse a non applicare una normativa dal “piglio decisamente protezionistico”⁵¹ per il subfornitore. L'autonomia contrattuale, nella sua accezione, a livello internazionale, così ampia da ricomprendere anche la scelta della legge applicabile, sembra, dunque, assumere caratteri estremamente “incerti” se il rapporto contrattuale si instaura fra parti che rivestono entrambe la qualifica di imprenditori, delle quali, tuttavia, una presenti una posizione di maggiore debolezza, in un contratto, cioè, B2B *unsophisticated*.

Peraltro, si può osservare come il Regolamento Roma I, nell'art. 25, preveda il “principio di cedevolezza” dello stesso rispetto alle Convenzioni in vigore⁵², sebbene in misura parziale. Tale norma, riprendendo, invero solo *lato sensu*, l'art. 21 della Convenzione di Roma⁵³, apre la via alla possibilità di applicazione alla subfornitura

I, in *Riv. dir. internaz.*, 2009, 47. La questione adombrata non rileva, comunque, ai fini dell'analisi della disciplina della subfornitura, poiché in ogni caso si tratta di un contratto bilateralmente di impresa.

⁴⁹ Nello stesso senso, F. GALGANO - F. MARRELLA, *op.cit.*, 680.

⁵⁰ Si vedano, ancora, F. GALGANO - F. MARRELLA, *op.cit.*, 680.

⁵¹ Osserva R. PARDOLESI, *op.cit.*, XIV che la disciplina di cui alla l. 1998 n. 192 è una “normativa di chiaro sostegno” che individua nella subalternità tecnologica del subfornitore la sua giustificazione per non “incorrere nei fulmini dell'irrazionale disparità di trattamento”.

⁵² Cfr., sul punto, F. GALGANO - F. MARRELLA, *op.cit.*, 328.

⁵³ Si consideri che il tenore letterale dell'art. 21 della Convenzione di Roma del 1980 è alquanto diverso da quello dell'attuale art. 25 del Regolamento di Roma I alla luce, soprattutto, di due considerazioni: la nuova formula non riguarda l'insieme delle Convenzioni internazionali in vigore per gli stati membri, ma solo le Convenzioni di diritto internazionale privato uniforme; in secondo luogo, il Regolamento nulla dispone per quanto concerne i futuri strumenti pattizi, poiché menziona esclusivamente le Convenzioni internazionali anteriori rispetto al momento dell'adozione del Regolamento stesso (17 giugno 2008).

Delle due differenze evidenziate, invero, solo la prima, più delicata, acquista rilievo ai fini dell'analisi condotta nel testo. Senza voler qui ripercorrere l'*iter* argomentativo della dottrina in merito, mi sembra che si possa affermare che la soluzione preferibile consista nel ritenere che anche il Regolamento, al pari della Convenzione, consenta l'applicazione delle norme materiali uniformi contenute nelle Convenzioni internazionali in vigore per gli Stati membri. Pertanto, in presenza di fattispecie che presenti elementi di internazionalità e che sia compresa nella sfera applicativa di una norma materiale internazionalmente uniforme in vigore nel foro, dovrà, in primo luogo, aversi riguardo a tale norma, ricorrendosi, solo in secondo luogo, se del caso, alle regole sul conflitto di leggi. In questo senso, tra gli altri, si vedano: P.

internazionale della Convenzione dell'Aja del 1955 e di quella di Vienna del 1980, cui sono dedicati i due paragrafi successivi.

7. segue: Subfornitura internazionale e Convenzione dell'Aja del 1955

Con riguardo all'applicabilità della Convenzione dell'Aja del 1955⁵⁴ alla subfornitura internazionale, preliminarmente, preme rilevare che si tratta di Convenzione di diritto privato internazionale uniforme, contenente, dunque, norme uniformi di conflitto, che si applica ogniqualvolta vi sia un'operazione a carattere internazionale (art. 1.1): esulano, dunque, dal suo ambito applicativo le operazioni a carattere meramente interno, con la precisazione che il carattere internazionale della fattispecie non può dipendere soltanto dalla volontà delle parti di sottoporre il contratto a una legge straniera, oppure alla giurisdizione di un giudice straniero o di un arbitro straniero (art. 1.4), a differenza, quindi, delle previsioni del Regolamento Roma I⁵⁵.

Tale Convenzione non riguarda tutti i rapporti contrattuali, ma soltanto la vendita internazionale di beni mobili corporali⁵⁶, pur senza contenere alcuna nozione di vendita e si estende anche ai contratti di fornitura di beni mobili corporali che sono da fabbricare o da produrre, qualora, però, la parte che si obbliga a consegnare detti beni ne fornisca le necessarie materie prime (art. 1.3).

Quanto al campo di applicazione, l'art. 2 considera quale criterio di collegamento la scelta delle parti in ordine al diritto applicabile; in caso di assenza di scelta, l'art. 3 prevede l'applicazione della legge del luogo di residenza abituale del venditore, al momento del ricevimento dell'ordine⁵⁷, salvo il caso in cui l'ordine sia ricevuto presso uno stabilimento del venditore, nella quale ipotesi la vendita è regolata dalla legge interna del Paese dove si trova lo stabilimento.

Alla luce delle brevi considerazioni svolte, appare di immediata evidenza la questione se la subfornitura industriale, così come disciplinata dalla l. 1998 n. 192, possa sussumersi nell'alveo della Convenzione dell'Aja del 1955 o se si possa esprimere almeno un giudizio di compatibilità parziale.

L'aspetto più rilevante a tal fine riguarda la circostanza per la quale, nell'ambito della Convenzione dell'Aja, rientrano non solo contratti di vendita, ma anche contratti in cui una parte si impegna a consegnare un bene mobile che deve essere fabbricato o

FRANZINA, in F. SALERNO e P. FRANZINA, *op. cit.*, 936 e ss.; G. CONETTI - S. TONOLO - F. VISMARA, *op. cit.*, 271.

⁵⁴ Per indicazioni sintetiche sulla Convenzione dell'Aja si rinvia *supra* alla nota n. 37.

⁵⁵ Sul punto si considerino i riferimenti contenuti nel precedente paragrafo.

⁵⁶ L'art. 1.2 della Convenzione dell'Aja del 1955 indica alcune vendite di specifici beni che sono escluse dall'applicazione della Convenzione medesima (titoli, navi, aeromobili ...).

⁵⁷ L'art. 3.2 della Convenzione dell'Aja del 1955 prevede, poi, un criterio di collegamento ulteriore, sempre in ipotesi di assenza di scelta delle parti. Per un approfondimento generale degli argomenti cui si è accennato si rinvia ad: A. FRIGNANI - M. TORSELLO, *op. cit.*, 21; M. COCCIA, *op. cit.*, 831.

prodotto, a condizione, tuttavia, che sia lo stesso fornitore a procurare la necessaria materia prima (art. 1.3).

La specifica fattispecie disciplinata dall'art. 1.3 della Convenzione dell'Aja si caratterizza, dunque, per due profili riguardanti entrambi il contenuto del contratto: il primo concerne la fornitura di beni mobili corporali e, dunque, non di servizi; il secondo sottolinea l'utilizzo necessario, nella produzione o nella fabbricazione di tali beni mobili, di materie prime del fornitore.

E' pur vero che nella detta ultima previsione la Convenzione dell'Aja non impone l'esclusività dell'approvvigionamento delle materie prime necessarie da parte del fornitore, per cui è possibile ipotizzare che parte delle materie prime sia fornita dal committente medesimo, ma, comunque, devono prevalere, almeno dal punto di vista della rilevanza economica, quelle procurate dal fornitore. Pertanto, "incrociando" il dato normativo di cui all'art. 1.3 della Convenzione dell'Aja con la previsione dell'art.1 l. 1998 n. 192, sembrano non rientrarvi, in alcun caso, da un lato, le cd. ipotesi di subfornitura di lavorazione perché il legislatore italiano pone l'accento sull'oggetto delle lavorazioni medesime, consistente in semilavorati o materie prime forniti dal committente⁵⁸ e, dall'altro, le cd. ipotesi di subfornitura di servizio⁵⁹. Rimane, dunque, aperta la possibilità di applicare la Convenzione dell'Aja con riguardo alla subfornitura di prodotto, le cui caratteristiche sembrano sicuramente compatibili con la previsione dell'art. 1.3 della detta Convenzione⁶⁰, con la conseguenza che i criteri di collegamento saranno quelli in precedenza esposti. Pertanto, la legge regolatrice della subfornitura di prodotto internazionale sarà quella scelta dalle parti e, in mancanza, si applicherà la legge della sede del subfornitore.

L'unica eccezione espressa deriva dall'art. 3.2, nel caso in cui la ricezione dell'ordine da parte del subfornitore (o suoi rappresentanti o mandanti) avvenga nel Paese ove è ubicato il committente perché in tal caso dovrà applicarsi la legge della sede di quest'ultimo⁶¹.

⁵⁸ Ritiene, invece, M. COCCIA, *op. cit.*, 814 che la sfera di applicazione della Convenzione dell'Aja del 1955 riguardi anche la fattispecie nella quale un subfornitore si impegni a effettuare per conto di un committente lavorazioni su materie prime che si è procurato in larga parte da solo.

⁵⁹ Per alcuni spunti sulla distinzione tra i due subprocedimenti che ricorrono nella definizione della subfornitura, si rinvia *supra* al precedente paragrafo n. 4.

⁶⁰ In senso conforme espressamente M. COCCIA, *op. cit.*, 814; V. VITO CHIONNA, *op. cit.*, 162-163. Si esprime in modo favorevole all'applicazione della Convenzione dell'Aja alla subfornitura in senso generale anche A. FRIGNANI, *op. cit.*, 702.

⁶¹ Si evidenzia, infine, che, ai sensi dell'art. 4 della Convenzione dell'Aja, potrebbe trovare applicazione, salvo patto contrario, la legge del Paese del committente nel caso in cui la verifica della conformità dell'ordine e l'eventuale collaudo dei beni avvenga nel Paese del committente, limitatamente a tali aspetti. Cfr. M. COCCIA, *op. cit.*, 831.

8. segue: Subfornitura internazionale e convenzione di Vienna del 1980

La Convenzione di Vienna del 1980 (o CISG), come è noto, è una Convenzione di diritto materiale uniforme, considerata la più importante in materia di contratti internazionali, anche per l'elevato numero di paesi che l'hanno adottata⁶².

Muovendo dalla considerazione, invero di immediata evidenza, che tale Convenzione si applica allorché si tratti di contratti internazionali, la Convenzione stessa individua la transnazionalità nell'ubicazione della sede d'affari dei contraenti in Paesi diversi, sia essa la sede principale o la stabile organizzazione dotata di autonomi poteri, aderenti alla Convenzione ovvero Paesi le cui norme di conflitto della *lex fori* conducono all'applicazione della legge di uno stato contraente⁶³. In linea generale, la Convenzione di Vienna riguarda i contratti di vendita di merci ma l'art. 3.1 ne estende l'ambito applicativo ai contratti di fornitura di merci da fabbricare o produrre, a meno che il contraente che le ordina non debba fornire una parte "sostanziale dei materiali"⁶⁴ necessari a tale fabbricazione o produzione, con la precisazione, di tenore negativo, di cui all'art. 3.2 per la quale la Convenzione non si applica ai contratti in cui la parte preponderante dell'obbligo della parte che fornisce la merce consista in una fornitura di mano d'opera o di servizi. La fattispecie delineata in senso positivo e negativo nell'art. 3, paragrafi 1 e 2, sostanzialmente, pur nella diversità del tenore letterale, non si discosta dalla analoga disciplina della Convenzione dell'Aja del 1955, con la conseguenza per cui la sfera di applicazione della Convenzione di Vienna, sulla base delle stesse considerazioni sopra esposte⁶⁵, si estenderà anche essa solo alla subfornitura

⁶² In questo senso A. FRIGNANI - M. TORSELLO, *op.cit.*, 442, i quali osservano che, alla data del 1 gennaio 2010, i Paesi aderenti erano 74, ma rappresentavano oltre il 70% del commercio mondiale (ivi nota n. 20). Il numero attuale dei Paesi è salito a 85, ma il dato ufficiale è consultabile sul sito *treaties.un.org*. In particolare, sull'applicazione della Convenzione in discorso nei rapporti con la Cina, si veda A. BOVIO, *op. cit.*, 10 ss. Osserva, però, F. FERRARI, *La convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale: la prassi contrattuale, l'interpretazione giurisprudenziale e l'analisi dottrinale (parte I)*, in *Contratto e Imp./Europa*, 2012, 776-777 che l'enorme successo della Convenzione di Vienna, affermato in modo alquanto pacifico dalla dottrina, può risultare fuorviante in quanto, in realtà, detta Convenzione non si applica a tutti i contratti di vendita internazionale di beni mobili e non risolve, comunque, tutte le questioni che possono sorgere relativamente a questo tipo di contratti.

⁶³ Per approfondimenti sulla internazionalità del rapporto, requisito determinante per l'applicazione della Convenzione di Vienna del 1980, soddisfatto sulla base di un elemento puramente soggettivo, si vedano, tra gli altri: A. FRIGNANI - M. TORSELLO, *op. cit.*, 449 e ss.; M. COCCIA, *op. cit.*, 816; A. LUMINOSO, *La compravendita*⁷, Torino, 2011, 502; D. MEMMO, *La vendita internazionale*, in AA.VV., *I contratti di vendita, Tratt. contratti* diretto da P. RESCIGNO e E. GABRIELLI, Torino, 2007, 1251; S. FERRERI, *Vendita internazionale di beni mobili*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1999, 709; F. LIGUORI, *Il diritto uniforme della vendita internazionale: prassi e tendenze applicative della convenzione di Vienna del 1980*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 143 ss.; F. FERRARI, *op.cit.*, 797 ss.

⁶⁴ Il termine è quello utilizzato nel testo ufficiale inglese (*a substantial part of the materials*) della Convenzione, consultabile sul sito *www.unilex.info*.

⁶⁵ Sul punto si rinvia al precedente e paragrafo n. 7.

di prodotto, anche laddove in essa sia ricompresa una parte di servizi purchè, però, prevalga e rimanga dunque, una subfornitura di prodotto⁶⁶, considerata l'indicazione di cui all'art. 3.2 della detta Convenzione di Vienna⁶⁷. Se, dunque, si è in presenza di un contratto di subfornitura internazionale di prodotto tra parti residenti in Stati aderenti diversi potrà trovare applicazione la Convenzione di Vienna del 1980⁶⁸, della quale ricorre la natura di Convenzione internazionale di diritto materiale uniforme, con la coerente conseguenza della sua sovrapposizione e prevalenza rispetto alla legge nazionale⁶⁹ e, dunque, rispetto alla l. 1998 n. 192, che sarà applicata solo per gli aspetti non disciplinati dalla Convenzione medesima.

Prima di esaminare alcune norme della l. 1998 n. 192, interessate dalla sovrapposizione di disciplina dovuta all'applicazione della Convenzione di Vienna, in

⁶⁶ Mi sembra, dunque, si possa condividere l'opinione di M. COCCIA, *op. cit.*, 819, il quale afferma espressamente la sostanziale coincidenza dell'ambito applicativo della Convenzione di Vienna del 1980 e della Convenzione dell'Aja del 1955. Tuttavia, l'A., come coerente conseguenza della sua opinione già espressa in merito all'applicazione della seconda delle due Convenzioni indicate alla subfornitura di lavorazione su materie prime che il subfornitore si è in misura prevalente procurato da solo, riconosce che la Convenzione di Vienna del 1980 si applica anche a tale fattispecie di subfornitura, oltre che alla subfornitura di prodotto. L'A., poi, ritiene che la Convenzione di Vienna possa applicarsi anche, e in questo caso si tratterebbe di un'ulteriore ipotesi rispetto a quelle di cui alla Convenzione dell'Aja, quando il subfornitore si impegni a fornire prodotti e servizi destinati ad essere incorporati o comunque utilizzati nell'ambito dell'attività del committente o nella produzione di un bene complesso, "a meno che il valore economico dei servizi forniti non sia preponderante rispetto a quello dei prodotti" (M. COCCIA, *op. cit.*, 819).

Non mi sembra, tuttavia, che l'opinione ora esposta sia condivisibile, in quanto la l. 1998 n. 192, dal cui primo comma dell'art. 1 è tratta la fattispecie illustrata, ricomprende, nel suo ambito applicativo, la subfornitura di prodotti o di servizi e non contempla, invece, la subfornitura di "prodotti e servizi". Si consideri, infatti, che il legislatore italiano non usa la congiunzione "e", ma quella disgiuntiva "o": naturalmente questo non esclude che possa delinearsi un'ipotesi per così dire "mista" e che anche essa possa rientrare nella previsione dell'art. 1 l. 1998 n. 192, ma a me sembra che la formula di tale norma sia tale da sottolineare l'ampio spettro di sua applicazione tale da comprendere sia fattispecie intermedie, sia quelle in cui la subfornitura veda prevalere il prodotto o, al contrario, i servizi.

La circostanza per la quale la Convenzione di Vienna sia applicabile a un caso di subfornitura mista nella quale, comunque, il valore dei servizi non sia preponderante, in altri termini, non serve ad ampliare il suo ambito di applicazione alla subfornitura di servizi, ma svolge la funzione, assai più limitata, di precisare che laddove siano rinvenibili, nella subfornitura di prodotto, anche una parte di servizi a questa fattispecie risulterà applicabile la Convenzione di Vienna, purchè il valore economico dei servizi forniti non sia preponderante.

⁶⁷ Ritorna, dunque, in un'ottica di inquadramento generale, la questione della rilevanza dell'obbligo di dare o, piuttosto, di fare con la conseguenza di sottrarre dal campo di applicazione della Convenzione di Vienna i contratti nei quali vi sia una netta prevalenza del *facere*.

⁶⁸ In senso generale, affermano l'applicabilità della CISG alla subfornitura internazionale F. GALGANO - F. MARRELLA, *op. cit.*, 681.

⁶⁹ Si veda sul punto, sebbene in motivazione, Cass. SS.UU., 31 maggio 2016, n. 11381 in www.distretto.torino.giustizia.it/Distretto/BancaDati.

via preliminare e senza alcuna pretesa di completezza, preme sottolineare la natura dispositiva⁷⁰ della detta Convenzione in quanto l'art. 6, nell'esplicarsi dell'autonomia contrattuale internazionalprivatistica⁷¹, consente alle parti di escluderne, in tutto o in parte, l'applicazione, sia in modo espresso sia implicitamente sulla base delle clausole del contratto e del comportamento delle parti⁷².

Appare opportuno verificare come operi la disciplina di cui alla Convenzione di Vienna del 1980 in considerazione delle norme che, in misura rilevante, caratterizzano la l. 1998 n. 192 nella sua *ratio* di tutela del subfornitore, ossia la forma e il contenuto del contratto⁷³.

L'art. 2¹ l. 1998 n. 192 sancisce la necessità della forma scritta *ad substantiam* “sì che non è dato alle parti di raggiungere i loro obiettivi attraverso altri schemi contrattuali che siano finalizzati ad eludere il rigore formale del legislatore”⁷⁴, con una previsione normativa che tende a contrastare una prassi, assai diffusa, di rapporti contrattuali privi di documentazione scritta.

Invero, la prescrizione formale richiesta dal legislatore nell'art. 2¹ l. 1998 n. 192 risulta notevolmente ridimensionata e attenuata nel prosieguo del medesimo articolo.

L'art. 2¹ l. 1998 n. 192 dispone, infatti, che le comunicazioni del consenso alla conclusione o alla modificazione del contratto di subfornitura integrano la forma scritta nel caso in cui siano trasmesse via telefax o per altra via telematica, nonchè considera concluso per iscritto il contratto nell'ipotesi in cui il committente abbia inviato la

⁷⁰ Osserva A. LUMINOSO, *op. cit.*, 495-496 che, mentre le Convenzioni di diritto internazionale privato riservano ampio spazio all'autonomia delle parti, lasciando alle stesse la facoltà di designare la legge regolatrice del contratto (si veda l'art. 2 della Convenzione dell'Aja del 1955), nella Convenzione di Vienna del 1980 la volontà delle parti non può operare, in via diretta, come autonomo criterio di collegamento per determinare l'applicabilità della Convenzione, ma può rilevare in via indiretta quando si estrinsechi nella scelta della legge di uno Stato contraente della Convenzione e, altresì, nella scelta di escludere l'applicazione della Convenzione stessa o di derogare a singole sue disposizioni o di modificarne gli effetti, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione medesima. Per ulteriori approfondimenti sull'autonomia accordata alle parti dall'art. 6 cfr. F. FERRARI, *op. cit.*, 817 ss.

⁷¹ Si considerino le differenze tra la nozione di autonomia privata dei contratti nazionali e di quelli internazionali, profilo per la cui analisi si rinvia al precedente paragrafo n. 3.

⁷² Sul punto, si veda il lodo parziale, pubblicato in *Int' l. Lis*, 2012, 81 ss., relativo a un contratto di subfornitura internazionale, in relazione al quale l'arbitro ha riconosciuto come l'esclusione o la deroga alla disciplina della Convenzione di Vienna del 1980, pure in linea generale applicabile, possa avvenire anche implicitamente, ovvero mediante la scelta delle parti di applicare il diritto materiale interno di uno stato contraente, nel caso di specie tramite rinvio diretto al Codice civile italiano.

⁷³ Osserva F. RUSCELLO, *Contratti fra imprese e tutela dell'imprenditore debole*, in *Vita not.*, 2012, 416, che, nell'ambito delle discipline di tutela dell'imprenditore debole, tra le quali rientra la l. 1998 n. 192, si rintracciano linee di tendenza comuni “..... quali l'imposizione di oneri di forma e contenuto minimo”.

⁷⁴ Cfr. M. TAMPONI, *Contratti di subfornitura e contratti agro-industriali: due leggi a confronto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, II, 41.

STUDI E OPINIONI

SUBFORNITURA INTERNAZIONALE

proposta con le modalità indicate nell'art. 21, la quale non sia seguita da accettazione scritta del subfornitore, ma dall'inizio delle lavorazioni o delle forniture, ferma restando, peraltro, l'applicazione dell'art. 1341 c.c.it.⁷⁵.

Quello che preme, comunque, sottolineare è che, con tale disposizione, viene confermata la tendenza normativa a un ritorno al formalismo giuridico per la finalità fondamentale di assicurare trasparenza alle operazioni economiche.

In altri termini, in ordine alla forma, che fino a non molto tempo fa era governata, nel nostro diritto, dalla regola della libertà, secondo l'insegnamento tradizionale, si è manifestata una decisa accentuazione del rigore della stessa in quei contratti in cui, secondo la valutazione giuridica, si verifichi un squilibrio tra le posizioni delle parti.

Orbene, se si considera la previsione di cui agli artt. 11 e 29 della Convenzione di Vienna del 1980, si evince che è, invece, prevista la libertà di forma, in quanto non sono richiesti, né ai fini della validità né ai fini della prova, particolari requisiti sia per la stipula del contratto sia per le sue modificazioni o il suo scioglimento.

Per quanto riguarda, dunque, il contratto di subfornitura internazionale assoggettabile alla CISG, il rigore formale richiesto a tutela del contraente debole dal legislatore italiano non può trovare spazio: sarà consentito, dunque, la stipula anche senza l'osservanza della forma scritta, richiesta, invece, a pena di nullità nella l. 1998 n. 192.

Le norme della Convenzione di Vienna sul punto, tuttavia, conoscono due deroghe generali: da un lato, infatti, per volontà delle parti, possono essere derogate; dall'altro, non possono essere applicate nei Paesi che ne hanno escluso l'operatività, dichiarando un'apposita riserva (artt. 12 e 29 CISG), in base alla quale se una delle parti contrattuali ha la propria sede d'affari in un Paese riservatario, allora il principio di informalità, previsto dalla Convenzione stessa, non risulterà applicabile, dovendosi rispettare i requisiti di forma previsti da tale Paese riservatario⁷⁶. L'Italia non è, tuttavia, un paese riservatario, con la conseguenza che, ove una parte di un contratto di subfornitura internazionale abbia la sede di affari in Italia, si applicherà il principio dell'informalità del contratto.

In ordine, poi, al contenuto del contratto di subfornitura di cui all'art. 2⁴⁻⁵ e all'art. 3 l. 1998 n. 192, tali norme sono anche esse espressione della protezione accordata dal legislatore nazionale al contraente debole. In particolare, nell'art. 2, commi 4 e 5, il legislatore, invero al di là della formula letterale, impone l'utilizzo della chiarezza e precisione non solo con riguardo al prezzo dei beni e servizi oggetto del contratto, ma anche con riguardo agli altri elementi, specificati nel comma 5, che ne

⁷⁵ Per ulteriori approfondimenti sul punto e sui relativi problemi interpretativi sorti, mi permetto di rinviare al mio volume A.R. ADIUTORI, *op.cit.*, 86 ss.

⁷⁶ L'elenco dei paesi riservatari si può consultare sul sito www.treaties.un.org.

costituiscono l'oggetto, con una previsione, tuttavia, non assistita da specifica sanzione di invalidità.

Nell'art. 3, poi, il legislatore italiano, delineando l'obbligazione principale del committente, ossia quella di pagare il corrispettivo, determina sia il *dies a quo* dei termini di pagamento (momento della consegna del bene ovvero della comunicazione dell'avvenuta esecuzione della prestazione) sia i termini stessi di pagamento (sessanta giorni dal momento della consegna del bene o della comunicazione dell'avvenuta esecuzione della prestazione eseguita, salva la possibilità di una deroga *in peius* dello stesso termine, solo in base ad accordi nazionali e locali di settore, previsti dalla disposizione in discorso)⁷⁷, con una previsione non assistita da specifica sanzione di invalidità.

Esula dai limiti del presente studio ripercorrere il dibattito dottrinale sorto al fine di individuare quale sia la sanzione applicabile nel caso di mancata osservanza delle prescrizioni contenute nell'art. 2⁴⁻⁵ e nell'art. 3⁷⁸; ciononostante riterrei plausibile, anche in considerazione della mancanza di un'espressa previsione di nullità, sancita, invece, dalla l. 1998 n. 192 per numerose altre fattispecie di violazioni di disposizioni previste dalla stessa legge⁷⁹, che non si profilino situazioni di invalidità. Questa osservazione acquista particolare rilievo nel valutare la sovrapposizione della disciplina italiana in tema di subfornitura internazionale con la Convenzione di Vienna del 1980, in quanto questa non riguarda (art.4), salvo espressa disposizione contraria della Convenzione medesima, la validità del contratto (o delle sue clausole o degli usi), oltre che gli effetti del contratto sulla proprietà della merce venduta.

Orbene, da ciò si evince che qualora un contratto di subfornitura internazionale ricada nell'ambito di pertinenza della Convenzione di Vienna, se le norme di diritto privato internazionale conducono all'applicazione della legge italiana, si applicheranno le norme italiane e, dunque, anche quelle della l. 1998 n. 192 che disciplinano la validità del contratto o di sue singole clausole, mentre non si applicherà la normativa nazionale, ma le previsioni della Convenzione di Vienna con riguardo alle fattispecie per le quali non sia specificamente disposta la sanzione di invalidità del contratto o di singola

⁷⁷ Per ulteriori approfondimenti in merito, mi permetto di rinviare ancora ad A.R. ADIUTORI, *op. cit.*, 119 ss.

⁷⁸ Invero, la dottrina maggioritaria ha negato che la sanzione per il mancato rispetto delle previsioni di cui agli artt. 2⁴⁻⁵ e 3 l. 1998 n. 192 possa configurarsi come nullità, individuando, nel contempo, soluzioni diverse a seconda delle singole violazioni. Sul punto, per un'esposizione sintetica della relativa questione, cf. L. RENNA, *Subfornitura, cit.*, 1024 ss.

⁷⁹ Si considerino, ad esempio, le numerose norme inderogabili della l. 1998 n. 192, quali il divieto di interposizione (art. 4), la responsabilità del subfornitore (art. 5), le clausole di cui all'art. 6 e l'abuso di dipendenza economica (art. 9).

clausola, semprechè, ovviamente, la Convenzione di Vienna disciplini tali fattispecie⁸⁰. La coerente conseguenza è, dunque, che le norme di cui agli artt. 2⁴⁻⁵ e 3 l. 1998 n. 192, non essendo “assistite” dalla sanzione dell’invalidità, dovrebbero “cedere” rispetto alle previsioni della CISG mentre prevarrebbero le norme della l. 1998 n. 192 laddove disciplinino fattispecie sanzionate con l’invalidità⁸¹.

Ne emerge, complessivamente, un quadro per il quale le disposizioni del contratto di subfornitura di cui alla l. 1998 n. 192, caratterizzanti in quanto volte ad attuare la *ratio* di protezione del contraente debole, in presenza di un contratto internazionale di subfornitura che ricada sotto il regime della CISG, avranno scarsa applicabilità in ordine sia alla forma sia al contenuto⁸², a meno che non si acceda alla loro identificazione, almeno parziale, in termini di norme di applicazione necessaria. Ma su questo punto, appare necessario un ulteriore approfondimento, cui è rivolto il successivo paragrafo n. 10.

9. L’abuso di dipendenza economica e le norme di applicazione necessaria

Particolarmente delicata si prospetta la questione se la disciplina dell’abuso di dipendenza economica di cui all’art. 9 l. 1998 n. 192 assuma il rango di norma di applicazione necessaria e, più in generale, se la tutela del contraente debole, assicurata dalla l. 1998 n. 192 attraverso una disciplina di tipo imperativo consenta di riferire tali disposizioni alla categoria delle norme di applicazione necessaria. Il problema, come in precedenza esposto, muove dalla considerazione per la quale l’autonomia privata internazionale, pur nel suo ampio esplicarsi, incontra alcuni limiti, precisi nella loro individuazione generale e assai meno nel loro concreto atteggiarsi, tra i quali, ai fini dell’analisi qui svolta, assumono particolare rilievo le norme, interne e di carattere imperativo, c.d. di applicazione necessaria, destinate ad applicarsi, sempre e comunque, nell’ambito della giurisdizione dello Stato interessato, anche a rapporti con connotati di estraneità rispetto a quello Stato. La definizione generale di norme di applicazione necessaria trova espresso fondamento normativo, tra l’altro, oltre che nell’art. 7 della previgente Convenzione di Roma del 1980, nell’art. 9 del Regolamento Roma I e nell’art. 17 l. 31 maggio 1995 n. 218.

Orbene, uno spunto utile per valutare la possibilità di considerare l’abuso di dipendenza economica nel novero delle norme di applicazione necessaria può rinvenirsi

⁸⁰ Ad esempio, nel contesto della legge sulla subfornitura internazionale, acquista rilievo la mancata previsione da parte della CISG di una disciplina specifica in tema di interessi moratori, cui, invece, è dedicato l’art. 3³ l. 1998 n. 192. Sul punto si veda M. COCCIA, *op. cit.*, 824.

⁸¹ In questo senso espressamente M. COCCIA, *op. cit.*, 820 ss.

⁸² In senso contrario, cfr.: M. COCCIA, *op. cit.*, 825 il quale ritiene che la disciplina materiale della Convenzione di Vienna incida “in misura tutto sommato ridotta sulla legge n. 192/1998 e sui contratti da essa regolati”; V. VITO CHIONNA, *op. cit.*, 163.

nell'inquadramento "antitrust" o "contrattualistico" della detta norma, inquadramento che non risponde tanto a un mero interesse classificatorio, ma piuttosto può portare a sviluppi sistematici diversi.

Invero, nella dottrina italiana, si è avviato un ampio dibattito⁸³, rimasto ancora aperto, fra chi afferma che il divieto di abuso di dipendenza economica presenti le stesse finalità proprie della legislazione *antitrust* e chi, invece, ritiene che esso offra rimedi soltanto a problemi di equità contrattuale.

Esula dai limiti del presente studio l'approfondimento della questione adombrata, anche se sarei incline a preferire una soluzione, per così dire, intermedia, considerando, dunque, la norma in discorso come "«sospesa» tra diritto civile e diritto *antitrust*"⁸⁴.

Poiché alcune norme in materia di *antitrust* sono state considerate norme di applicazione necessaria, in particolare, l'art. 3 l. 10 ottobre 1990 n. 287⁸⁵, l'inquadramento dell'art. 9 l. 1998 n. 192 non può non considerarsi determinante nella soluzione del problema in esame. Sebbene, infatti, la repressione dell'abuso di posizione dominante secondo la disciplina *antitrust* e il divieto di abuso di dipendenza economica possano presentare tra loro specifiche interferenze, come risulta espressamente dalla previsione di cui al comma 3-*bis* dell'art. 9 l. 1998 n. 192, la disciplina in discorso è volta - a me sembra - a riequilibrare la posizione delle parti, entrambe imprenditori, in presenza di una disparità di forza delle stesse, non caratterizzata dalla presenza di predefiniti parametri soggettivi, ma solo dalla presenza di parametri oggettivi (squilibrio eccessivo di diritti e obblighi e mancanza di alternative) da ricollegare, dunque, alle modalità con cui si svolge l'operazione economica.

Tale previsione è stata, dunque, introdotta dal legislatore per impedire che si possa verificare un approfittamento della posizione di dominanza di un'impresa rispetto a un'altra, situazione da valutare in base alla buona fede, posizione di dominanza che, tuttavia, prescinde completamente dalla posizione dell'impresa sul mercato. In altri termini, gli abusi di dipendenza economica non sono indifferenti, ovviamente, per il mercato, ma la tutela che il legislatore assicura, tramite l'art. 9 l. 1998 n. 192, è rivolta, in modo diretto, a ristabilire l'equilibrio contrattuale delle posizioni delle parti quale, dunque, strumento di controllo delle situazioni di disparità di potere tra le imprese e, solo in modo indiretto, ad assicurare il regolare funzionamento del mercato. Se si

⁸³ Per riferimenti sul punto, oltre al rinvio al mio lavoro A.R. ADIUTORI, *op. cit.*, 166 ss., cfr., più da ultimo: M. LIBERTINI, *op. cit.*, 2 ss.; L. RENNA, *Subfornitura, cit.*, 1036.

⁸⁴ In questo senso espressamente V. PINTO, *op. cit.*, 390. In modo conforme L. RENNA, *op. ult. cit.*, 1036.

⁸⁵ Si vedano, a tal proposito, F. GALGANO – F. MARRELLA, *op. cit.*, 394; P. FRANZINA, *Considerazioni sulla legge applicabile all'abuso di dipendenza economica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, II, 231; F. BORTOLOTTI, *op. cit.*, vol. I, 315.

ritengono condivisibili queste osservazioni si può osservare come l'art. 9 l. 1998 n. 192 non possa annoverarsi tra le norme di applicazione necessaria⁸⁶; in altri termini, nell'abuso di dipendenza economica manca quella rilevanza di natura pubblicistica che dette norme rivestono e della quale si ha chiara conferma se si considera l'art. 9.1 del Regolamento Roma I⁸⁷.

Proprio la duplice finalità evidenziata dalla norma di cui all'art. 9 l. 1998 n. 192, tutela del contraente debole e tutela del mercato, consente di ritenere che solo laddove l'abuso di dipendenza economica abbia rilievo per la tutela della concorrenza e del mercato, tale situazione costituirà il presupposto per l'applicazione dell'art. 9 comma 3-bis l. 1998 n. 192 e conseguentemente dell'art. 9 del Regolamento Roma I⁸⁸.

Escluso, dunque, in linea generale, il carattere internazionalmente imperativo dell'art. 9 l. 1998 n. 192, si può ritenere che, nell'ambito del Regolamento Roma I, tale norma, costituendo una disposizione semplicemente imperativa⁸⁹ a tutela di una parte contrattuale, possa essere applicata in un contratto internazionale di subfornitura - e non solo ad esso⁹⁰ - se tale contratto sarà disciplinato dalla legge italiana in base all'art. 3 del Regolamento stesso o in base all'art. 4 dello stesso, nel caso in cui non vi sia stata alcuna scelta di legge e, comunque, alla luce di tale previsione si applichi la legge italiana⁹¹. Resta, comunque, salva la possibilità di considerare applicabile "l'eccezione di ordine pubblico del foro ex art. 21 del regolamento"⁹².

⁸⁶ In dottrina, sembra prevalere l'opinione per la quale la norma sull'abuso di dipendenza economica non possa considerarsi di applicazione necessaria. In questo senso P. PIRODDI, *La tutela del contraente*, cit., 114 ss.; F. GALGANO – F. MARRELLA, *op. cit.*, 681, sebbene in forma dubitativa e con riguardo non solo all'art. 9, ma a tutta la disciplina di cui alla l. 1998 n. 192. Secondo, invece, M. COCCIA, *op. cit.*, 841-842, l'art. 9 l. 1998 n. 192 costituisce ".... una norma posta a tutela della libertà di concorrenza e dell'equità nei rapporti commerciali, dotata di una intensità valutativa e di una cogenza tali da indurre a considerarla una norma di applicazione necessaria" (ivi a pag. 841).

⁸⁷ In questo senso P. PIRODDI, *La tutela del contraente*, cit., 114. In generale, sulla disciplina di cui all'art. 9 del Regolamento Roma I cfr., tra gli altri: F. GALGANO – F. MARRELLA, *op. cit.*, 390 ss.; F. BORTOLOTTI, *op. cit.*, vol. I, 324-325; T. BALLARINO, *op. cit.*, 59 ss.

⁸⁸ In modo conforme, cfr. P. PIRODDI, *La tutela del contraente*, cit., 116, che riferisce l'applicazione dell'abuso di dipendenza economica al contratto internazionale di *franchising*, ritenendo, comunque, che l'applicazione dell'art. 9 comma 3-bis l. 1998 n. 192 e dunque dell'art. 9 del Regolamento Roma I sia estremamente raro.

⁸⁹ Si veda il "considerando 37" del Regolamento Roma I, il quale chiarisce che le norme di applicazione necessaria devono essere tenute distinte dalle norme imperative semplici. Osservano F. GALGANO - F. MARRELLA, *op. cit.*, 391 che il senso del considerando 37 è, tra l'altro, "di invitare i giudici degli Stati membri ad una certa prudenza posto che le norme di applicazione necessaria dovrebbero essere un sottoinsieme delle «norme imperative semplici»".

⁹⁰ Sulla possibilità di applicare la disciplina dell'abuso di dipendenza economica non solo al contratto di subfornitura, si rinvia *supra* alla precedente nota n. 26.

⁹¹ Si vedano le riflessioni sul Regolamento Roma I contenute nel precedente paragrafo n. 6.

⁹² Così P. PIRODDI, *La tutela del contraente*, cit., 116. Con riguardo alla previgente Convenzione di Roma del 1980, già P. FRANZINA, *op. cit.*, 234, esclusa la natura di norma di applicazione necessaria

10. segue: La subfornitura internazionale e le norme di applicazione necessaria

Le considerazioni svolte nel paragrafo precedente a me sembra possano rivelarsi di qualche utilità per comprendere se altre norme della l. 1998 n. 192, oltre all'art. 9, rientrino o meno tra quelle di applicazione necessaria.

Non può negarsi che il legislatore italiano, nel settore dei contratti tra operatori economici, nel quale si è mostrato sempre “restio ad accogliere qualsiasi strumento di controllo sulle situazioni di disparità di potere tra le imprese”⁹³ ha individuato, al fine di assicurarne la tutela, la posizione del contraente debole, figura, quindi, che abbandona i connotati del consumatore per assumere quelli dell'imprenditore.

Ed invero, dopo la legge in tema di subfornitura e dopo il d.lgs. 2002 n. 231 in tema di ritardi nei pagamenti, nell'ordinamento italiano sono state introdotte altre norme relative ai contratti tra imprese, nell'ottica di assicurare, sebbene con previsioni di portata diversa, tutela al contraente in posizione di debolezza contrattuale che necessita, dunque, di protezione, quali la l. 6 maggio 2004 n. 129 in tema di *franchising*, il d.l. 24 gennaio 2012 n. 1 convertito dalla l. 24 marzo 2012 n. 27 relativo ai rapporti fra gestori di impianti di distribuzione carburanti e imprese titolari degli impianti o fornitrici del prodotto (art. 17³) e relativo alla disciplina dei contratti nel settore agroalimentare (art. 62)⁹⁴.

Con riguardo, in particolare, alla subfornitura non si può non rilevare come la tutela accordata dal legislatore al subfornitore influisca, in modo diretto, nei rapporti contrattuali, ma, in considerazione della forza espansiva propria dell'attività imprenditoriale, anche in generale sul mercato. Garantendo, infatti, la normativa in discorso la correttezza dei rapporti tra imprenditori, committenti e subfornitori, sia attraverso specifiche disposizioni sia attraverso la previsione generale di cui all'art. 9 l. 1998 n. 192, si evita il prodursi di un costo sociale elevatissimo (quale la mancata sopravvivenza di un vasto tessuto imprenditoriale, tramite l'imposizione di condizioni contrattuali assai gravose, specie in tema di termini di pagamento) che si ripercuote sul mercato e, dunque, sebbene indirettamente, anche sul consumatore.

dell'art. 9 l. 1998 n. 192, riteneva “preferibile ipotizzare, tutt'al più, che il *grado minimo* di tutela accordato dalla l. subf. alle imprese in condizione di dipendenza corrisponda nel nostro ordinamento ad un principio di ordine pubblico”.

⁹³ L'espressione si legge in T. LONGU, *Il divieto dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 345.

⁹⁴ Si vedano anche le disposizioni dettate dagli artt. 18 e 19 Cod. cons. che prevedono l'applicazione delle norme sulle pratiche commerciali scorrette non solo ai rapporti fra professionista e consumatore, ma anche alle relazioni tra professionista e micro impresa, sebbene per la disciplina di tale fattispecie sia irrilevante la natura negoziale o meno delle pratiche stesse.

La disciplina della subfornitura, quindi, tende a realizzare, quale obiettivo immediato, quello della protezione del contraente debole e, quale obiettivo, questa volta soltanto mediato, la tutela del mercato, a differenza di altri interventi legislativi che, invece, sono rivolti a definire direttamente situazioni di mercato che si riflettono, però, sulla condotta contrattuale dell'impresa (si pensi, ad esempio, alla disciplina *antitrust*).

Se si possono condividere queste osservazioni non potrà non rilevarsi, sulla base delle considerazioni svolte in precedenza⁹⁵, come le norme di protezione contenute nella disciplina nazionale sulla subfornitura non assurgano a norme di applicazione necessaria a livello internazionale.

11. Conclusioni: uno sguardo verso l'orizzonte

Dall'analisi condotta nei precedenti paragrafi si possono porre in evidenza, a me sembra, alcuni spunti di riflessione sulla tutela del contraente debole imprenditore che si affaccia sul mercato internazionale.

E' questo l'angolo visuale da cui è stato esaminato il contratto di subfornitura, ossia quello che trova il suo fondamento normativo nella legislazione italiana (l. 1998 n. 192), scelta collegata anche alla difficoltà di individuare, già a livello semantico, una nozione unica di tale contratto a livello internazionale.

Si scopre, così, quale possa essere la rilevanza della disciplina italiana di protezione a livello internazionale, considerata la mancanza di una specifica Convenzione in tale ambito.

Invero, la subfornitura internazionale presenta, in generale, gli stessi problemi degli altri contratti internazionali⁹⁶, per cui l'aspetto più interessante riguarda i rapporti tra la stessa e le Convenzioni internazionali multilaterali sia di diritto internazionale privato, quale la Convenzione dell'Aja 1955 sia di diritto materiale uniforme, quale la Convenzione di Vienna del 1980, oltre al rapporto tra la subfornitura e il Regolamento Roma I.

L'impressione che si evince dalla considerazione di tali interferenze e collegamenti è che l'imperatività della disciplina nazionale della subfornitura perde rilevanza a livello internazionale in quanto, da un lato, la disciplina della subfornitura non presenta le caratteristiche proprie dell'approccio unilateralistico delle norme di applicazione necessaria; dall'altro, laddove si utilizzano tecniche che non si discostano dallo schema della regola bilaterale di conflitto, tale regola, in generale, pone il committente in una posizione di vantaggio in quanto verosimilmente potrà imporre la scelta della legge applicabile al rapporto che potrebbe, dunque, portare alla non applicazione della legge italiana sulla subfornitura.

⁹⁵ Sul punto si considerino le osservazioni svolte nel precedente paragrafo.

⁹⁶ Cf. V. VITO CHIONNA, *op. cit.*, 161.

STUDI E OPINIONI

SUBFORNITURA INTERNAZIONALE

Il legislatore comunitario, invero, ha mostrato una rilevante attenzione al problema del contraente debole nel Regolamento Roma I, con una impostazione innovatrice, sotto diversi profili⁹⁷, che presenta due aspetti rilevanti ai fini che qui interessano: da un lato, l'aver incluso, per la prima volta, a livello internazionale, tra le parti deboli da proteggere due figure imprenditoriali, cioè il distributore e l'affiliato (*franchisee*), dall'altro, aver predisposto criteri di collegamento, motivati dall'esigenza di protezione del contraente debole, che si presentano specifici per i sei tipi di contratti disciplinati⁹⁸.

Appare, dunque, evidente come il carattere internazionale del contratto richieda, anche laddove si rinvenga un'esigenza di tutela del contraente debole imprenditore, l'utilizzo di strumenti che difficilmente possono assumere il significato di limiti all'autonomia privata, così come il legislatore italiano ha, invece, ritenuto di introdurre con la legge sulla subfornitura. Pertanto, da un lato, si presenta alquanto complesso immaginare una protezione internazionale effettiva per il contraente debole imprenditore, già difficilmente realizzabile quando il contraente debole assuma la figura di consumatore⁹⁹, figura che, comunque, presenta connotati molto più agevolmente individuabili, dall'altro, la tutela assicurata dalla disciplina italiana al subfornitore si altera enormemente quando lo scenario delle operazioni economiche diviene internazionale, dunque, globale, nel quale alle maggiori opportunità si contrappongono, ovviamente, maggiori rischi collegati, anche ma non solo, alla diversa tutela giuridica assicurata nei diversi ordinamenti, in un *trade-off* che gli imprenditori devono costantemente affrontare, con specifica attenzione e sensibilità.

⁹⁷ Sul punto si veda P. PIRODDI, *La tutela del contraente, cit.*, 11 ss.

⁹⁸ Il riferimento è, infatti, oltre che al contratto di distribuzione e a quello di franchising, al contratto con i consumatori, al contratto individuale di lavoro, al contratto di assicurazione e al contratto di trasporto di persone (art. 4 par. 1 lett. e ed f, art. 5 par. 2, artt. da 6 a 8).

⁹⁹ Osserva G. IUDICA, *Law and Globalisation*, in A. BUSANI, *Introduzione ai Contratti Commerciali Internazionali B2B e alle Joint Ventures*, Padova, 2012, 26 con riguardo al consumatore che ".....it seems ... hard to imagine effective consumer protection at a supranational level.....".

GLI AMMINISTRATORI DI SOCIETÀ E L'IMPUGNAZIONE DELLE DELIBERE ASSEMBLEARI

I paragrafi che seguono avranno ad oggetto il ruolo degli amministratori di società nell'ambito dell'impugnazione delle delibere adottate dall'assemblea dei soci. Non si potrà perciò prescindere dalla ridefinizione dei compiti manageriali, nonché dal criterio di diligenza e, di conseguenza, dal regime della responsabilità degli amministratori introdotto dalla riforma del 2003. L'indagine verrà inoltre condotta alla luce delle molteplici sfaccettature che la figura dell'amministratore può assumere rispetto all'azione di cui all'art. 2377 c.c., le quali gli consentono di impugnare nella sua qualità di legale rappresentante della società, come amministratore in conflitto di interessi, quale terzo impugnante iure privatorum, congiuntamente agli altri membri dell'organo manageriale o come singolo, ma anche di essere legittimato passivamente.

di **GLORIA MILLEPEZZI**

1. Premessa

Uno dei cardini attorno al quale è stato costruito il sistema di diritto societario successivo al 2003 è il regime della responsabilità degli amministratori, che ha dovuto adeguarsi all'avvenuto superamento della concezione dell'amministratore quale mero gestore e non anche controllore dell'impresa. Quest'ultima veste è invece stata inequivocabilmente attribuita all'amministratore in seguito alla riforma, conferendogli obblighi istituzionali prima inesistenti o connotati da minor rigore. Nello specifico, l'intervento riformatore ha modificato il sistema delle azioni di responsabilità sociale contro gli amministratori, ampliandone l'ambito della legittimazione attiva e incrementando le ipotesi di violazione.

Di fronte a un tale rafforzamento degli strumenti per far valere la responsabilità degli amministratori, riflessioni in merito alla materia delle delibere assembleari sono indotte dalla previsione dell'art. 2364, c. 1, n. 5, c.c., nella parte in cui - riferendosi agli stessi amministratori - stabilisce che è «ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti»¹ nonostante l'origine assembleare della determinazione di volontà oggetto di esecuzione da parte dell'organo amministrativo. I nuovi margini della responsabilità manageriale sembrano pertanto giustificare il riconoscimento anche agli

¹ Art. 2364, c. 1, n. 5, c.c..

STUDI E OPINIONI

AMMINISTRATORI E IMPUGNAZIONE DELLE DELIBERE ASSEMBLEARI

amministratori della titolarità dell'azione di impugnazione *ex art* 2377 c.c., già prevista in capo ai soci assenti, dissenzienti o astenuti, al consiglio di sorveglianza e al collegio sindacale.

Circoscrivendo l'ambito di indagine ai casi di responsabilità manageriale connessa al solo tema delle delibere annullabili, è possibile individuare più categorie patologiche. La sopracitata ipotesi di cui all'art. 2364, c. 1, n. 5, c.c. può riferirsi a un atto esecutivo la cui illegittimità deriva dall'oggetto dell'esecuzione senza essere originariamente connessa a un potere autorizzatorio e/o direttamente deliberativo degli amministratori. Parallelamente, una deliberazione assunta da un'assemblea irregolarmente convocata sulla base di una delibera del consiglio di amministrazione viziata è altresì affetta da invalidità. Per di più, nel caso in cui il vizio infici una delibera del consiglio di amministrazione di contenuto autorizzatorio rispetto all'organo assembleare o che risulti comunque atto presupposto di una deliberazione dell'assemblea, sembra configurarsi un caso di "invalidità potenzialmente aggredibile su due fronti", quello, rispettivamente, dell'invalidità della delibera consiliare e quello dell'annullabilità dell'atto dell'assemblea. Di conseguenza, la possibilità di esperire l'azione di annullamento *ex art*. 2377 c.c. avverso la delibera del consiglio di amministrazione,² dovrebbe essere intesa come aggiuntiva rispetto alla medesima azione esercitata impugnando una delibera dell'assemblea. Il legislatore sembra quindi aver apprestato un doppio ordine di tutele per far valere lo stesso vizio. Molte delibere assembleari, tra l'altro, non sono che la formalizzazione delle decisioni già effettivamente adottate dall'organo amministrativo.

Altri profili problematici attengono all'esecuzione in pendenza di giudizio delle delibere impugnate. La mancata esecuzione di un atto assembleare rispetto al quale il giudice non si è ancora pronunciato potrebbe infatti implicare la responsabilità degli amministratori, essendo tuttavia pure prospettabile una responsabilità sulla base del combinato disposto degli artt. 2364, c. 1, n. 5, c.c. e 2392 c.c. per negligente gestione in caso di mancata impugnazione *ex art*. 2377, c. 2, c.c..

Sulla base di queste premesse, il ruolo assunto dagli amministratori nella vicenda impugnatoria sarà illustrato con particolare attenzione alla natura della legittimazione attiva degli amministratori (§ 2; 2.1 e 2.2), all'impugnazione come espressione del ruolo istituzionale esercitato nell'ambito del rapporto fiduciario che lega gli amministratori ai soci (§ 3, 3.1), agli effetti delle pronunce di annullamento rispetto ai doveri degli amministratori (§ 3.2) e alla legittimazione passiva degli amministratori (§ 4, 4.1 e 4.2).

² Cfr. MUCCIARELLI, *L'impugnazione delle delibere consiliari tra teoria dei diritti individuali e violazione di norme imperative*, in *Giur. comm.*, 1996, II, 348 ss.; GALGANO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Padova, 2009, 215.

STUDI E OPINIONI

AMMINISTRATORI E IMPUGNAZIONE DELLE DELIBERE ASSEMBLEARI

2. Legittimazione attiva all'impugnazione degli amministratori

I sottoparagrafi seguenti intendono affrontare alcune delle problematiche relative alla legittimazione attiva degli amministratori che più hanno occupato le riflessioni di dottrina e giurisprudenza. Molte questioni risultano del tutto analoghe in materia di impugnazione del collegio sindacale e degli altri organi di controllo interni alle società. Il ruolo gestorio degli amministratori si è infatti arricchito di una funzione di controllo, soprattutto dal 2003 e, conseguentemente, all'inerzia impugnatoria di taluni organi potrebbe corrispondere esercizio non diligente dell'ufficio. Sembra perciò opportuno notare che in dottrina³ è stata colta la volontà del legislatore della riforma di rendere il criterio di diligenza del collegio sindacale più rigido rispetto a quello fissato per il consiglio di amministrazione *ex art. 2392 c.c.*

2.1. Legittimazione solo collegiale o anche individuale?

Il secondo comma dell'art. 2377 c.c. annovera espressamente gli amministratori tra i soggetti legittimati a esercitare l'azione di impugnazione di delibere viziate. Il codice provoca dubbi interpretativi attinenti alla possibilità o meno di riconoscere la titolarità dell'azione anche in capo a singoli amministratori o ad alcuni di essi, dal momento che l'espressione utilizzata («*gli amministratori*»⁴) presenta una certa indeterminatezza. Anteriormente alla riforma del 2003, la medesima ambivalenza espressiva era estesa ai componenti del collegio sindacale, dal momento che il testo faceva riferimento ai «*sindaci*»⁵ anziché al «*collegio sindacale*».⁶ Attenta dottrina⁷ ha imputato la rimozione dell'ambiguità testuale solo in relazione al collegio sindacale alla necessità di adeguare la formulazione dell'articolo alle innovazioni importate dalla riforma anche dal punto di vista della fisionomia degli organi societari. Per quanto dottrina quasi unanime interpreti la volontà del legislatore come diretta ad escludere una legittimazione generalizzata ai singoli membri del consiglio di amministrazione, la scelta di un'espressione più generica (quale «*amministratori*»⁸ anziché «*consiglio di amministrazione*») pare in primo luogo più appropriata ai casi di organo amministrativo

³ LOFFREDO, *Modifiche, piccole e non, in tema di responsabilità dei sindaci di s.p.a.*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, III, *Diritto Commerciale, Società*, II, Milano, 2005, 2883 e ss.. In particolare, l'Autrice ravvisa il più evidente indice di aggravamento degli *standard* di diligenza dei sindaci nel fatto che l'art. 2407 c.c. non consente di graduare la responsabilità dei singoli membri del collegio sindacale sulla base delle loro specifiche competenze, come invece prevede espressamente l'art. 2392 c.c., in tema di responsabilità degli amministratori.

⁴ Art. 2377, c. 2, c.c..

⁵ Art. 2377, c. 2, c.c. nella versione antecedente alla riforma del diritto societario del 2004.

⁶ Art. 2377, c. 2, c.c. nella versione attuale.

⁷ SACCHI e VICARI, *Invalidità delle deliberazioni*, in CAGNASSO e PANZANI (diretto da), *Le nuove s.p.a.*, Bologna, 2010, 654.

⁸ Art. 2377, c. 2, c.c..

STUDI E OPINIONI

AMMINISTRATORI E IMPUGNAZIONE DELLE DELIBERE ASSEMBLEARI

unipersonale. Nonostante i modelli monistico e dualistico e le società con azioni quotate non ammettano l'amministratore unico, l'opzione per un organo amministrativo non collegiale è ancora possibile per le società chiuse che adottino il sistema di amministrazione tradizionale. La riforma ha infatti affiancato al modello tradizionale di *governance* delle s.p.a. le opzioni del sistema dualistico e monistico senza rimuovere le disposizioni originarie.⁹

Altra questione problematica relativa alla composizione dell'organo amministrativo e che non avrebbe, al contrario, potuto verificarsi anteriormente alla riforma, emerge nel momento dell'applicazione dell'art. 2377, c. 2, c.c. alle società dotate dei sistemi alternativi di gestione di cui agli artt. 2409-*octies* ss. c.c. e 2409-*sexiesdecies* ss. c.c.. La complessità della struttura interna di questi ultimi tipi di organi amministrativi suscita incertezze sulla corretta attribuzione di competenze e relazioni reciproche tra i vari corpi interni al medesimo organo. Più precisamente, il sistema dualistico prevede al suo interno il consiglio di gestione e il consiglio di sorveglianza, di composizione necessariamente collegiale (di almeno due membri il primo e tre il secondo), i quali sono legati l'un l'altro da un particolare rapporto di controllo. Il consiglio di sorveglianza è tenuto a «*promuovere l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti dei componenti del consiglio di gestione*»¹⁰ e a «*presentare la denuncia al tribunale di cui all'articolo 2409 [c.c.]*».¹¹ Risulta opportuno quindi riflettere sulla differente valenza della legittimazione attiva *ex art. 2377, c. 2, c.c.* o della sua effettiva sussistenza in capo a entrambi i consigli. Dal momento che il consiglio di sorveglianza deve altresì «*riferire per iscritto sulle omissioni e sui fatti censurabili rilevanti*»,¹² parrebbe opportuno domandarsi se l'omessa impugnazione di una delibera annullabile da parte del consiglio di gestione rientri tra i possibili oggetti di segnalazione. In caso di risposta affermativa, la legittimazione *ex art. 2377, c. 2, c.c.* solo in capo al consiglio di gestione e non a quello di sorveglianza risulterebbe presumibile, mentre il consiglio di sorveglianza potrà solo procedere denunciando successivamente l'inerzia.

Il modello di *governance* monistico presenta problematiche analoghe, in quanto il suo consiglio di amministrazione è costituito per almeno un terzo dei suoi membri da consiglieri indipendenti.¹³ Questi amministratori formano il comitato per il controllo sulla gestione, sono *non-executive* e devono rispondere ai requisiti di onorabilità,

⁹ Per un'illustrazione dei sistemi di amministrazione che è possibile adottare in seguito alla riforma del 2003, cfr. BUONOMO, *Amministrazione e controlli interni: il sistema monistico*, in *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Buonocore*, Milano, 2005, 1999, nonché PRESTI e RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, II, Bologna, 2013, 187.

¹⁰ Art. 2409-*terdecies*, c. 1, lett. d, c.c..

¹¹ Art. 2409-*terdecies*, c. 1, lett. d, ed e, c.c..

¹² Art. 2409-*terdecies*, c. 1, lett. f, c.c..

¹³ Art. 2409-*septiesdecies*, c. 2, c.c..

STUDI E OPINIONI

AMMINISTRATORI E IMPUGNAZIONE DELLE DELIBERE ASSEMBLEARI

professionalità e indipendenza di cui all'art. 2387 c.c., che consentano loro di svolgere i particolari compiti di controllo di cui sono investiti dall'art. 2409-*octiesdecies* c.c..¹⁴ In virtù di tale specifico potere di sorveglianza sui membri delegati del consiglio, si potrebbe sostenere la doverosità dell'azione di impugnazione *ex art.* 2377, c. 2, c.c. rispetto agli altri membri dell'organo di gestione. In particolare, è stato ipotizzato¹⁵ che sussista il dovere di impugnazione in capo al comitato per il controllo sulla gestione ogniqualvolta il consiglio di amministrazione e gestione non abbia motivato in maniera adeguata (sempre in relazione all'interesse sociale) la scelta di omettere l'impugnazione.

L'orientamento oggi prevalente¹⁶ si pone in linea di continuità con le riflessioni che anteriormente alla riforma avevano ad oggetto anche la legittimazione dei sindaci. La *ratio legis* potrebbe essere ricavata leggendo l'art. 2377, c. 2, c.c. in combinato disposto con l'art. 223-*septies*, c. 1, disp. att. trans., c.c., che equipara gli amministratori ai sindaci, imponendo l'applicazione analogica - nel rispetto dei limiti di compatibilità - delle norme che ad essi si riferiscono agli altri organi di controllo. Sia le regole degli amministratori sia quelle del collegio sindacale vengono identificate come paradigma normativo di riferimento cui gli altri organi deputati al controllo devono uniformarsi nei limiti di compatibilità, ponendo in essere un'equiparazione funzionale - seppur limitata al ruolo di controllo - dei due organi societari. Di conseguenza, non si comprende perché la regola che esclude la legittimazione attiva dei sindaci in forma non collegiale non si debba applicare anche all'organo amministrativo.

Da una lettura sistematica della disciplina degli amministratori si evince anche come, rispetto all'eventuale responsabilità per lite temeraria e alle conseguenze derivanti da un'impugnazione infondata, sussista il rimedio preventivo di cui all'art. 2392, c. 3, c.c.. Quest'ultimo articolo, stabilendo l'immunità da colpa di ogni amministratore che abbia «*fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale*»,¹⁷ può fungere da strumento di tutela che permetta al singolo amministratore dissenziente di non partecipare all'azione di impugnazione della delibera.

L'orientamento oggi prevalente in giurisprudenza, anche alla luce delle considerazioni suesposte, afferma che la legittimazione attiva degli amministratori

¹⁴ Per osservazioni in merito all'organo di amministrazione nel sistema monistico e agli amministratori indipendenti, v. MONTALENTI, *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Milano, 2011, 135 ss..

¹⁵ Cfr. SACCHI e VICARI, *Invalidità delle deliberazioni assembleari*, in CAGNASSO e PANZANI (a cura di), *Le nuove s.p.a.*, cit., 658.

¹⁶ SACCHI e VICARI, *Invalidità delle deliberazioni assembleari*, in CAGNASSO e PANZANI (a cura di), *Le nuove s.p.a.*, cit., 653.

¹⁷ Art. 2392, c. 3, c.c..

STUDI E OPINIONI

AMMINISTRATORI E IMPUGNAZIONE DELLE DELIBERE ASSEMBLEARI

debba riferirsi all'organo collegialmente inteso, salvo le ipotesi in cui la delibera incida direttamente sulla posizione dell'amministratore. Tra i casi di atti assembleari cui potrebbe ricollegarsi la legittimazione attiva di un singolo amministratore, basti pensare alle delibere che revocano gli amministratori o che attengono all'esercizio dell'azione di responsabilità.¹⁸

Procedendo ancora a una lettura sistematica della legittimazione attiva all'impugnazione degli amministratori collegialmente intesi, sembra opportuno notare che, per ovvie ragioni strutturali, l'art. 2479-ter c.c. - in tema di invalidità delle delibere di s.r.l. - attribuisce espressamente ad ogni singolo amministratore la legittimazione ad agire. Per quanto la possibilità di estendere tale regime agli altri tipi di società sia stata esclusa,¹⁹ il successo che anche a livello operativo sta riscontrando il modello delle s.r.l. non può che fomentare rimediazioni in proposito. È stato appunto ritenuto che il diverso regime tra le due forme societarie (s.r.l. ed s.p.a.) non paia giustificato.²⁰ Nello stesso ordine di idee, basti pensare a come recenti considerazioni in merito alla disciplina delle «nuove S.r.l.»²¹ abbiano indotto autorevole dottrina a prospettare un superamento del tradizionale “protagonismo” delle s.p.a., a favore delle s.r.l. La duttilità della loro regolamentazione consentirebbe infatti loro di assurgere a modello basilare delle società di capitali.²²

Per mezzo di una interpretazione teleologica dell'espressione «*gli amministratori*»,²³ è invece possibile riscontrare che a seconda del fine che si considera sotteso all'azione di impugnazione delle delibere, l'attribuzione della legittimazione attiva in capo a ogni singolo amministratore o al collegio non pare indifferente. Nello specifico, qualora si prediliga la lettura che individua l'interesse sociale come oggetto della tutela che l'azione dovrebbe consentire, la forma di proposizione più adatta è quella collegiale.²⁴ Abbracciando una nozione di interesse sociale in senso lato e meno “aziendalisticamente orientata”, la legittimazione attiva sarebbe, al contrario, più propensa a ricomprendere i singoli membri dell'organo collegiale, anche in qualità di

¹⁸ Cfr. Trib. Milano 21 ottobre 2005, in *Giur. it.*, n. 6/2006, 1208 e Trib. Milano 29 novembre 2012, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

¹⁹ SACCHI e VICARI, *Invalidità delle deliberazioni*, in CAGNASSO e PANZANI (diretto da), *Le nuove s.p.a.*, cit., 655.

²⁰ SPAGNUOLO, *Annullabilità delle deliberazioni*, in SANDULLI e SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003, 355.

²¹ CAGNASSO, *I «volti» della «nuova» società a responsabilità limitata*, in AMBROSINI (a cura di), *La riforma delle società*, Torino, 2003, 23.

²² Nell'ambito della conferenza *La s.r.l. tra innovazioni e tradizione* (Torino, 9 aprile 2015), in cui sono intervenuti MONTALENTI, MAMBRIANI, RESCIGNO, PRESTI e CAGNASSO, tutti i relatori hanno espresso questa opinione.

²³ Art. 2377, c. 2, c.c..

²⁴ SACCHI e VICARI, *Invalidità delle deliberazioni*, in CAGNASSO e PANZANI (diretto da), *Le nuove s.p.a.*, cit., 654.

STUDI E OPINIONI

AMMINISTRATORI E IMPUGNAZIONE DELLE DELIBERE ASSEMBLARI

soggetti che agiscono per tutelare i propri interessi. Del resto, pure la giurisprudenza conferisce quest'ultima connotazione all'azione di cui all'art. 2377 c.c., poiché, in talune ipotesi, il contenuto delle delibere crea o incide direttamente su specifiche situazioni giuridiche degli amministratori, così che il rapporto tra atto assembleare e diritti degli amministratori diventa «di dipendenza».²⁵ Basti pensare alle delibere di nomina o revoca di un singolo amministratore e di quelle che approvano la rinuncia all'azione di responsabilità ex art. 2393 c.c.. Nonostante la tutela di interessi personali fornita agli amministratori in ragione del loro ruolo paia in contrasto con la logica deflattiva del contenzioso manifestata dal legislatore della riforma attraverso la predisposizione di maggiori restrizioni al sistema di impugnazioni delle delibere,²⁶ la legittimazione *uti singuli* è quasi unanimemente riconosciuta nei casi di lesione di interessi personali direttamente discendente dalla delibera.²⁷

Non sono tuttavia mancate considerazioni logico-formalistiche a sostegno dell'inammissibilità dell'impugnazione da parte di un singolo amministratore della deliberazione che aveva disposto la sua revoca. A causa del carattere “*self-executing*” dell'atto in questione, la decadenza dalla stessa carica di amministratore si verificherebbe già al momento dell'emanazione della delibera. L'ordinamento - confermando un'impostazione diretta alla tutela della funzionalità della società anziché degli interessi individuali - non prevede che la parte della delibera relativa alla destituzione si sospenda automaticamente dal momento della sua emanazione fino all'eventuale impugnazione del soggetto interessato. Una lettura costituzionalmente orientata sembrerebbe escludere un'interpretazione secondo una rigida logica giuridica di causa-effetto, dal momento che l'amministratore destituito dall'incarico non potrebbe impugnare l'atto lesivo, rimanendo così sfornito di una qualsivoglia tutela ex art. 24 della Costituzione.²⁸

La dottrina si è, quindi, schierata a favore o meno della collegialità dell'azione, anche sulla base dei propri orientamenti in merito all'interesse sotteso all'azione di impugnazione, all'ampiezza della nozione di interesse sociale e alla configurazione del

²⁵ COLOMBO e PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1997, 355.

²⁶ Al fine di trarre sintomi della *intentio* deflattiva, presente fin dal progetto Mirone, cfr. il testo della relazione di accompagnamento alla riforma, reperibile SANDULLI e SANTORO (a cura di), in *La riforma delle società*, Torino, 2003, appendice. Inoltre, per un riscontro concreto dell'effettiva riduzione del contenzioso, si vedano i dati numerici riportati in SANZO, *Invalidità delle deliberazioni*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI, *Il nuovo diritto societario*, cit., 423.

²⁷ CERVIO, *Il regime generale resta l'annullabilità*, in *Il Sole 24 Ore, Guida al diritto*, 2003, 54.

Per riscontri giurisprudenziali, v. Trib. Milano, 26 gennaio 1987, in *Dir. fall.*, 1988, II, 94 e Trib. Milano, 11 dicembre 2003, *Giur. it.*, 2003, I, 2348, con nota di SALINAS, *Osservazioni in tema di invalidità dell'assemblea e di responsabilità degli amministratori di s.p.a. prima e dopo la riforma*, ivi, 2353.

²⁸ Cfr. ZANARONE, *L'annullabilità*, in COLOMBO e PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, cit., 268 e LENER, *Commento all'art. 2377 c.c.*, in G. NICCOLINI e STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali*, Napoli, 2004, 553.

STUDI E OPINIONI

AMMINISTRATORI E IMPUGNAZIONE DELLE DELIBERE ASSEMBLEARI

ruolo dell'amministratore all'interno della compagine sociale e del regime di responsabilità cui è soggetto.

Inoltre, pur ammettendo una titolarità collegiale, sorgerebbe l'ulteriore questione dell'ampiezza di tale legittimazione attiva. Come si ha già avuto occasione di rilevare, la riforma del diritto societario del 2003 ha riorganizzato le competenze manageriali, ammettendo che all'interno del consiglio di amministrazione possano essere istituiti singoli corpi deputati a compiti specifici, tra cui il comitato sulla gestione. Nonostante taluni orientamenti dottrinali ritengano che il legislatore abbia inteso operare in senso assorbente, ricomprendendo all'interno della nozione di «amministratori»²⁹ (come entità collegiale) i singoli comitati indipendentemente intesi, attente osservazioni sono state fatte in merito alle diverse conseguenze che potrebbero derivare dall'impugnazione di un solo comitato appartenente all'organo amministrativo o al consiglio come *plenum*.³⁰ Prestando attenzione alla particolarità delle funzioni rivestite dalle eventuali singole articolazioni interne dell'organo amministrativo e, allo stesso tempo, al diverso ruolo che anche queste si trovano a rivestire nel momento in cui operano come *plenum*, sembra possibile trarre argomenti a sostegno della lettura che esclude l'assorbimento cui si è fatto cenno.³¹

2.2. Impugnazione degli amministratori: dovere o mera facoltà?

Un distinto piano della riflessione conduce a domandarsi quale valenza attribuire all'impugnazione degli amministratori, dal momento che neppure in relazione a ciò il codice si esprime. L'azione *ex art. 2377 c.c.* così soggettivamente connotata può essere infatti ricondotta o alla categoria di facoltà o di dovere, con ovvie conseguenze sul profilo della responsabilità degli amministratori.

La questione è stata affrontata dagli interpreti attraverso una lettura teleologica del dettato normativo, poiché la soluzione del quesito sembrerebbe discendere direttamente dalla natura della categoria di annullabilità rispetto alle delibere societarie. Un orientamento (minoritario³²) riconosce l'azione come meramente funzionale alla tutela dell'interesse personale degli amministratori ad evitare di incorrere nella responsabilità di cui agli artt. 2392 ss. c.c.. Da ciò deriva la riconduzione dell'azione *ex art. 2377 c.c.* alla categoria di facoltà. Tra gli argomenti che sono stati addotti in questa direzione, uno attiene all'ingiustificata incongruità di trattamento processuale che si

²⁹ Art. 2377, c. 2, c.c..

³⁰ SACCHI e VICARI, *Invalidità delle deliberazioni*, in CAGNASSO e PANZANI (diretto da), *Le nuove s.p.a.*, cit., 658.

³¹ Per una panoramica sul funzionamento e sui rispettivi ruoli di questi corpi, si vedano BUONOMO, *Amministrazione e controlli interni*, cit., 1999 ss..

³² MINERVINI, *Sulla legittimazione degli amministratori all'impugnativa delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, in *Scritti giuridici, Società I*, 1996, Napoli, 215 ss..

STUDI E OPINIONI

AMMINISTRATORI E IMPUGNAZIONE DELLE DELIBERE ASSEMBLEARI

riserverebbe, rispettivamente ai soci e agli amministratori.³³ In particolare, da un'interpretazione letterale degli articoli del codice sulla responsabilità degli amministratori, sarebbe possibile trarre che persino i soci che avessero votato a favore della deliberazione annullabile potrebbero esercitare l'azione di responsabilità avverso gli amministratori che hanno dato esecuzione a tale delibera.³⁴ Infine, un'interpretazione sistematica della disciplina in materia di azioni di responsabilità con l'art. 2377, c. 2, c.c. parrebbe portare ad escludere la legittimazione all'azione dei soci che abbiano concorso all'adozione dell'atto. Infatti, a mente dell'art. 2377, c. 2, c.c., «*le deliberazioni [...] possono essere impugnate dai soci assenti, dissenzienti o astenuti*»,³⁵ ovvero da categorie nelle quali sembra non appartengano i soci che hanno concorso ad adottare la delibera oggetto di impugnazione.

Sottendendo alla medesima azione il fine di salvaguardia dell'interesse della società nel suo complesso, sembra opportuno qualificare l'impugnazione degli amministratori come doverosa.³⁶ Questa sarebbe infatti lo strumento processuale attraverso cui ottenere la rimozione di un atto lesivo degli interessi della società.

È stato tuttavia notato che l'impugnazione da parte dell'organo potrebbe essere considerata un atto contrastante con taluni doveri degli amministratori. Anteriormente alla riforma il carattere di "sovranità" pacificamente riconosciuto all'assemblea avrebbe reso difficile immaginare che la realizzazione della volontà assembleare potesse essere ostacolata dall'impugnazione degli amministratori, se non in casi di violazioni macroscopiche. Detta impugnazione è stata pertanto vista come atto di contrapposizione ai soci³⁷ anziché tutela dell'interesse sociale. Secondo questa lettura, gli amministratori si sottrarrebbero al rapporto fiduciario che li lega ai soci ogniqualvolta si determinino ad impugnare.

Il ragionamento sopra delineato parrebbe però vertere sull'opportunità dell'impugnazione anziché sulla legittimazione attiva degli amministratori. Inoltre, in seguito alla riforma del 2003, il ruolo degli amministratori ha subito un potenziamento sotto i profili della correttezza gestionale e della funzione di controllo. Ciò sembrerebbe giustificare una maggior libertà degli amministratori nella contestazione degli atti

³³ In tal senso si veda RORDORF, in nota a Cass., 5 giugno 2003, n. 8992, in *Foro it.*, 2003, 308.

³⁴ Si veda in questo senso MINERVINI, *Sulla legittimazione degli amministratori all'impugnativa delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, in *Scritti giuridici, Società I*, cit., 291 ss.

³⁵ Art. 2377, c. 2, c.c..

³⁶ A sostegno della doverosità di impugnazione a carico degli amministratori si veda, tra tutti, JAEGGER, *L'interesse sociale*, cit., 171. Per una delle prime recezioni giurisprudenziali del medesimo orientamento cfr. Cass, 22 giugno 1990, n. 6300, in *Giust. civ.*, II, 1990, 1206 e 1207, in cui è affermata la responsabilità degli amministratori per negligenza per mancata impugnazione della delibera annullabile. Nello stesso senso, anche se in rapporto alla legittimazione del collegio sindacale, si veda la più recente Cass., 8 febbraio 2005, n. 2538, in *Giur. it.*, 2005, 1637 ss., secondo cui l'omessa impugnazione può fondare la responsabilità dei sindaci.

³⁷ BIANCHI, *Gli amministratori di società di capitali*, Padova, 1998, 210.

STUDI E OPINIONI

AMMINISTRATORI E IMPUGNAZIONE DELLE DELIBERE ASSEMBLEARI

decisionali dei soci. Rispetto al valore del rapporto fiduciario tra soci e amministratori, dopo la riforma paiono infatti prevalere i valori di cui agli artt. 2380-*bis*, c. 1, c.c., che di fatto identifica la nozione di «*attuazione dell'oggetto sociale*»³⁸ con quella di “interesse sociale” e impone agli amministratori di compiere «*le operazioni necessarie*»³⁹ al perseguimento di detto oggetto sociale. Nulla sembrerebbe escludere che tra tali operazioni necessarie vi possa essere l'impugnazione *ex art. 2377 c.c.*, qualora ne sussistano i presupposti.

La dottrina ha inoltre ritenuto che l'interpretazione letterale dell'art. 2377, c. 3, c.c. possa condurre a un aggravio eccessivo dei doveri degli amministratori.⁴⁰

Questo profilo può manifestarsi in primo luogo per quanto concerne la condotta che gli amministratori dovrebbero tenere al fine di non venir meno al dovere di diligenza *ex art. 2392, c. 1, c.c.* in caso di impugnazione dei soci. Nelle more dell'eventuale giudizio introdotto dai soci, gli amministratori - secondo l'orientamento maggioritario⁴¹ - non sono tenuti ad astenersi dall'esecuzione della delibera se non in presenza di decreto di sospensione del tribunale. Tuttavia, qualora l'organo amministrativo prevedesse che dall'esecuzione della delibera impugnata potrebbero derivare gravi pregiudizi all'interesse sociale, i canoni della diligenza gestionale li indurrebbero all'adozione di provvedimenti idonei ad evitare o contenere tali conseguenze.

In caso di mancata impugnazione dei soci di una delibera di dubbia legittimità, la letteratura si è invece domandata quale valenza sia opportuno conferire alla scelta degli amministratori di esercitare o meno il potere impugnatorio e di esecuzione. Il paventato rischio di incorrere in un'azione di responsabilità sociale a seconda della determinazione positiva o negativa dell'organo amministrativo è stato smentito già anteriormente al 2003.⁴² Mantenendo inalterato questo assunto, la dottrina post-riforma ha inteso l'azione degli amministratori come adempimento non eccessivamente oneroso, ma non per questo eccedente lo *standard* di diligenza previsto dal riformato art. 2392, c. 1, c.c.. In particolare, se si ritiene che la delibera impugnata produca effetti fino all'eventuale pronuncia di annullamento, l'atto deve essere eseguito dagli amministratori e questo loro comportamento non potrà essere considerato illegittimo *ex post*. In altri termini, l'annullamento della delibera non potrà essere addotto come

³⁸ Art. 2380-*bis*, c. 1, c.c..

³⁹ Art. 2380-*bis*, c. 1, c.c..

⁴⁰ ZANARONE, *L'annullabilità delle deliberazioni*, in COLOMBO e PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, cit., 458.

⁴¹ ZANARONE, *ibidem*.

⁴² Cf. OPPO, *Amministratori e sindaci di fronte alle deliberazioni assembleari invalide*, in *Diritto delle società, Scritti giuridici*, II, Padova, 1992, 387. Questo orientamento ha trovato conferma anche nella dottrina successiva alla riforma del diritto societario del 2003. Si vedano, tra gli altri, SACCHI e VICARI, *Invalità delle deliberazioni assembleari*, in CAGNASSO e PANZANI (diretto da), *Le nuove s.p.a.*, cit., 656 ss..

STUDI E OPINIONI

AMMINISTRATORI E IMPUGNAZIONE DELLE DELIBERE ASSEMBLEARI

parametro di liceità della loro condotta, poiché questa era corretta nel momento in cui veniva tenuta. È stato però ritenuto che anche la mancata esecuzione rientri nella discrezionalità degli amministratori indipendentemente dall'impugnazione dei soci. Ciò dipende dal fatto che il rifiuto di eseguire un atto illegittimo mal si presta a fondare un'azione di responsabilità. Quand'anche gli amministratori dovessero decidere di non rimanere inerti fino all'effettiva impugnazione e all'esito del giudizio, non potrà essere loro mossa alcuna censura.

La sopra illustrata posizione dottrinale sembra utile ad evitare che gli amministratori pongano in essere scelte gestionali eccessivamente caute e *risk-aversed*. Un'interpretazione troppo rigida della disciplina sulla responsabilità sociale in relazione all'esercizio dell'azione *ex art. 2377 c.c.* potrebbe infatti indurre gli amministratori a fondare le loro decisioni impugnatorie sul timore di incorrere nell'azione di responsabilità anziché sulla realizzazione dell'oggetto sociale.

Sgombrato il campo da dubbi in relazione al fatto che il comportamento dei soci non può incidere *ex post* sulla discrezionalità amministrativa neppure nell'ambito delle vicende di cui all'*art. 2377 c.c.*, la dottrina ritiene non del tutto risolto un altro interrogativo. In caso di delibera annullabile la cui rimozione dal mondo giuridico non determini concreti vantaggi per la società, non sembra chiara quale condotta dell'organo amministrativo corrisponda a diligenza. Autorevole dottrina sembra non considerare configurabile un interesse degli amministratori «*alla mera legalità*»,⁴³ ma predilige una lettura dell'*art. 2377, c. 2, c.c.* che vede la legittimazione attiva degli amministratori come diretta al perseguimento di un interesse non astratto della società.

Il quadro si complica ulteriormente se si segue la tesi che qualifica la legittimazione degli amministratori come meramente sussidiaria rispetto a quella dei soci, ammettendo l'esercizio dell'azione da parte dell'organo gestorio solo nel caso in cui i soci interessati non rappresentino una porzione di capitale sociale tale da integrare i requisiti di cui all'*art. 2377, c. 3, c.c.*⁴⁴ Sulla base di quest'ultimo presupposto non si potrebbe ammettere la fondatezza di un'azione di responsabilità *ex art. 2393 c.c.* derivante da negligenza dell'amministratore che non ha impugnato la delibera annullabile solo qualora l'atto viziato sia lesivo di diritti delle minoranze.

All'impugnazione delle deliberazioni invalide si è anche attribuito il carattere di «*doverosità condizionata*»,⁴⁵ sottolineando come l'obbligo od onere di impugnare

⁴³ SACCHI e VICARI, *Invaldità delle deliberazioni assembleari*, in CAGNASSO e PANZANI (opera diretta da), *Le nuove s.p.a.*, cit., 657.

⁴⁴ ZANARONE, *La disciplina delle deliberazioni annullabili*, in COLOMBO e PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, cit., 354. L'Autore ha parlato di legittimazione degli amministratori all'impugnazione di delibera annullabile come legittimazione «*speciale*».

⁴⁵ CENTOZE, *La delibera nulla: nuove tendenze interpretative e profili di disciplina*, in ABBADESSA e PORTALE (diretto da), *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2007, 346; D'ALCONTRES, *L'invaldità delle deliberazioni di assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, in PORTALE e ABBADESSA

STUDI E OPINIONI

AMMINISTRATORI E IMPUGNAZIONE DELLE DELIBERE ASSEMBLEARI

dipenda dal livello di gravità del vizio da cui la deliberazione è affetta nel caso specifico. Tale statuizione pare riconducibile alla nozione di «*potere-dovere*»⁴⁶ di impugnare, in quanto la doverosità sussiste solo se gli amministratori ritengono che vi siano i presupposti di gravità all'uopo richiesti. Seguendo questa rigida impostazione, anteriormente alla riforma era invalsa tra gli interpreti la tesi per cui mentre il vizio di nullità implicava sempre l'obbligatoria impugnazione da parte dell'organo amministrativo, lo stesso non si verificava per le delibere impugnabili *ex art. 2377 c.c.* I soli casi di annullabilità avrebbero infatti potuto essere soggetti a valutazioni meno rigide e graduate secondo diversi livelli di gravità, non implicando sempre il dovere degli amministratori di impugnare.⁴⁷

Ciononostante, la più recente dottrina⁴⁸ - recepita dalle ultime pronunce giurisprudenziali⁴⁹ - ha convertito la sopraccennata lettura e affermato l'avvenuto superamento della contrapposizione tra vizi, in un'ottica di ancora maggior autonomia dell'articolato "microsistema delle invalidità degli atti societari". Alla luce del riformato testo normativo, risulta infatti inevitabile dar conto dell'avvicinamento delle due categorie - mediante figure quali le "nullità sanabili" - e di istituti e preclusioni processuali diretti alla restrizione dell'ambito dell'impugnabilità delle delibere globalmente intese.

La decisione circa l'opportunità di impugnare la delibera annullabile rientra quindi tra le scelte discrezionali orientate alla correttezza gestionale che - in seguito al processo di «*verticizzazione della direzione*»⁵⁰ derivante dall'ultima formulazione dell'art. 2380-bis, c. 1, c.c. - gli amministratori devono perseguire in modo esclusivo. L'organo gestorio, al fine di determinarsi circa l'impugnazione o l'inerzia, dovrebbe procedere a una doppia serie di valutazioni prognostiche tese a prospettare le possibili conseguenze che deriverebbero in seguito all'avvenuto annullamento o all'esecuzione della delibera in questione.⁵¹ Tale analitico criterio di valutazione si pone in linea di continuità con l'interpretazione data dalla letteratura al concetto giuridico indeterminato di «*obbligo di motivazione*». Questo grava, per l'appunto, sugli amministratori in sede di redazione della relazione sulla gestione, nella quale verrà dato conto del fatto che le

(diretto da), Liber amicorum *Gian Franco Campobasso*, cit., 187; LENER, *Annullabilità delle deliberazioni*, in NICCOLINI e D'ALCONTRES (a cura di), in *Società di capitali*, cit., 553.

⁴⁶ CHIAPPETTA, *Annullabilità delle deliberazioni*, in *Assemblea*, in MARCHETTI e A. (diretto da), *Commentario alla riforma*, Milano, 2006, 274.

⁴⁷ ABRIANI, *Il rilievo d'ufficio della nullità delle delibere assembleari*, in *Studi in onore di Gastone Cottino*, I, Padova, 1997, 579.

⁴⁸ MONTALENTI, *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, cit., 356.

⁴⁹ Cfr. Cass., 28 gennaio 2015, n. 1727, in www.ilcaso.it e Trib. Roma, 15 giugno 2015, in *Le società*, 2016, 419 ss., con nota di SIMONE, *Nullità delle decisioni dei soci di società a responsabilità limitata prese in assenza assoluta di informazione*, ivi, 427 ss..

⁵⁰ MONTALENTI, *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, cit., 128.

⁵¹ Cass. 5 giugno 2003, n. 8992, in *Foro it.*, 2003, I, 3007.

STUDI E OPINIONI

AMMINISTRATORI E IMPUGNAZIONE DELLE DELIBERE ASSEMBLARI

scelte gestionali derivino da una valutazione prognostica dell'esito delle alternative. Se ne deduce anche il potenziamento del ruolo di vigilanza dell'organo.⁵²

Tuttavia, a far venir meno questo carattere legittimo o doveroso, sembrerebbe prestarsi l'orientamento che esclude che l'annullabilità della delibera possa essere sollevata d'ufficio o eccepita in giudizio.⁵³ L'eccezione che giustifichi il rifiuto di eseguire una delibera di cui si afferma l'annullabilità con l'osservazione del criterio di diligenza manageriale - elevata al grado di "diligenza professionale" dal nuovo art. 2392, c. 1, c.c. - è stata considerata⁵⁴ infondata. Nello specifico, essa parrebbe presupporre la prevalenza della regola sulla diligenza dettata dall'art. 2392, c. 1, c.c. rispetto a quella di cui all'art. 2380-bis, c. 1, c.c. e, di conseguenza, un'eccessiva restrizione della discrezionalità manageriale.

Sempre nell'ottica di un orientamento che identifica l'azione *ex art. 2377 c.c.* come servente l'interesse sociale, ulteriori considerazioni sono state spese in merito alla possibilità di tutelare un interesse non patrimoniale.⁵⁵ Quest'ultima lettura pare tuttavia porsi in dissonanza con l'accezione di interesse sociale sostenuta da dottrina maggioritaria e recepita altresì in sede giurisprudenziale. La natura marcatamente aziendalistica e dotata di una preponderante componente economico-remunerativa⁵⁶ sembrano appunto deporre a favore di una connotazione patrimoniale dell'interesse perseguito dall'azione *ex art. 2377 c.c.*

Un dato normativo apparentemente favorevole alla facoltatività dell'impugnazione degli amministratori consiste, invece, nel fatto che la scelta di astenersi dall'impugnazione non debba da questi essere formalmente motivata: l'art. 2428 c.c., che indica il contenuto della relazione sulla gestione, tace sul punto. Tale silenzio sembra coniugarsi malamente con l'efficace sistema costruito a garanzia del diritto di informazione in ambito societario dall'intervento riformatore.⁵⁷ L'*omissum* normativo ha suscitato particolari perplessità in dottrina, a causa delle conseguenze

⁵² CHIAPPETTA, *Commento all'art. 2377*, in *Assemblea*, in MARCHETTI e A. (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, cit., 275 e MONTALENTI, *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, cit., 134 e 135.

⁵³ MINERVINI, *Sulla legittimazione*, cit., 291.

⁵⁴ SANZO, *Commento all'art. 2377 c.c.*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI, *Il nuovo diritto societario*, cit., 613 ss..

⁵⁵ SACCHI, *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, in P. ABBADESSA e G.B. PORTALE (diretto da), in *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, cit., 154.

⁵⁶ Cf. JAEGER, *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 795 e MONTALENTI, *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, 93 ss.. Per la trasposizione giurisprudenziale dello stesso principio si vedano Trib. Milano, 31 gennaio 2005, in *Giur. it.*, 2005, 1865, con nota di S. A. CERRATO e, in termini ancora più chiari, Trib. Torino, 13 luglio 1978, in *Giur. comm.*, 1979, II, 129.

⁵⁷ Cf. MONTALENTI, *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, cit., 255 ss. per una ricostruzione del tema dell'informazione infrasocietaria e in fragruppo, con particolare attenzione ai cambiamenti importati dalla riforma del diritto societario.

STUDI E OPINIONI

AMMINISTRATORI E IMPUGNAZIONE DELLE DELIBERE ASSEMBLEARI

rispetto alla salvaguardia dei diritti delle minoranze, tema considerato tra i capisaldi della riforma. Qualora la valutazione negativa degli amministratori in merito all'impugnazione si verificasse parallelamente all'impossibilità dei soci di avvalersi dello strumento impugnatorio, a causa del mancato raggiungimento delle soglie di cui all'art. 2377, c. 3, c.c., i piccoli azionisti rimarrebbero infatti sprovvisti di tutela reale.⁵⁸

3. Impugnazione e ruolo istituzionale degli amministratori

L'organo amministrativo esercita il potere di impugnazione di cui all'art. 2377 c.c. anche al fine di ottemperare al proprio mandato gestorio: tra i doveri degli amministratori vi è quello, inderogabilmente prescritto dall'art. 2380-bis c.c., di gestione esclusiva della società. Tale obbligo di azione finalizzata a realizzare l'oggetto sociale può essere ottemperato dagli amministratori secondo la loro discrezionalità, cioè con i mezzi che ad essi paiono più opportuni. Qualora, quindi, una delibera risulti contraria all'indirizzo di politica aziendale della società, gli amministratori potranno proporre istanza di annullamento, rifiutarne l'esecuzione e provvedere ad adeguarsi alla pronuncia giurisdizionale invalidatoria dell'atto societario. Questi obblighi discendono direttamente dal ruolo istituzionale degli amministratori e fanno parte di un'attività svolta anche in virtù del rapporto (ampiamente inteso) di fiducia e rappresentanza che lega gli amministratori ai soci.

I paragrafi che seguono (§ 2.3.1. e § 2.3.2.) prenderanno in esame l'atto di impugnazione dell'organo amministrativo sulla base di questa prospettiva.

3.1. Impugnazione degli amministratori nell'ambito del loro rapporto con i soci.

Altri nodi problematici della posizione degli amministratori rispetto ai soci e all'esercizio dell'azione *ex art. 2377 c.c.* si manifestano in relazione alle delibere annullabili adottate dall'assemblea nella sua totalità. Nonostante recenti orientamenti dottrinali⁵⁹ abbiano rimesso in discussione la possibilità degli amministratori di impugnare in tale circostanza, giurisprudenza autorevole e relativamente recente si è graniticamente schierata a favore di una più cauta soluzione, tesa a escludere la legittimazione dell'amministratore ad impugnare una delibera assembleare annullabile ma rappresentativa dell'intero capitale sociale. Nell'impugnabilità di una delibera viziata e approvata dalla totalità dell'assemblea attenta dottrina ha tuttavia ravvisato una

⁵⁸ Per un riferimento dottrinario strettamente connesso alla perplessità cui si è fatto cenno, si consulti SACCHI, *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, in ABBADESSA e PORTALE (diretto da), in *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, cit., 163.

⁵⁹ In questa direzione si veda, tra gli altri, SANZO, *Commento all'art. 2377 c.c.*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI, *Il nuovo diritto societario*, cit., 614.

STUDI E OPINIONI

AMMINISTRATORI E IMPUGNAZIONE DELLE DELIBERE ASSEMBLARI

pericolosa autorizzazione degli azionisti a non perseguire l'interesse sociale, denominato altresì rischio di «funzionalizzazione dell'impresa privata».⁶⁰

L'esclusione della legittimazione attiva in capo all'amministratore può avere una duplice motivazione, a seconda della natura che si riconduce a una delibera assembleare approvata dall'intero capitale sociale e diretta a realizzare interessi extra-sociali. Qualora si ritenga che l'unanimità dei voti con i quali l'adozione dell'atto è intervenuta sani il vizio stesso,⁶¹ la domanda di annullamento presentata da qualsivoglia soggetto sarebbe carente del presupposto processuale dell'interesse a impugnare e verrebbe rigettata dal giudice prima ancora di essere considerata nel merito. Se invece si ammette che nel medesimo scenario di totale consenso assembleare possa verificarsi un conflitto di interessi, potenzialmente dannoso per la società, ragioni diverse dalla mancanza di lesione dovrebbero essere addotte per supportare la tesi che esclude la legittimazione attiva.⁶²

A sostegno dell'assenza di titolarità ad agire in questo caso potrebbe concorrere la qualificazione di «legittimazione straordinaria»,⁶³ che è stata attribuita all'impugnazione degli amministratori. Dal carattere della straordinarietà si inferisce che l'azione è preclusa agli amministratori (o ai sindaci) qualora la medesima sia già stata esercitata dagli altri soggetti legittimati. L'impugnazione degli amministratori pare così finalizzata a tutelare primariamente i soggetti rappresentativi di una porzione del capitale sociale inferiore alla soglia minima di accesso all'istanza di annullamento. Qualora vi fosse l'assenso dell'intero capitale sociale per l'adozione di una delibera, non esisterebbero soci propriamente danneggiati dalla stessa, in quanto nessuno può venir leso da condotta a sé imputabile. L'esercizio dell'azione da parte degli amministratori volta al solo fine di sopperire a un insufficiente requisito processuale non avrebbe quindi ragione di essere effettuato.

⁶⁰ Cf. JAEGER, *L'interesse sociale*, cit., 180 ss. e MINERVINI, *Deliberazioni assunta da tutti i soci in conflitto di interessi con la società*, in *Scritti giuridici*, cit., 353. Trib. Roma, 15 giugno 2015, in *Le società*, 2016, 419 ss.. *Contra*, Cass., 20 giugno 1958, n. 2148 e Cass., 25 ottobre 1958, n. 3471, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, 585. Indipendentemente dall'autorevolezza dell'organo giurisdizionale di vertice pronunciato in tal senso, i precedenti della Cassazione sono considerati «non particolarmente significativi» da SANZO, *Commento all'art. 2377 c.c.*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI, *Il nuovo diritto societario*, cit., 614.

⁶¹ Trib. Roma, 15 giugno 2015, in *Le società*, 2016, 419 ss.. Per i primi studi sul tema, cfr. già NOBILI, *Contributo allo studio del diritto d'opzione nelle società per azioni*, Milano, 1958, 208.

⁶² Sempre per il dibattito sviluppatosi anteriormente alla riforma del 2003, cfr. TRIMARCHI, *Invalidezza delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milano, 1958, 242, e, *contra*, OPPO, *Amministratori e sindaci di fronte alle deliberazioni assembleari invalide*, in *Diritto delle società*, cit., 387, i quali si concentrano, in particolare, sulla questione dell'impugnazione degli amministratori e il rischio che essa si sovrapponga alla valutazione del giudice.

⁶³ ZANARONE, *La disciplina delle deliberazioni annullabili*, in COLOMBO e PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, cit., 354.

STUDI E OPINIONI

AMMINISTRATORI E IMPUGNAZIONE DELLE DELIBERE ASSEMBLARI

Dal carattere straordinario dell'azione di impugnazione degli amministratori sembrerebbe anche discendere l'inammissibilità di un intervento adesivo da parte degli amministratori, nel caso in cui altri soggetti legittimati abbiano esercitato l'impugnazione.

A causa di questa circostanza elementi eventualmente utili o decisivi ai fini della definizione della controversia potrebbero essere sottratti all'esame del giudice. La stessa conclusione sembra produrre risvolti negativi anche se raffrontata dalla lettera del settimo comma dell'art. 2377 c.c.. Quest'ultimo stabilisce infatti che l'efficacia della pronuncia di annullamento della delibera si estende a tutti i soci, mentre in capo agli amministratori (e al collegio sindacale) sorge il solo obbligo di esecuzione (o di non esecuzione). Applicando il principio interpretativo per cui "*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*", autorevole dottrina⁶⁴ ha rilevato che l'unico modo per garantire l'estensione dell'efficacia di una pronuncia di annullamento agli amministratori sarebbe la previsione del litisconsorzio necessario *ex art. 102 c.p.c.* nella vicenda impugnatoria di specie. A tale "esigenza di tutela" degli amministratori non si è inoltre sottratta parte (minoritaria) della giurisprudenza, che ha ammesso l'intervento litisconsortile.⁶⁵ Questa conclusione presuppone che la delibera possa dispiegare i suoi effetti solo nei confronti degli amministratori presenti in giudizio, in quanto alla declaratoria di annullamento viene riconosciuta efficacia *ex nunc*.⁶⁶ I primi sostenitori della retroattività dell'annullamento affermano che, qualora la delibera venga annullata a seguito di impugnazione di soggetti diversi dagli amministratori, questi ultimi rischierebbero di incorrere nella responsabilità per esercizio negligente delle proprie funzioni.⁶⁷ Tuttavia, tale argomento non si concilia con il concetto di legittimazione «speciale»⁶⁸ sopraccennato e si pone in maniera problematica in un contesto che nega la possibilità di intervenire adesivamente in giudizio da parte dell'amministratore.

Ciononostante, l'ammissibilità di un intervento adesivo dell'organo gestorio potrebbe rinvenirsi nell'art. 2377, c. 7, c.c., a mente del quale "*l'annullamento della deliberazione ha effetto rispetto a tutti i soci ed obbliga gli amministratori, il consiglio di sorveglianza e il consiglio di gestione a prendere i conseguenti provvedimenti sotto la propria responsabilità*". Dal tenore letterale della disposizione si ricava che gli amministratori non sono sforniti di poteri con cui intervenire stragiudizialmente per

⁶⁴ ZANARONE, *La disciplina delle deliberazioni annullabili*, in COLOMBO e PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, cit., 356.

⁶⁵ Nel senso dell'ammissibilità dell'intervento si è espressa Corte App. Milano, 1° giugno 1954, in *Foro it.*, 1955, I, 576. L'orientamento maggioritario non ha tuttavia accolto la tesi dell'ammissibilità di un intervento adesivo. In quest'ultima direzione, si vedano Cass., 6 dicembre 1955, n. 3841, in *Foro it.*, 1956, I, 6 e Corte App. Venezia, 5 maggio 1960, in *Dir. fall.*, 1960, II, p. 895.

⁶⁶ ZANARONE, *ibidem*.

⁶⁷ OPPO, *Diritto delle società*, in *Scritti giuridici*, II, 1992, Padova, 355.

⁶⁸ MINERVINI, *Sulla legittimazione*, cit., 291 ss..

STUDI E OPINIONI

AMMINISTRATORI E IMPUGNAZIONE DELLE DELIBERE ASSEMBLEARI

rimuovere o modificare la delibera viziata. Essi potrebbero far uso del proprio potere di convocazione dell'assemblea al fine di tentare di persuadere i soci ad annullare o sostituire la delibera. Nel caso in cui l'invito degli amministratori sortisse esito positivo, questi eviterebbero di incorrere nella responsabilità discendente dall'esecuzione di una delibera illegittima, senza che sia necessaria un'impugnazione in sede giurisdizionale. Inoltre, al fine di non inficiare oltremodo il rapporto fiduciario che generalmente dovrebbe instaurarsi tra amministratori ed assemblea dei soci, sembrerebbe preferibile che i primi ricorressero allo strumento dell'impugnazione solo come *extrema ratio*. Questo sembra suggerito da autorevole dottrina, che ha affermato che gli amministratori si pongono «*in aperto contrasto con l'assemblea*»⁶⁹ nel momento in cui impugnano le delibere assembleari per ottenerne l'annullamento in sede giurisdizionale.

Infine, allineandosi all'orientamento che afferma l'obbligatorietà dell'impugnazione degli amministratori, è ravvisabile un'altra questione dubbia. Dal momento che l'art. 2377, c. 2, c.c. individua altresì il collegio sindacale quale organo titolare della legittimazione attiva, si verifica una sovrapposizione di funzioni che potrebbe condurre a una "eterogenesi dei fini". Il rischio che si verificherebbe è analogo a quello del potenziale conflitto di competenze negativo che autorevole dottrina ha paventato anche illustrando il complesso «*network*»⁷⁰ (o «*patchwork*»⁷¹) del sistema dei controlli societari successivo alla riforma del 2003.

Il rapporto tra interesse della società e il suo perseguimento da parte degli amministratori attraverso l'impugnazione della delibera pone ulteriori interrogativi se considerato nell'ambito delle società di capitali a partecipazione pubblica. In siffatte realtà l'identificazione dell'interesse sociale è meno agevole, dal momento che il capitale sociale è in parte o totalmente detenuto da un socio di natura pubblica. Dottrina e giurisprudenza si sono divise nel far prevalere l'interesse di natura privatistica della società o quello di cui è portatore il soggetto pubblico. Dall'adesione all'una o all'altra tesi discendono orientamenti in merito alla disciplina applicabile e alle posizioni soggettive oggetto di tutela giurisdizionale del caso. La riflessione è quindi funzionale alla risoluzione di questioni di giurisdizione così come di quelle di diritto sostanziale. L'interpretazione oggi maggioritaria ravvisa come prevalente l'interesse di natura privatistica,⁷² nonostante talune società siano interamente partecipate da enti pubblici ed

⁶⁹ BIANCHI, *Gli amministratori di società di capitali*, cit., 210.

⁷⁰ MONTALENTI, "La s.r.l. tra flessibilità e innovazione", in occasione della conferenza *La s.r.l. tra innovazioni e tradizione*, Torino, 9 aprile 2015.

⁷¹ RESCIGNO, "La posizione e la responsabilità dei soci", nell'ambito della conferenza *La s.r.l. tra innovazione e tradizione*, cit..

⁷² SALINAS, *Società di capitali a partecipazione pubblica, revoca di amministratori e interesse sociale*, in *Giur. comm.*, 2014, II, 1019. Per un'illustrazione del panorama normativo alla base dell'attuale dibattito sull'interesse sociale, cfr. MONTALENTI, *Interesse sociale e amministratori*, in *Valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders: convegno in ricordo di Piergiusto Jaeger*, Milano, 2010, 82.

STUDI E OPINIONI

AMMINISTRATORI E IMPUGNAZIONE DELLE DELIBERE ASSEMBLARI

esistano realtà connotate da legami strettissimi con l'amministrazione pubblica, quali le cosiddette società "in house". Autorevole dottrina sottolinea però come l'attività gestoria sia diretta alla realizzazione delle strategie aziendali e delle linee di sviluppo della società, così che il principio regolatore dell'attività di gestione di cui all'art. 2380-bis c.c. deve essere considerato flessibile. L'art. 2380-bis c.c. detta infatti una «*mera regula finium regundorum tra amministratori e soci relativamente agli atti gestori*»,⁷³ in grado di adattarsi alla realtà societaria del caso specifico. Dalle precedenti considerazioni emerge come nelle ipotesi di società a partecipazione pubblica il particolare rapporto che si instaura tra gli amministratori e i soci e le inevitabili interazioni tra interessi eterogenei condurranno gli amministratori a esercitare l'azione di cui all'art. 2377 c.c. in seguito a valutazioni ancora più complesse.⁷⁴

3.2. Effetti dell'annullamento sul dovere di esecuzione delle delibere.

Nell'ambito della dialettica tra soci e amministratori, di non secondaria importanza pare il tema degli effetti della eventuale pronuncia di annullamento della delibera e la possibilità da parte dei soggetti interessati di farne valere l'esecutorietà. A tal proposito, il settimo comma dell'art. 2377 c.c. nella sua prima parte stabilisce che «*l'annullamento della deliberazione [...] obbliga gli amministratori, il consiglio di sorveglianza e il consiglio di gestione a prendere i conseguenti provvedimenti sotto la propria responsabilità*».⁷⁵

Per quanto attiene alla decorrenza degli effetti della sentenza di annullamento in relazione al dovere di esecuzione degli amministratori, è opportuno domandarsi se questa si verifica a partire dal passaggio in giudicato della pronuncia o se è possibile configurare l'immediata esecutività della stessa.⁷⁶ Quest'ultima posizione estenderebbe il principio della L. 353/1990 - che ha inserito la regola dell'esecutività delle sentenze di primo grado non passate in giudicato nel corpo dell'art. 282 c.p.c. - della provvisoria esecutività delle pronunce di primo grado anche alla materia oggetto di trattazione, in assenza di una espressa previsione legislativa in tal senso.

Dalla soluzione positiva o negativa del quesito derivano conseguenze non indifferenti rispetto al dovere degli amministratori di adeguare la situazione di fatto alla sentenza e all'eventualità che il giudice possa esercitare un potere di coazione nei loro confronti.

⁷³ MONTALENTI, *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, cit., 241.

⁷⁴ SALINAS, *Società di capitali a partecipazione pubblica, revoca di amministratori ed interesse sociale*, cit., 1021.

⁷⁵ Art. 2377, c. 7, c.c..

⁷⁶ Per la soluzione negativa v. Trib. Bologna, ord. 10 aprile 2013, n. 1521, in *Giur. comm.*, 2014, II, 888, con nota di DONADIO, *Effetti di esecutività delle sentenze di annullamento delle deliberazioni di nomina degli amministratori di s.p.a.*, ivi, 894 ss.

STUDI E OPINIONI

AMMINISTRATORI E IMPUGNAZIONE DELLE DELIBERE ASSEMBLEARI

Giurisprudenza e dottrina autorevoli⁷⁷ hanno riconosciuto l'efficacia delle sole sentenze di annullamento divenute definitive, già prima della riforma del 2003. La costruzione dottrinale si fonda sulla qualità costitutiva di siffatte sentenze, mentre in sede giudiziale altre argomentazioni sono state addotte a sostegno della medesima tesi. La questione è sorta soprattutto in ambito fallimentare, dove è stato affermato che solo alcuni effetti condannatori delle sentenze possono anticiparsi. In particolare, questo orientamento ha reputato che - prima ancora della formazione del giudicato in senso formale - i soli capi condannatori e compatibili con il successivo effetto costitutivo della sentenza definitiva possono considerarsi immediatamente esecutivi.⁷⁸ Tale orientamento è stato confermato dalla giurisprudenza di legittimità anche in materia di invalidità delle deliberazioni assembleari. In questo settore - trovando altresì il favore della letteratura prevalente⁷⁹ - la medesima conclusione è stata raggiunta passando attraverso altre argomentazioni, che hanno portato ad escludere l'incompatibilità tra l'esecuzione successiva alla formazione del giudicato formale e la *ratio* degli artt. 2377 ss. c.c..

Le norme codicistiche intendono, appunto, fornire uno strumento impugnatorio che non pregiudichi l'andamento dell'attività commerciale della società. Se si prevedesse l'automatica efficacia della sentenza ancor prima del suo passaggio in giudicato, verrebbe compromesso il legittimo affidamento delle controparti contrattuali della società. Queste ultime, al fine di ovviare agli eventuali gravi pregiudizi che l'esecuzione della delibera annullata da sentenza non ancora passata in giudicato potrebbe cagionare, avrebbero tuttavia a disposizione lo strumento cautelare di cui all'art. 2378 c.c..

Un altro profilo legato agli effetti dell'annullamento nei confronti degli amministratori riguarda l'incidenza condannatoria che il dispositivo della pronuncia di invalidità può assumere. La lettura recentemente prevalsa in giurisprudenza⁸⁰ risulta coerente con il principio di esclusività dell'attività gestoria sancito all'art. 2380-bis, c. 1, c.c.. Questo orientamento recepisce la tesi dottrinale⁸¹ che qualifica il sindacato del giudice che conosce dell'invalidità delle deliberazioni assembleari come di mera legittimità. Lungi dall'emettere ordini cogenti, l'organo giudicante deve infatti limitare la propria ingerenza suggerendo al più le modifiche da apportare alla delibera impugnata, nell'ambito del tentativo di conciliazione.⁸² Gli strumenti delle azioni di responsabilità

⁷⁷ Cfr., Trib. Milano, 7 novembre 2003, in *Giur. it.*, 2004, 340 e, in dottrina, ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in COLOMBO e PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, cit., 344.

⁷⁸ Si veda, in questo senso, Cass., 29 luglio 2011, n. 16737, in *Dir. fall.*, 2012, II, 133 e per l'indirizzo contrario Trib. Cuneo, 21 dicembre 2010, in *www.ilcaso.it*.

⁷⁹ Cfr. MEO, *Effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in ABBADESSA e PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, cit., 301.

⁸⁰ V. Trib. Bologna, 10 aprile 2013, n. 1521, cit., 888 ss..

⁸¹ GALGANO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Padova, 2009, 201.

⁸² Art. 2378, c. 4, c.c..

STUDI E OPINIONI

AMMINISTRATORI E IMPUGNAZIONE DELLE DELIBERE ASSEMBLEARI

sociale degli amministratori (*ex artt.* 2393, 2395 e 2409 c.c.) e il potere di convocazione dell'assemblea *ex art.* 2367 c.c. fungono, tuttavia, da contraltari ai limiti che il giudice incontra nell'emanare provvedimenti condannatori o propulsivi nei confronti degli amministratori. In occasione dell'assemblea, i soci potrebbero cercare di superare l'*impasse* dovuta al rifiuto dell'organo amministrativo di dar esecuzione alla sentenza di annullamento nominando nuovi amministratori. Non sono tuttavia mancate pronunce giurisprudenziali dal contenuto marcatamente condannatorio,⁸³ le quali hanno stimolato le critiche della dottrina.⁸⁴ Ciononostante, in situazioni nelle quali il rinnovato esercizio della discrezionalità da parte dell'organo amministrativo in seguito alla sentenza caducatoria risultasse vincolato, la giurisprudenza ha considerato legittimo il proprio intervento ordinatorio e condannatorio.⁸⁵ Qualora, in ipotesi, venisse dichiarata nulla una delibera di approvazione del bilancio, la mera pronuncia del giudice non sarebbe completamente soddisfattiva per i soggetti impugnanti. Lo stesso ragionamento parrebbe applicabile alle delibere negative caducate in seguito al vittorioso esperimento dell'azione di cui all'*art.* 2377 c.c.. Diversamente da quanto accade in altri ordinamenti⁸⁶ (e da quanto prevedeva il nostro codice del commercio del 1882) il sistema di invalidità *ex art.* 2377 ss. c.c. non contempla rimedi positivi che conferiscano all'organo giudicante poteri di condanna o di "annullamento propulsivo".

Tale limitazione dei poteri del giudice rende, in alcune ipotesi, meno agevole la realizzazione dell'interesse dei soggetti impugnanti. In un'ottica deflattiva e contenitiva del contenzioso, il sistema subordina però l'effettiva tutela degli interessi dell'impugnante all'impiego di una complessa serie di attività non solo processuali. Nei casi cui si è fatto cenno, l'eventualità che l'organo amministrativo non si adegui alla pronuncia giudiziale, imporrebbe ai soggetti vittoriosi *ex art.* 2377 c.c. di far ricorso agli strumenti di cui agli *artt.* 2367 c.c. ed, eventualmente, all'azione di responsabilità.⁸⁷ Il carattere non immediatamente soddisfattivo di talune pronunce di annullamento potrebbe quindi avere effetti deterrenti dell'esercizio dell'azione di annullabilità. Di conseguenza, gli elevati costi e il protrarsi dei tempi necessari per giungere al completo soddisfacimento delle proprie pretese dovrebbero scoraggiare impugnazioni pretestuose, a vantaggio della stabilità degli atti assembleari. Ostacoli alla realizzazione dell'interesse del socio impugnante potrebbero anche comparire in sede cautelare,

⁸³ Trib. Milano, 30 maggio 1977, in *Giur. comm.*, 1977, II, 676 ss..

⁸⁴ Si veda, per tutti, COLOMBO, *Bilancio d'esercizio*, in COLOMBO e PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, cit., 457.

⁸⁵ Trib. Milano, 5 febbraio 1981, *Riv. dir. comm.*, 1981, II, 796.

Cf. Con la successiva Trib. Milano, 4 dicembre 1986, in *Società*, 1987, 412.

⁸⁶ Cf. FLEISCHER e AGSTNER, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari di s.p.a. Comparazione di sistemi tra path dependency e prospettive di riforma*, in *Riv. soc.*, 2014, 1226.

⁸⁷ Cf. MEO, *Effetti dell'invalidità delle delibere assembleari*, in ABBADESSA e PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, cit., 266 ss.. Si veda anche PISANI MASSAMORMILE, *Invalidità delle delibere assembleari. Stabilità ed effetti*, cit., 63 ss..

STUDI E OPINIONI

AMMINISTRATORI E IMPUGNAZIONE DELLE DELIBERE ASSEMBLEARI

qualora il giudice decidesse di subordinare l'accoglimento dell'istanza di sospensione al versamento di congrua cauzione.

Un distinto piano di discussione sul quale si sono confrontati i commentatori riguarda la qualificazione dell'annullabilità come vizio originario della delibera o vizio dotato di sola efficacia *ex nunc*. Dall'affermazione della natura costitutiva della sentenza di annullamento sembrerebbe discendere la validità degli effetti dispiegati dalla delibera nel periodo precedente alla pronuncia giudiziale. Avvicinando, tuttavia, il regime delle annullabilità a quello delle nullità, parte della dottrina ha riconosciuto il carattere originario del vizio di annullabilità, sostenendo la tesi dell'efficacia *ex tunc*.

Infine, ulteriori conseguenze sulla stabilità degli atti assembleari e delle attività commerciali ad essi connesse si producono in modo non coincidente a seconda che i termini di impugnazione previsti dalla norma vengano considerati come posti a pena di decadenza o di prescrizione.⁸⁸

4. Legittimazione passiva degli amministratori

4.1. Regola generale: la società convenuta in persona degli amministratori

Tra i poteri di rappresentanza degli amministratori, di cui all'art. 2384 c.c., è ricompresa la rappresentanza processuale, dal momento che «[i]l potere di rappresentanza attribuito agli amministratori dallo statuto o dalla deliberazione di nomina è generale».⁸⁹ Ne discende la regola per cui in caso di impugnazione di deliberazione assembleare, la società sarà convenuta in persona degli amministratori. Attenta dottrina⁹⁰ sostiene che nell'art. 2384 c.c. vi sia altresì trasposizione della regola di agire in giudizio *ex art 75 c.p.c.*

Gli amministratori agiscono, in virtù della propria carica istituzionale, rappresentando la società e quindi operando nell'interesse della stessa. Questo potere è riconosciuto loro dalla legge e si inserisce nell'ambito di un sistema in cui la *fiction iuris* della rappresentanza organica permette alle persone giuridiche di compiere atti giuridicamente vincolanti, sia in sede negoziale che in giudizio. Il consiglio di amministrazione delle società corrisponde, a grandi linee, alla figura dell'istitutore rispetto all'imprenditore. L'autonomia statutaria potrà poi modulare l'attribuzione del "potere di firma" mediante gli strumenti della delega e i mezzi di attribuzione di rappresentanza volontaria del diritto civile. Inoltre, è importante distinguere la rappresentanza "istituzionale" o "organica" degli amministratori dalla rappresentanza "volontaria", poiché queste due posizioni potrebbero confluire in capo alla medesima persona fisica. Gli amministratori potrebbero, in ipotesi, essere investiti di una procura

⁸⁸ Per considerazioni su come la qualificazione di termini impugnatori a pena di decadenza o di prescrizione rilevi anche ai fini della stabilità degli atti assembleari, cfr. GENOVESE, *Le fattispecie tipiche di invalidità*, in ABBADESSA e PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, cit., 236.

⁸⁹ Art. 2384, c. 1, c.c..

⁹⁰ GABOARDI, *La rappresentanza processuale della società*, in *Riv. soc.*, 2014, 794.

STUDI E OPINIONI

AMMINISTRATORI E IMPUGNAZIONE DELLE DELIBERE ASSEMBLEARI

ad hoc, contenente l'incarico di concludere un determinato negozio giuridico in qualità di procuratore della società. In tali eventualità è stato ravvisato un cumulo nella persona dell'amministratore di funzioni che restano distinte.⁹¹ Conseguentemente, i singoli amministratori che concludono un negozio giuridico in nome e per conto della società agiscono non come organi societari, ma come meri rappresentanti. Quindi, l'eventuale destituzione dalla carica non avrà influenza sulla procura, a meno che quest'ultima venga revocata. Tuttavia, l'ultimo orientamento in materia di rappresentanza organica sembra far venir meno questa distinzione, riconducendo i profili di rappresentanza negoziale e processuale ad un piano comune, inscindibilmente legato alla titolarità dell'organo.⁹²

Ancora, dal combinato disposto degli artt. 2384 c.c. e 2328, c. 2, n. 9, c.c. è possibile comprendere l'insopprimibilità del ruolo rappresentativo degli amministratori rispetto alla società. Nell'atto costitutivo della società devono infatti essere altresì riportati «*i loro poteri [degli amministratori], indicando quali tra essi hanno la rappresentanza della società*».⁹³ Di conseguenza, gli amministratori non potrebbero declinare a un terzo la rappresentanza processuale, anche se non necessariamente tutti i consiglieri dovranno vedersi destinatari di una procura alle liti. Ciò non esclude che si possa prevedere una rappresentanza processuale di carattere volontario, ma da affiancare a quella istituzionalmente prevista, dal momento che un fenomeno "abdicativo" delle prerogative affidate *ex lege* all'organo amministrativo non può configurarsi.⁹⁴

4.2. Impugnazione degli amministratori in conflitto di interessi

Indipendentemente dalla necessità o volontarietà della rappresentanza processuale⁹⁵ sopra illustrata, questa deve essere estrinsecazione dell'interesse dell'ente. Quindi, l'agire rappresentativo non trova giustificazione esclusivamente nella necessità per "la società-persona giuridica" di essere sostituita nel compimento di atti processuali e negoziali. I rappresentanti della società agiscono anche (e *in primis*) in ragione del rapporto di fiducia che li lega ai soci, soggetti dei quali, implicitamente, curano gli interessi. L'amministratore che esercita il proprio potere rappresentativo agisce gestendo l'interesse della società, da intendersi come soggetto distinto. Questo ruolo, ricoperto dagli amministratori in ambito processuale, è coerente con quello di gestori dell'interesse sociale che in termini più generali l'ordinamento attribuisce loro e che

⁹¹ GABOARDI, *La rappresentanza processuale della società*, cit., 793.

⁹² PRESTI e RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale, II*, Bologna, 2013, 155 e MANDRIOLI, *La rappresentanza*, in CARRATTA (a cura di), *Diritto processuale civile*, Torino, 2011, 356.

⁹³ Art. 2328, co. 2, n. 9, c.c..

⁹⁴ GABOARDI, *La rappresentanza processuale della società*, cit., 819.

⁹⁵ GABOARDI, *La rappresentanza processuale della società*, cit., 802.

STUDI E OPINIONI

AMMINISTRATORI E IMPUGNAZIONE DELLE DELIBERE ASSEMBLARI

viene da essi svolto attraverso il compimento di atti i cui effetti si riversano direttamente in capo alla società.

In caso contrario sussiste la questione dell'amministratore che compie l'atto di impugnazione agendo in conflitto di interessi, ovvero cumuli la posizione di rappresentante sociale e portatore di interessi individuali propri o di terzi. Tuttavia, qualora l'amministratore si adoperi per realizzare interessi extra-societari rispetto a quanto lo stesso è tenuto a perseguire in virtù del suo ruolo, non si verifica necessariamente una lesione della società. La moltiplicazione degli interessi si ha con sempre maggior frequenza nelle realtà societarie inserite nei gruppi, nelle quali tale genere di problemi è strutturalmente immanente. Recependo le tesi di autorevole dottrina,⁹⁶ il legislatore del 2003 ha infatti riformulato gli artt. 2497, c. 1, c.c. e 2634 c.c. al fine di introdurre criteri per riequilibrare e risolvere le eventuali tensioni tra realizzazione dell'oggetto sociale e le posizioni di interesse individuale di cui possono essere portatori gli organi di gestione o le società del gruppo che esercitano un potere dominante. Nello specifico, le disposizioni pocanzi citate predispongono, rispettivamente, le regole da seguire in caso di operazioni in regime di direzione unitaria⁹⁷ e la "teoria dei vantaggi compensativi" che rileva come criterio discretivo ai fini dell'applicazione della disciplina panale in tema di infedeltà patrimoniale del soggetto gestorio interessato.

Un'ipotesi di amministratore in conflitto di interessi con la società che prescinde dalla complessità della compagine sociale di riferimento è quella dell'impugnazione della delibera assembleare operata dallo stesso amministratore. Più precisamente, nel momento in cui la società sta in giudizio in persona degli amministratori viene realizzata una *contemplatio domini* di carattere processuale. La spendita del nome in questa sede implica che gli amministratori sono abilitati ad esercitare tutti i poteri del diritto di azione di cui all'art. 24 della Costituzione. Nel caso di impugnazione di delibera assembleare, però, l'orientamento prevalente in dottrina e in giurisprudenza⁹⁸ ritiene che gli amministratori non possono instaurare il rapporto processuale nelle vesti di rappresentanti della società. Qualora, infatti, siano proprio gli amministratori a impugnare la delibera assembleare, sembrerebbero ravvisarsi gli estremi per l'applicazione dell'art. 78 c.p.c.. Pertanto, gli amministratori dovrebbero presentare al giudice di fronte al quale è stato impugnato l'atto assembleare istanza di nomina di un curatore speciale. Isolate pronunce⁹⁹ hanno affermato il principio per cui alla mera

⁹⁶ MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 710 ss.

⁹⁷ MONTALENTI, *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, cit., 154 ss.

⁹⁸ CARRATTA, *Procedimento di impugnazione*, in CHIARLONI (diretto da), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2008, 1416.

⁹⁹ CARRATTA, *Procedimento di impugnazione*, in CHIARLONI (diretto da), *Il nuovo processo societario*, cit., 1416, nota 33.

STUDI E OPINIONI

AMMINISTRATORI E IMPUGNAZIONE DELLE DELIBERE ASSEMBLARI

potenzialità del conflitto di interessi tra amministratore impugnante e società convenuta in persona dell'amministratore medesimo non consegua la nomina *ex art. 78 c.p.c.*.

Altresì favorevole al mantenimento del ruolo di rappresentante processuale dell'amministratore in conflitto di interessi sembrerebbe l'orientamento secondo il quale gli atti processuali non sono, di solito, preordinati alla realizzazione dell'oggetto sociale.¹⁰⁰ Solo atti negoziali o a contenuto negoziale compiuti dagli amministratori in rappresentanza della società sarebbero, secondo questa visione, assoggettabili alla regola di cui all'art. 2380-*bis* c.c. e agli *standard* di diligenza gestoria che se non rispettati implicano l'incorrere nella responsabilità amministrativa. Tuttavia, questo tipo di osservazioni non sembrerebbe condivisibile qualora si consideri che il determinarsi all'impugnazione da parte dell'organo amministrativo è esito di una valutazione che pare inserirsi nell'ambito degli atti gestori.¹⁰¹

Taluni interpreti,¹⁰² individuando nell'art. 78 c.p.c. la disciplina applicabile in siffatte ipotesi al fine di superare la situazione di conflitto, hanno ravvisato un parallelismo tra questo strumento e la versione antecedente alla riforma dell'art. 2391 c.c.. Esso dettava la disciplina atta a risolvere il problema del conflitto di interessi in campo sostanziale, prevedendo l'obbligo di astensione dalla partecipazione alle deliberazioni rispetto alle quali si configurava il conflitto. La nomina di un curatore speciale, che agisca in giudizio in luogo dell'amministratore in conflitto di interessi, consentirebbe di sottrarre a quest'ultimo il potere di rappresentanza processuale, così come l'originario art. 2391 c.c. estraniava l'amministratore in conflitto dal procedimento deliberativo.

Dalla situazione di conflitto di interessi deriva perciò una limitazione dell'agire rappresentativo dell'amministratore, esclusivamente finalizzata ad evitare l'abuso del potere di rappresentanza sociale, la cui sussistenza - sancita all'art. 2384 c.c. - non è però messa in discussione. Distinto è quindi il caso di "eccesso di potere", configurabile in caso di violazione dei limiti indicati nell'atto costitutivo *ex art. 2328, c. 2, n. 9, c.c.*

Parte della dottrina¹⁰³ si è altresì domandata se il parallelismo tra il ruolo dell'amministratore di rappresentare la società e la regola dell'art. 2391 c.c. vada riconfermato dopo la riformulazione di quest'ultima disposizione, intervenuta nel 2003. Il dettato normativo oggi vigente in tema di interessi degli amministratori sostituisce l'obbligo dell'amministratore in conflitto di non partecipare all'*iter* deliberativo con un dovere di *disclosure*. Questi sarà tenuto a talune comunicazioni, così che l'attività deliberativa del consiglio possa svolgersi in modo informato e trasparente. Di fronte a tale obbligo dell'amministratore - il quale, più precisamente, «*deve dare notizia agli*

¹⁰⁰ GABOARDI, *La rappresentanza processuale della società*, cit., p. 810.

¹⁰¹ SACCHI e VICARI, *Invalità delle deliberazioni assembleari*, in CAGNASSO e PANZANI, (opera diretta da), *Le nuove s.p.a.*, cit., 688.

¹⁰² GABOARDI, *La rappresentanza processuale della società*, cit., 825.

¹⁰³ GABOARDI, *La rappresentanza processuale della società*, cit., 829.

STUDI E OPINIONI

AMMINISTRATORI E IMPUGNAZIONE DELLE DELIBERE ASSEMBLARI

altri amministratori e al collegio sindacale di ogni interesse che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società, precisandone la natura, i termini, l'origine e la portata; se si tratta di amministratore delegato, deve altresì astenersi dal compiere l'operazione, investendo della stessa l'organo collegiale, se si tratta di amministratore unico, deve darne notizia anche alla prima assemblea utile»¹⁰⁴
- è stata negata l'intervenuta abrogazione implicita delle norme processuali *ex art. 78 ss. c.p.c.*, dal momento che il nuovo art. 2391 c.c. non pare più applicabile analogicamente per regolare l'attività rappresentativa dell'amministratore di società. *De iure condendo*, è stato auspicato un intervento legislativo diretto ad adeguare le regole di cui all'art. 78 ss. c.p.c. al portato della riforma. In questo modo verrebbe eliminata la disparità di trattamento degli amministratori, che la disciplina vigente fa dipendere dall'ambito processuale o sostanziale di svolgimento della loro attività rappresentativa.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Art. 2391, c. 1, c.c..

¹⁰⁵ GABOARDI, *La rappresentanza processuale della società*, cit., 830.

LA PREDEDUZIONE DEL CREDITO DI RIVALSA IVA DEL PROFESSIONISTA NELLE PROCEDURE FALLIMENTARI

L'articolo, partendo dall'analisi della sentenza della Suprema Corte di Cassazione n. 13771 del 3 luglio 2015, ripercorre la problematica del credito di rivalsa Iva del professionista nelle procedure fallimentari.

Oltre ad una breve analisi dei precedenti giurisprudenziali che si sono pronunciati sull'argomento, l'autore si sofferma sulla posizione espressa dall'amministrazione finanziaria, ritenuta, a legislazione vigente, la soluzione maggiormente condivisibile.

L'articolo si conclude, infine, con la constatazione che, probabilmente, solo una modifica della normativa tributaria potrà risolvere definitivamente la problematica del credito di rivalsa Iva del professionista nelle procedure fallimentari.

di **DANIELE CAPOLUPO**

1. Il Caso prospettato

La sentenza della Suprema Corte trae origine dalla contestazione, sollevata da un avvocato, in merito alla decisione della Curatela di ammettere al passivo fallimentare in via chirografaria il credito di rivalsa Iva e quello a titolo di contributo integrativo per la Cassa di Previdenza Avvocati per una serie di prestazioni professionali eseguite dal legale in data anteriore alla dichiarazione di fallimento in favore del soggetto fallito.

Sia in primo grado che in Appello, l'avvocato si era visto negare la possibilità di ammissione del credito per rivalsa Iva in prededuzione e la collocazione in privilegio ex art. 2751 bis n. 2 c.c. della somma a titolo di contributo integrativo per la Cassa di Previdenza Avvocati.

In particolare, la Corte d'Appello riteneva che in merito all'ammissione al chirografo del credito a titolo di rivalsa Iva (nei cui confronti la parte aveva lamentato l'extra petizione, per non essere stata ancora emessa alcuna fattura), l'avvocato era carente a far valere la richiesta di prededucibilità. Inoltre, sempre la Corte Territoriale riteneva l'avvocato carente di interesse a far valere la richiesta di prededucibilità in quanto la stessa non era stata sollevata in sede di ammissione al passivo.

COMMENTI A SENTENZE

IVA DI RIVALSA DEL PROFESSIONISTA

A fronte della decisione dei Giudici di merito, il legale decideva di proporre ricorso in Cassazione dolendosi, con un primo e un secondo motivo, della statuizione della Corte territoriale in merito alla ritenuta presunta carenza di interesse a far valere la doglianza dell'ammissione al passivo del credito di rivalsa Iva che, secondo l'interpretazione prospettata dall'avvocato, nasce come prededucibile al momento del pagamento da parte del fallimento.

Con un terzo motivo, l'avvocato ribadiva che la somma dovuta a titolo di contributo previdenziale per la Cassa di Previdenza Avvocati è parte della retribuzione del professionista e rientra nella previsione dell'art. 2754 c.c., con conseguente applicazione del privilegio ex art. 2751 bis n. 2 c.c.

La Corte di Cassazione respingeva tutti i motivi di ricorso.

2. La decisione della Suprema Corte

Nel suo iter argomentativo, la Suprema Corte ha spiegato come il credito di rivalsa Iva del professionista che ha eseguito la prestazione nei confronti di un soggetto dichiarato poi fallito che, ammesso al passivo del fallimento per il capitale in via privilegiata, emetta fattura per il relativo compenso a seguito del pagamento in esecuzione del riparto parziale, non possa qualificarsi come un credito della massa da soddisfare in prededuzione ai sensi dell'art. 111 della legge fallimentare¹.

La Cassazione ha precisato come *“la disposizione del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, art. 6, secondo cui le prestazioni di servizi si considerano effettuate all'atto del pagamento del corrispettivo, non pone una regola generale rilevante in ogni campo del diritto, ma individua solo il momento in cui l'operazione è assoggettabile ad imposta e può essere emessa fattura (in alternativa al momento di prestazione del servizio), cosicché, in particolare, dal punto di vista civilistico la prestazione professionale conclusasi prima della dichiarazione di fallimento resta l'evento generatore anche del credito di rivalsa IVA, autonomo rispetto al credito per la prestazione, ma ad esso soggettivamente e funzionalmente connesso”*².

La Corte ha chiarito come l'art. 6 del D.P.R. N. 633 del 1972, seppur stabilisca che le prestazioni di servizi si considerano effettuate all'atto del pagamento del corrispettivo ed individua in tale il momento l'istante in cui l'operazione è assoggettabile ad imposta (e può pertanto essere emessa fattura in alternativa al

¹ In particolare la sentenza della Cassazione in commento specifica come *“ [...]il credito di rivalsa IVA di un professionista che, eseguite prestazioni a favore di imprenditore poi dichiarato fallito ed ammesso per il relativo capitale allo stato passivo in via privilegiata, emetta la fattura per il relativo compenso in costanza di fallimento (nella specie, a seguito del pagamento ricevuto in esecuzione di un riparto parziale), non è qualificabile come credito di massa, da soddisfare in prededuzione ai sensi della L. Fall., art. 111, comma 1, (applicabile nel testo "ratione temporis") [...]”*.

² Cfr. Cass. Civ., 3 luglio 2015, n. 13771.

COMMENTI A SENTENZE

IVA DI RIVALSA DEL PROFESSIONISTA

momento della prestazione del servizio), non pone una regola generale rilevante in ogni campo del diritto e soprattutto nel campo del diritto civile.

Nell'ambito civile, infatti, la prestazione professionale si è svolta e conclusa prima della dichiarazione di fallimento ed è prima della dichiarazione di fallimento che è sorto l'evento generatore del credito di rivalsa Iva.

Il credito Iva, pur rimanendo autonomo rispetto al credito per la prestazione professionale, è comunque ad esso soggettivamente e funzionalmente connesso.

Anche l'ulteriore richiesta avanzata dall'avvocato con il ricorso in Cassazione di riconoscere il privilegio ex art. 2751 bis n. 2 c.c. per la somma a titolo di contributo integrativo per la Cassa di Previdenza Avvocati è stata respinta dai Giudici di legittimità.

La Suprema Corte ha evidenziato, infatti, come *“per giurisprudenza consolidata, il contributo integrativo di cui alla L. n. 576 del 1980, art. 11, non costituisce “retribuzione”, da cui l'inapplicabilità dell'art. 2751 bis c.c., n. 2, nè rientra nella previsione dell'art. 2754 c.c., norma che, in funzione residuale rispetto all'art. 2753 c.c., si riferisce ai contributi dovuti dal datore di lavoro per le assicurazioni sociali in senso lato agli enti previdenziali [...]”*³.

La Cassazione ha ribadito, inoltre, che *“ai fini dell'ammissione al passivo fallimentare, i crediti del professionista per il rimborso del contributo integrativo da versarsi alla Cassa di previdenza avvocati e procuratori (al pari di quelli per rivalsa I.V.A.) hanno una collocazione diversa da quella spettante al credito per le corrispettive prestazioni professionali, atteso che essi non costituiscono semplici accessori di quest'ultimo, ma conservano una loro distinta individualità”*⁴.

In definitiva la Corte ha stabilito come non possa essere applicato al caso di specie l'art. 2754 c.c. poichè la norma richiamata dal ricorrente fa riferimento ai contributi dovuti dal datore di lavoro per le assicurazioni sociali in senso lato agli enti previdenziali e non al contributo integrativo della Cassa Previdenziale Avvocati.

I Supremi Giudici ricordano, inoltre, come il credito contributivo non costituisce accessorio al credito derivante dalla prestazione professionale, ma risulta caratterizzato da una propria individualità e come tale deve essere trattato.

A fronte delle citate motivazioni, la Corte di Cassazione conclude che le somme dovute a titolo di contributo integrativo da versarsi alla Cassa di Previdenza Avvocati non potranno godere dello stesso privilegio delle somme dovute a titolo di compensi professionali.

3. L'orientamento dell'Agenzia delle Entrate in merito al credito di rivalsa Iva

³ Cfr. Cass. Civ., 3 luglio 2015, n. 13771.

⁴ Cfr. Cass. Civ., 3 luglio 2015, n. 13771.

COMMENTI A SENTENZE

IVA DI RIVALSA DEL PROFESSIONISTA

L'Agenzia delle Entrate, intervenuta con la risoluzione n. 127/E del 3 aprile 2008 sulla problematica che ci occupa, ha fornito un'interpretazione in parte differente.

Secondo l'Agenzia, *“il professionista che si insinua al passivo nell'ambito di una procedura concorsuale, è portatore di un credito complessivo per prestazioni professionali, composto da imponibile ed imposta sul valore aggiunto, elementi strettamente collegati tra loro da un nesso inscindibile”*⁵.

Di conseguenza - conclude l'Ente - *“se il piano di riparto, approvato dal giudice fallimentare, dispone il pagamento parziale del credito riguardante le prestazioni professionali rese ante fallimento, ancorché lo stesso faccia riferimento alla sola voce imponibile iscritta tra i crediti privilegiati, sotto il profilo fiscale, i professionisti emetteranno fattura per un importo complessivo pari a quello ricevuto dal curatore, dal quale andrà scorporata l'Iva relativa. In altre parole, se l'importo liquidato dal giudice fallimentare risulta inferiore all'ammontare complessivo del credito professionale, comprensivo dell'IVA, il professionista al momento dell'emissione della fattura ridurrà proporzionalmente la base imponibile e la relativa imposta”*⁶.

In definitiva, secondo l'orientamento dell'Agenzia delle Entrate, la somma pagata dagli organi della procedura è già comprensiva di Iva e, pertanto, il professionista, quando emetterà fattura, dovrà scorporare l'Iva partendo dalla complessiva somma corrispostagli.

4. Considerazioni conclusive

Ad avviso di chi scrive, la Sentenza della Suprema Corte in commento è integralmente condivisibile in tutte le sue statuizioni.

In merito ai primi due motivi di doglianza formulati dall'avvocato ricorrente, la Cassazione spiega in modo chiaro e preciso come il credito di rivalsa Iva non possa qualificarsi come una posta della massa da soddisfare in prededuzione poiché la somma dovuta per la prestazione professionale, a cui il credito di rivalsa Iva è soggettivamente e funzionalmente connesso, è sorta prima della dichiarazione di fallimento e non a seguito della gestione fallimentare come spesa o credito dell'amministrazione o dell'esercizio provvisorio della stessa.

Come fanno notare i Giudici di legittimità, il credito di rivalsa Iva può giovare del solo privilegio speciale di cui all'art. 2758 comma 2 c.c. nel caso in cui sussistano

⁵ Agenzia delle Entrate, risoluzione 127/E 3 aprile 2008, in <http://www.agenziaentrate.gov.it/wps/file/nsilib/insi/documentazione/provvedimenti+circolari+e+risoluzioni/risoluzioni/archivio+risoluzioni/risoluzioni+2008/aprile+2008/risoluzione+n+127+2008/ris+127e+del+03-04-2008.pdf>.

⁶ Agenzia delle Entrate, risoluzione 127/E 3 aprile 2008, *cit.*

COMMENTI A SENTENZE

IVA DI RIVALSA DEL PROFESSIONISTA

nell'attivo fallimentare i beni - che il creditore ha l'onere di indicare in sede di domanda di ammissione al passivo - su cui esercitare la causa di prelazione.

Per quanto concerne, invece, la somma a titolo di contributo integrativo Cassa di Previdenza Avvocati, la Suprema Corte ancora una volta con chiarezza e precisione afferma che la posta in questione ha una collocazione diversa da quella relativa alla prestazione professionale poiché è comunque un credito che conserva una sua distinta individualità.

La Corte evidenzia, infatti, che quando il legislatore ha voluto riconoscere una specifica disciplina per i contributi dei professionisti, lo ha fatto espressamente come per il trattamento dei dottori commercialisti dove la legge n. 21 del 1986 riconosce il credito contributivo dei professionisti contabili sullo stesso piano e con il medesimo privilegio del credito da prestazione professionale.

In verità, come peraltro evidenziato dalla Suprema Corte nella decisione in commento, alle stesse conclusioni si era già pervenuti con la sentenza n. 8222 dell'11 aprile 2011.

Anche in quel caso, i Giudici di legittimità avevano affermato in modo nitido che l'emissione della fattura da parte del professionista in costanza di fallimento e l'assoggettamento ad Iva di rivalsa non qualifica quest'ultimo credito di natura prededucibile, ma privilegiato ex art. art. 2758 c.c. perché l'operazione non comporta alcun mutamento del soggetto nei cui confronti viene eseguita⁷.

In particolare, secondo la citata sentenza del 2011 *“ritenere che il credito del professionista possa essere soddisfatto in prededucazione ove la fattura sia emessa successivamente alla dichiarazione di fallimento, e debba altrimenti concorrere con quelli degli altri creditori, godendo eventualmente del solo privilegio di cui all'art. 2758 c.c., comma 2 [nel caso in cui la fattura sia emessa anteriormente al fallimento] significherebbe d'altronde introdurre un'ingiustificata disparità di trattamento, avuto riguardo all'antiorità della prestazione professionale rispetto all'apertura del fallimento”*⁸.

In verità, anche in quest'ultimo caso la Corte di Cassazione non fa altro che confermare l'orientamento tradizionale già espresso dalla stessa Suprema Corte con la sentenza n. 5429 del 4 giugno 1994 e ribadito con la decisione n. 15690 del 12 giugno 2008⁹.

Come si evince apertamente dalla lettura di queste ultime sentenze, i Giudici di legittimità sono chiari nell'affermare che la fonte genetica dell'obbligazione rimane

⁷ Cfr. Cass. Civ., 11 aprile 2011, n. 8222.

⁸ Cfr. Cass. Civ., 11 aprile 2011, n. 8222.

⁹ Per un commento esaustivo alla sentenza Cass. Civ. 12 giugno 2008 n. 15690 vedi ZENATI, *Il privilegio per l'Iva di rivalsa sui crediti professionali in sede fallimentare*, in *Giurisprudenza di Legittimità*, 2009, 1, p. 75.

COMMENTI A SENTENZE

IVA DI RIVALSA DEL PROFESSIONISTA

sempre la prestazione professionale eseguita dal professionista in data antecedente al fallimento e, pertanto, non è possibile riconoscere la prededuzione al credito di rivalsa Iva senza violare il principio della *par condicio* tra i creditori.

Secondo i Giudici, infatti, *“la prestazione professionale conclusasi prima della dichiarazione di fallimento rimane l'evento generatore del credito di rivalsa I.V.A.: autonomo rispetto all'obbligazione principale remuneratoria, ma ad essa soggettivamente e funzionalmente connesso”*¹⁰ e di conseguenza *“assume valore determinante la circostanza che la prestazione d'opera intellettuale ed il relativo credito, a titolo di compenso, si riferiscono ad un momento anteriore alla dichiarazione di fallimento, dominato, appunto, dal rischio contrattuale generico del ritardo nell'adempimento o dell'inadempimento, e non già il mero dato di fatto estrinseco della fatturazione del corrispettivo successivamente alla dichiarazione di fallimento”*¹¹.

A fronte dei precedenti giurisprudenziali citati, si può concludere che ad oggi non vi è nessuna possibilità di riconoscere in prededuzione il credito di rivalsa Iva del professionista che, a fronte di un riparto parziale degli organi della procedura, emetta la relativa fattura.

Una considerazione particolare merita la posizione dell'Agenzia delle Entrate.

Seppur da molti criticata¹², a parere di chi scrive, la soluzione che appare maggiormente condivisibile, a legislazione vigente, è quella prospettata dall'Agenzia delle Entrate. Come detto, secondo quanto indicato nella risoluzione 127E/2008, al professionista che non ha emesso fattura prima dell'apertura del fallimento è consentito emettere il documento fiscale scomputando quanto dovuto a titolo di Iva direttamente dalla complessiva somma oggetto di riparto parziale.

In questo modo il professionista calcolerà direttamente quanto dovuto ai fini Iva dalla somma effettivamente ricevuta e indicherà nei componenti positivi di reddito l'effettivo ammontare della somma al netto dell'imposta sul valore aggiunto, senza contare che il procedimento di scorporo mette al riparo il professionista da eventuali contestazioni future dell'Agenzia.

In caso contrario, infatti, l'amministrazione finanziaria potrebbe sollevare contestazioni sull'operato del professionista in quanto vedrebbe disattese le specifiche indicazioni contenute nella citata risoluzione 127E/2008¹³.

Secondo una diversa prospettiva, l'orientamento dell'Agenzia delle Entrate è, invece, vantaggioso per gli organi fallimentari.

¹⁰ Cfr. Cass. Civ., 12 giugno 2008, n. 15690.

¹¹ Cfr. Cass. Civ., 4 giugno 1994, n. 5429.

¹² TURCHI, *Non è prededucibile il credito di rivalsa Iva del professionista, relativo a prestazioni rese prima del fallimento*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2009, 1; STASI, *Il credito di rivalsa Iva del professionista*, in *Fallimento*, 2011, 7, p. 787.

¹³ STAFFA, *Iva di rivalsa e procedure concorsuali*, in *Accordi di ristrutturazione, fisco e procedure concorsuali*, Servizi Tipografici Carlo Colombo, Roma 2014.

COMMENTI A SENTENZE

IVA DI RIVALSA DEL PROFESSIONISTA

Il tipo di fatturazione richiesto dagli uffici finanziari, infatti, fa sorgere, a favore della procedura concorsuale, un credito rappresentato dall'Iva scorporata contenuta nella fattura del professionista, che sarebbe legittimo solo nel caso in cui l'imposta indiretta fosse stata effettivamente corrisposta dalla procedura, cosa che, invece, non è avvenuta in quanto il relativo pagamento non è stato previsto nel piano di riparto¹⁴.

Ad oggi seppur sia vero che quanto sostenuto dall'Agenzia delle Entrate conduce a fondere il credito di rivalsa Iva *“con quello professionale, in una sorta di simbiosi concorsuale che non trova in realtà fondamento né nel sistema applicativo dell'Iva né nella disciplina dettata dalla legge fallimentare, quanto piuttosto nell'esigenza di non penalizzare i professionisti”*¹⁵ è proprio l'esigenza di non penalizzare il professionista, già danneggiato dalla dichiarazione di fallimento del soggetto verso il quale aveva eseguito la prestazione, a guidare la teoria di coloro che vorrebbero che il credito di rivalsa Iva fosse pagato in prededuzione.

In effetti, come fatto notare da alcuni, il problema dell'ingiusta penalizzazione del professionista - che anche con lo scorporo dell'Iva è comunque presente - potrebbe trovare soluzione con una modifica dell'art. 26, secondo comma, D.P.R. N. 633 del 1972 in merito alle note di variazione¹⁶.

In relazione all'Iva di rivalsa non riscossa nelle procedure concorsuali, si potrebbe prevedere, infatti, la possibilità per il professionista di emettere una nota di variazione per la sola imposta non recuperata neutralizzando in questo modo il debito Iva e annullando anche il credito virtuale della procedura concorsuale¹⁷.

Nell'ipotesi da ultimo prospettata, a fronte del pagamento da parte della procedura del credito privilegiato, il professionista emetterà fattura avente come base imponibile l'effettivo importo indicato in sede di riparto, aggiungerà il 4% per la Cassa Previdenziale, il 22% di Iva e applicherà la ritenuta d'acconto¹⁸.

Dopo l'emissione della fattura, il professionista emetterà una nota di variazione esclusivamente per l'imposta indiretta non pagata neutralizzando così il debito Iva.

Ad oggi, come detto, tale tecnica non è ammessa¹⁹, pertanto, almeno fino a quando non si procederà alla modifica del citato art. 26 secondo comma D.P.R. N. 633 del 1972, la soluzione prospettata dall'Agenzia delle Entrate rimane la più condivisibile e la meno penalizzante per il professionista.

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ TURCHI, *Non è prededucibile il credito di rivalsa Iva del professionista, relativo a prestazioni rese prima del fallimento*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2009, 1.

¹⁶ STAFFA, *Iva di rivalsa e procedure concorsuali*, in *Accordi di ristrutturazione, fisco e procedure concorsuali*, cit.

¹⁷ *Ibidem.*

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ Agenzia delle Entrate, risoluzione 127/E 3 aprile 2008, cit.

SEGNALAZIONI

(A CURA DI GIULIA GRESIO)

SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

ASSIREVI

Financial covenants – L'Assirevi ha diffuso il *Documento di ricerca n. 203*, avente ad oggetto le *Procedure richieste dalla società sulla comunicazione di specifici obblighi previsti nei contratti di finanziamento* (“financial covenants”), con il quale sono state definite le linee guida “per lo svolgimento delle procedure richieste dal committente” in relazione ai cd. *financial covenants*, in conformità a quanto previsto dall'*ISRS 4400* (“*Engagements to perform agreed-upon procedures regarding financial information*”) e dal *Documento di ricerca n. 179* (“*Procedure richieste dalla società – Incarichi di agreed-upon procedures*”), (vds. segnalazioni di diritto commerciale sul n. 22/2013 di questa *Rivista*).

Il testo, che sostituisce il precedente *Documento di ricerca n. 120* risalente all'aprile 2008, è stato divulgato nel mese di ottobre 2016 ed è reperibile sul sito www.assirevi.it.

Orientamenti preliminari in tema di IFRS – L'Assirevi ha pubblicato due documenti in cui sono state esaminate alcune questioni applicative – “*di non facile, né univoca soluzione*” – derivanti dall'adozione dei principi *IAS/IFRS*, proponendo, “*a beneficio dei revisori che si trovano ad affrontarle in pratica, le soluzioni che al momento riscuotono il maggior consenso*”.

Trattasi, in particolare, degli *Orientamenti preliminari Assirevi in tema di IFRS* concernenti:

- il *Trattamento contabile delle “business combinations under common control” nel bilancio d'esercizio e nel bilancio consolidato*, (*OPI n. 1 Revised*);
- il *Trattamento contabile delle fusioni nel bilancio d'esercizio*, (*OPI n. 2 Revised*).

Entrambi gli approfondimenti – resi noti nel mese di ottobre 2016 e disponibili sul sito www.assirevi.it – aggiornano e sostituiscono i precedenti e corrispondenti documenti predisposti nel marzo 2007 (*OPI n. 1* e *OPI n. 2*).

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

COMMISSIONE EUROPEA

Controllo delle concentrazioni – La Commissione europea ha dato avvio ad una pubblica consultazione mediante questionario in tema di *Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU Merger Control*, la cui disciplina è racchiusa principalmente nel Regolamento (CE) n. 139/2004.

Tra i diversi aspetti su cui verte la consultazione – aperta dal 7 ottobre 2016 al 13 gennaio 2017 – consta della possibile revisione dei criteri rilevanti ai fini della qualificazione delle concentrazioni di dimensioni comunitarie, nonché dell'introduzione di alcune semplificazioni per il trattamento di operazioni non problematiche sul piano concorrenziale.

Il testo del questionario è accessibile al link http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/index_en.html.

CONSOB

Piattaforme multilaterali di negoziazione – Con la comunicazione n. 0092492 del 18 ottobre 2016, la Consob ha diffuso la *Raccomandazione sulla distribuzione degli strumenti finanziari tramite una sede di negoziazione multilaterale*, con la quale si è inteso “*richiamare l'attenzione dei soggetti abilitati [...] sull'importanza di dotarsi di sistemi e misure operative in grado di assicurare che la distribuzione degli strumenti finanziari a clienti retail soddisfi adeguati livelli di trasparenza ed efficienza – salvi comunque i presidi di correttezza in relazione alla verifica dell'adeguatezza/appropriatezza degli investimenti – anche nell'ottica di mitigare rischi di comportamenti non in linea con il miglior interesse della clientela*”.

Nella *Raccomandazione*, inoltre, sono previsti gli adempimenti cui devono attenersi gli intermediari che ritengano di “*non avvalersi della struttura e del funzionamento di una sede di negoziazione multilaterale per l'intero ammontare o per una parte delle emissioni*”.

La comunicazione n. 0092492 del 18 ottobre 2016 è consultabile sul sito www.consob.it.

Market Abuse – La Consob ha avviato una consultazione sulle modifiche da apportare al Regolamento emittenti ed al Regolamento mercati, al fine di conformarli alle disposizioni del Regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio in tema di abusi di mercato, in vigore dal 3 luglio 2016 (vds. segnalazioni di diritto commerciale sul n. 13/2014 di questa *Rivista*).

L'adeguamento interessa numerosi profili, tra cui l'obbligo di informazione continua, le operazioni di stabilizzazione e l'acquisto di azioni proprie, le segnalazioni di ordini e operazioni sospette, le condotte manipolative e le prassi di mercato ammesse.

Le proposte di modifica, in consultazione sino al 25 novembre 2016, sono reperibili, unitamente alle variazioni all'articolato regolamentare, sul sito www.consob.it.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

GIURISPRUDENZA

Cessione di quote di s.n.c. – Il Tribunale di Milano si è recentemente pronunciato su alcuni profili correlati al trasferimento di quote di società in nome collettivo.

In un primo arresto, si è confermato l'orientamento giurisprudenziale a mente del quale *“la mancanza di un'espressa garanzia circa il valore del patrimonio sociale e la qualità dei beni impedisce al compratore di domandare l'annullamento del contratto per errore essenziale ex art. 1429, 2° co., c.c., ovvero di domandare la risoluzione del negozio per mancanza di qualità dell'oggetto del contratto, salva la prova del dolo della controparte”*. Inoltre, nel caso di specie, il Tribunale, respingendo la domanda di parte attrice, ha affermato che *“i dati del 2005 e del 2006 sono risalenti rispetto alla data di stipula del contratto di compravendita, e risultano inadatti ad ingenerare il convincimento, in un soggetto di media avvedutezza, sull'esistenza dell'avviamento anche nel gennaio 2008”*. Con la seconda decisione, il Tribunale di Milano ha chiarito – al cospetto di difformità tra l'accordo preliminare e quello definitivo – che, per gli *“accordi prodromici al trasferimento di partecipazioni societarie, [...] l'insufficienza a dirimere secondo legge le successive controversie del solo riferimento al cd. principio dell'assorbimento appare spesso di particolare evidenza”*. Sicché, spetta al Giudice *“verificare, indagando quale sia stata la comune intenzione delle parti nella conclusione del contratto definitivo alla stregua dei principi stabiliti a tal fine dall'art. 1362 c.c. e ss., se la presunzione dell'assorbimento di ogni precedente pattuizione nella fonte negoziale definitiva possa nella specie ritenersi vinta da elementi di segno opposto, offerti dalle parti o desumibili dagli atti”*.

Le sentenze del Tribunale di Milano del 17 maggio 2016, n. 6174, e del 10 giugno 2016, n. 7221, sono disponibili sul sito www.giurisprudenzadelleimprese.it.

Imprenditore agricolo e dichiarazione di fallimento – Per il Tribunale di Rovigo, *“la nozione ampia”* fornita dall'art. 2135 c.c. *“ha certamente esteso il concetto di imprenditore agricolo, finendo [...] per annullare il confine tra le categorie dell'imprenditore commerciale e di quello agricolo. Non più il collegamento con la terra, né i rischi connessi all'imponderabile evoluzione meteorologica rappresentano i confini qualificanti dell'imprenditore agricolo – che hanno giustificato storicamente una diversa disciplina normativa in tema di iscrizione al Registro delle imprese, tenuta delle scritture contabili ed esenzione dalla dichiarazione di fallimento – bensì il collegamento con un ciclo biologico, con un legame con il fondo, inteso in senso lato”*.

In particolare, il Tribunale ha rigettato l'istanza di fallimento sul riflesso che *“non può essere dichiarata fallita una società avente ad oggetto l'esercizio di attività agricola che, dismessa tale attività, non svolga in concreto alcuna attività imprenditoriale, tale non potendo essere considerate né la prestazione non professionale di garanzie né l'affitto dell'azienda”*.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

Il decreto del Tribunale di Rovigo del 20 settembre 2016 è consultabile sul sito www.ilcaso.it.

Esdebitazione – Il Tribunale di Como ha precisato che – ai fini dell'accoglimento della domanda di esdebitazione presentata dall'acomandatario fallito in estensione – *“la condizione di soddisfacimento, almeno parziale, dei creditori concorsuali, può ritenersi realizzata anche quando talune categorie di creditori (nella specie, i creditori chirografari) non abbiano ricevuto alcunché in sede di riparto”*.

Un principio, questo, mutuato dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. n. 9767/2012), che, nondimeno, deve essere *“coniugato con la verifica che, sulla scorta di un ponderato scrutinio, riservato al giudice del merito, dell'importo globale dello stato passivo, anche avuto riguardo al numero dei creditori complessivamente ammessi, la soddisfazione in generale non sia irragionevole”*.

Nello specifico, il Tribunale – richiamando un recente arresto della Corte di Appello di Brescia, che *“ha concesso il beneficio dell'esdebitazione in un caso in cui la percentuale dei pagamenti effettuati dal debitore rappresentava un'apprezzabile consistenza, pari al 27% del passivo fallimentare”* (App. Brescia, decr., 28 aprile 2016, n. 1338) – ha rigettato l'istanza per mancanza dei requisiti oggettivi, risultando soddisfatti *“creditori privilegiati ex art. 2751 bis n. 1 c.c. (pari al 15,13%), ma che tale dato, se paragonato all'intero passivo ammesso [...] è destinato a scendere alla risibile percentuale poco superiore all'1,50%”*.

La decisione del Tribunale di Como del 12 ottobre 2016 è reperibile sul sito www.ilcaso.it.

Cancellazione dal Registro delle imprese e dichiarazione di fallimento – La Suprema Corte ha ribadito che l'art. 10 L.F. *“realizza un ragionevole bilanciamento dei diritti in conflitto, quali, da un lato, quelli dei creditori e, dall'altro, quello generale, alla certezza dei rapporti giuridici”*, in quanto *“solo dal momento della cancellazione dal Registro delle imprese – evento che è nella disponibilità dell'imprenditore – la cessazione dell'attività è formalmente portata a conoscenza dei terzi, la cui tutela sarebbe vanificata se all'imprenditore fosse consentito di dimostrare una diversa e anteriore data di cessazione dell'attività imprenditoriale rispetto a quella della cancellazione dal Registro delle imprese”*.

Sicché deve ritenersi manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10, 1° co., L.F., per presunto contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost., lamentata dal ricorrente atteso che esso non consente *“la decorrenza del termine annuale dalla data di effettiva cessazione dell'attività d'impresa nei confronti dei creditori istanti che ne siano a conoscenza”*.

La pronuncia della Corte di Cassazione del 26 agosto 2016, n. 17360, è disponibile sul sito www.ilcaso.it.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

Socio accomandante – La Cassazione ha avuto modo di soffermarsi sulla figura del socio accomandante, rilevando che, per costui, sussiste “*una precisa distinzione tra il patrimonio della società (che non è, nemmeno pro quota, oggetto di un diritto del socio e che è relativamente insensibile alle pretese dei creditori dello stesso) e il patrimonio individuale del socio (che, all’opposto, non risponde dei debiti della società)*”.

Egli, prosegue la Corte, può tutelare il proprio diritto “*all’integrità della propria quota*”, ma “*sul piano dei rapporti interni, attraverso la consentita reazione a condotte del socio accomandatario che pregiudichino la sua posizione*”, tramite l’azione di responsabilità nei confronti di quest’ultimo o la richiesta di revoca per giusta causa dell’amministratore, l’estromissione dell’accomandatario per gravi inadempienze *ex art. 2286 c.c.* e l’impugnazione del rendiconto.

Viceversa, “*sul piano dei rapporti esterni – quelli che impegnano la società coi terzi – il socio accomandante non vanta un proprio interesse autonomo e distinto rispetto a quello della società*”, la quale è l’unica, “*in quanto titolare del patrimonio sociale, a poter disporre di esso e a risentire del danno conseguente dall’invalidità dell’atto posto in essere*”.

Conseguentemente, “*l’interesse del socio accomandante non ha una proiezione esterna (tale da poter rilevare ex art. 100 c.p.c. ai fini dell’impugnativa del contratto nullo) trovando la sua piena collocazione nell’ambito endosocietario*”.

La decisione della Corte di Cassazione del 7 settembre 2016, n. 17691, è consultabile sul sito www.ilcaso.it.

SEGNALAZIONI

(A CURA DI LEONARDO NESA)

SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO

NORMATIVA

Riaprono i termini di adesione alla procedura di *Voluntary disclosure*

Il Dl n. 193 del 22 ottobre 2016, pubblicato ieri nella Gazzetta Ufficiale n. 249, dispone la riapertura dei termini di accesso alla procedura di collaborazione volontaria previsti dalla legge n.186 del 2014. Fino al 31 luglio 2017 potranno essere inviate le domande per regolarizzare le violazioni commesse entro il 30 settembre 2016.

Inoltre, l'integrazione delle istanze, i documenti e le informazioni (articolo 5-quater, comma 2, lettera a) potranno avvenire fino al 30 settembre 2017. I soggetti interessati potranno provvedere spontaneamente al versamento di quanto dovuto fino al 30 settembre 2017 o in tre rate mensili di pari importo con pagamento della prima rata comunque entro il 30 settembre 2017.

La nuova norma prevede che le domande siano presentate secondo modalità previste da un provvedimento del Direttore dell' Agenzia delle Entrate che sarà emanato entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del Dl n.193 del 2016.

Tuttavia, coloro che intendono inviare già a partire da oggi l'istanza di accesso alla nuova procedura di collaborazione volontaria, possono utilizzare il "vecchio" modello di istanza approvato con Provvedimento del Direttore dell' Agenzia delle Entrate n. 13193 del 30 gennaio 2015 e trasmetterlo esclusivamente per via telematica con le modalità previste al punto 4 del provvedimento.

(Dl n. 193 del 22 ottobre 2016, pubblicato nella GU n. 249 del 24 ottobre 2016)

Soppressione di Equitalia e rottamazione delle cartelle

Il Dl n. 193 del 22 ottobre 2016, pubblicato ieri nella Gazzetta Ufficiale n. 249, dispone, a decorrere dal 1° luglio 2017, la soppressione di Equitalia, attuale agente delle riscossione.

A partire dalla stessa data, l'attività di riscossione nazionale sarà riattribuita all' Agenzia delle entrate e sarà svolta da un ente strumentale, denominato Agenzia delle entrate-Riscossione, che sarà sottoposto all'indirizzo e alla vigilanza del ministro dell'Economia e delle finanze. L' Agenzia delle entrate sarà chiamata a monitorare costantemente l'attività del nuovo ente pubblico economico, secondo principi di

SEGNALAZIONI

DIRITTOTRIBUTARIO

trasparenza e pubblicità. L'ente, dotato di autonomia organizzativa, patrimoniale, contabile e di gestione, assumerà la qualifica di agente della riscossione, con i relativi poteri.

Collegata alla soppressione di Equitalia, è la “rottamazione delle cartelle”, ossia la definizione agevolata dei ruoli. Relativamente ai carichi inclusi in ruoli, affidati agli agenti della riscossione negli anni dal 2000 al 2015, i debitori possono estinguere il debito senza corrispondere le sanzioni incluse in tali carichi e gli interessi di mora ovvero le sanzioni e le somme aggiuntive dovute sui contributi previdenziali.

Pertanto, in sede di definizione agevolata, il debitore dovrà versare le somme affidate all'agente della riscossione a titolo di capitale e interessi, le somme maturate a favore dell'agente della riscossione, a titolo di aggio e di rimborso delle spese per le procedure esecutive, nonché di rimborso delle spese di notifica della cartella di pagamento.

Il versamento agevolato potrà essere eseguito in un'unica soluzione o in quattro rate (sulle quali sono dovuti gli interessi nella misura stabilita dall'articolo 21, comma 1, Dpr 602/1973).

Potranno beneficiare della “rottamazione” anche i debitori che hanno già pagato parzialmente, anche a seguito di provvedimenti di dilazione emessi da Equitalia, purché risultino adempiti tutti i versamenti con scadenza dal 1° ottobre al 31 dicembre 2016.

(Articolo 1 e 6 del Dl n. 193 del 22 ottobre 2016, pubblicato nella GU n. 249 del 24 ottobre 2016)

Svizzera, sì allo scambio di dati fiscali

La Svizzera entra a far parte dei 37 paesi con i quali l'Italia ha stipulato accordi per lo scambio di informazioni fiscali.

L'Agenzia delle entrate ha annunciato la presenza dello stato elvetico nella lista delle aree geografiche alle quali è possibile chiedere informazioni fiscali o assistenza per il recupero crediti. Questo provvedimento, in linea temporale, è l'ultimo di tre. Il 30 maggio 2016 con il provvedimento n. 84383 venne, infatti, stilata una prima lista di paesi collaborativi e il 9 giugno con il provvedimento n. 89888 fu aggiunto all'elenco dei 36 la Croazia.

Per conoscere gli stati con i quali l'Italia ha in essere accordi per lo scambio di informazioni o per l'assistenza al recupero crediti è necessario consultare il punto 1 dei provvedimenti n. 84383 del 30 maggio e n. 89888 del 9 giugno del 2016

(Agenzia delle Entrate, Provvedimento n. 178754 del 26 ottobre 2016)

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

Assegnazione agevolata ai soci, dall'Agenzia l'ok anche se la società è in liquidazione

Gli immobili appartenenti a società che si trovano in fase di liquidazione rientrano nel regime agevolato di assegnazione dei beni ai soci. L'eventuale cessione degli immobili, effettuata dai soci in un momento successivo all'avvenuta assegnazione, è da

SEGNALAZIONI

DIRITTOTRIBUTARIO

considerarsi fiscalmente legittima, non configurando un'ipotesi di abuso del diritto (prevista dall'articolo 10-bis della legge 212/2000). È questo il chiarimento fornito con la risoluzione n. 93/E dell'Agenzia delle Entrate, in materia di assegnazione dei beni ai soci con successiva cessione a terzi. La disciplina agevolativa favorisce la fuoriuscita di quei beni, non direttamente utilizzati nell'esercizio dell'attività imprenditoriale, per i quali non sussistono immediate condizioni di impiego favorevoli ma che potrebbero essere, in seguito, nuovamente immessi nel mercato. La risoluzione chiarisce che, nel momento in cui viene aperta la fase liquidatoria, l'assegnazione agevolata degli immobili ai soci e la successiva cessione degli stessi a terzi, non si pongono in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento.

(Agenzia delle entrate, Risoluzione 93/E del 17 ottobre 2016)

GIURISPRUDENZA

Se la prova contraria non è adeguata è legittimo l'accertamento sintetico

La Corte di cassazione con la sentenza n. 21143 del 19 ottobre 2016, allineandosi al consolidato orientamento della Corte sul punto, ha statuito la legittimità dell'accertamento sintetico presuntivo posto in essere dall'ufficio sulla base della disponibilità, da parte del contribuente, di elementi presuntivi di capacità contributiva in difetto di una idonea valutazione della prova contraria fornita dall'accertato.

In particolare la Cassazione ha affermato che per rimuovere la rettifica non bastano le semplici dichiarazioni del contribuente, ma occorre appurare che le somme contestate effettivamente non siano fiscalmente rilevanti. La presenza di elementi presuntivi indicativi di capacità contributiva, in assenza di idonea prova contraria, legittimano l'accertamento sintetico dell'ufficio.

(Corte di cassazione, sentenza 21143 del 19 ottobre 2016)

La “stella” Michelin non lega bene con la vitivinicoltura dell'azienda

Con la decisione n. 96 del 17 ottobre 2016, la Ctr di Trento, accogliendo l'appello dell'Agenzia delle Entrate, ha stabilito che le spese sostenute da una cooperativa agricola, esercente attività vitivinicola, nel campo della ristorazione di qualità a fini pubblicitari e quelle dirette ad aumentare il volume delle vendite, derivanti dal contratto di locazione dei locali del ristorante “stellato”, dato in comodato gratuito a una società gestore, nonché per le attrezzature, i mobili, eccetera, devono essere proporzionate al tipo di attività svolta. Per cui, l'Amministrazione finanziaria legittimamente può disconoscere la deducibilità dei relativi costi sulla base del principio di inerenza, disciplinato dall'articolo 109 del Tuir. Infatti, i costi di tale tipologia non sono né inerenti né adeguati e, perciò, indeducibili poiché di natura commerciale.

(Commissione Tributaria Regionale Trento, sentenza 96 del 17 ottobre 2016)

SEGNALAZIONI

DIRITTOTRIBUTARIO

VARIE

Arrivano gli sms del Fisco

Il Fisco informerà i cittadini su richieste di pagamento, rimborsi e scadenze mediante sms. L'Agenzia delle Entrate invierà un messaggio personalizzato agli utenti che hanno registrato il loro numero su Fisconline per informarli che non risulta recapitata una comunicazione inviata via raccomandata, o che sono state accreditate le somme chieste a rimborso, o ancora che mancano pochi giorni alla scadenza di un pagamento. E' possibile attivare il servizio in qualsiasi momento accedendo all'area riservata di Fisconline. Obiettivo: evitare che, per una semplice distrazione o dimenticanza, possano trovarsi in futuro con un conto più oneroso e una cartella di pagamento da saldare. Il nuovo servizio, naturalmente a costo zero per gli utenti, è subito attivo per gli abilitati ai servizi online del Fisco che, dopo aver letto l'informativa, hanno fornito il numero di cellulare su Fisconline. Riconoscere i messaggi del Fisco sul display del telefonino è semplice. Arriveranno, infatti, con il nome del mittente in chiaro: "Ag. Entrate".

(Agenzia delle Entrate, comunicato stampa del 28 ottobre 2016)

In arrivo 56mila lettere a chi ha dimenticato di presentare la dichiarazione dei redditi

L'Agenzia delle Entrate sta inviando 156mila avvisi con i quali si vuole dare ai contribuenti la possibilità di verificare la propria situazione in autonomia, in modo da correggerla per tempo senza incorrere in controlli successivi. Inoltre, presentando il modello Unico Persone fisiche entro il 29 dicembre 2016, ovvero entro 90 giorni dalla scadenza ordinaria del 30 settembre, i contribuenti possono anche beneficiare delle sanzioni ridotte previste in caso di ravvedimento operoso.

Gli avvisi sono finalizzati a sciogliere i dubbi sulle anomalie riscontrate dall'Agenzia in occasione della predisposizione delle dichiarazioni 730, sulla base dei dati trasmessi dai sostituti d'imposta tramite le Certificazioni Uniche. I destinatari di questa tornata di lettere, che arrivano con largo anticipo rispetto al passato, sono i contribuenti che non hanno presentato la dichiarazione pur avendo percepito più redditi da lavoro dipendente o da pensione da diversi sostituti (datori di lavoro o enti previdenziali) che non hanno effettuato il conguaglio delle imposte. Chi riceve la lettera viene così messo in condizione di verificare se deve presentare o meno il modello Unico Persone Fisiche

Il vantaggio di tali lettere è duplice: è possibile individuare in largo anticipo le anomalie oggetto degli avvisi, innalzando così il livello della tax compliance e l'efficienza dei controlli da parte delle Entrate; allo stesso tempo, ricevendo l'invito preventivo in anticipo, il cittadino può verificare la propria posizione ed eventualmente porvi rimedio da solo, in piena autonomia, tramite l'istituto del ravvedimento operoso e senza imbattersi in successivi controlli.

(Agenzia delle Entrate, comunicato stampa del 26 ottobre 2016)

MODALITÀ DI ABBONAMENTO

La rivista *Il Nuovo Diritto delle Società* viene distribuita previa sottoscrizione di un abbonamento annuale, che comprende 24 numeri al costo di 120,00 euro.

In seguito alla sottoscrizione, all'abbonato vengono assegnati una *username* ed una *password*, che consentono di accedere all'archivio storico della *Rivista* nonché alla banca dati Documenti NDS, presenti sul sito di *Italia Oggi* (www.italiaoggi.it).

L'abbonamento può essere richiesto:

- telefonando al numero verde 800-822195
- inviando un *fax* al numero verde 800-822196.

In entrambi i casi, è necessario allegare alla richiesta di abbonamento i dati anagrafici e un indirizzo di posta elettronica al quale inviare i numeri della *Rivista* più:

- la fotocopia dell'assegno non trasferibile intestato a: ItaliaOggi Editori - Erinne srl - via Marco Burigozzo 5 - 20122 Milano;
- oppure fotocopia del bonifico bancario intestato a Banca Popolare di Milano, agenzia 500, via Mazzini 9/11 Milano – IBAN IT58N0558401700000000047380

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

Per informazioni e/o segnalazioni contattare il Servizio Clienti al numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196.

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

ItaliaOggi

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

Tariffe abbonamenti: euro 120,00
(abbonamento annuale 24 numeri)
Per la sottoscrizione di nuovi abbonamenti
telefonare al numero verde 800-822195
oppure inviare un fax al numero verde 800-
822196 allegando, oltre alla richiesta di
abbonamento con i propri dati anagrafici,
fotocopia dell'assegno non trasferibile
intestato a: ItaliaOggi Editori - Erinne srl -
via Marco Burigozzo 5 - 20122 Milano,
oppure fotocopia del bonifico bancario
intestato a Banca Popolare di Milano,
agenzia 500, via Mazzini 9/11 Milano -
IBAN IT58N0558401700000000047380

Distribuzione: ItaliaOggi Editori - Erinne
srl - via Marco Burigozzo 5 - 20122
Milano, numero verde 800-822195.
Vendita esclusiva per abbonamento.
Servizio Abbonamenti: per informazioni
e/o segnalazioni comporre il numero verde
800-822195 oppure inviare un fax al
numero verde 800-822196.
**Concessionaria esclusiva per la
pubblicità:** Class Pubblicità S.p.A, via
Marco Burigozzo 8 - 20122 Milano Tel.
02/58219500-23 - Fax: 02/58219560 -
Presidente: Angelo Sajevo

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

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

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