

Anno 10 – Numero 17

19 settembre 2012

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

DIRETTA DA ORESTE CAGNASSO E MAURIZIO IRRERA

COORDINATA DA GILBERTO GELOSA

IN QUESTO NUMERO:

- PATTI PARASOCIALI
- COMUNIONE D'AZIENDA E
TRASFORMAZIONE
- CONTRATTI PUBBLICI DI APPALTO

ItaliaOggi



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 la rivista:



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 Anna Paola Tonelli

COMITATO SCIENTIFICO DEI REFEREE

Carlo Amatucci, Guido Bonfante, Mia Callegari, Oreste Calliano, Maura Campra, Matthias Casper, Stefano A. Cerrato, Mario Comba, Maurizio Comoli, Paoloefisio Corrias, Emanuele Cusa, Eva Desana, Francesco Fimmanò, Toni M. Fine, Patrizia Grosso, Javier Juste, Manlio Lubrano di Scorpaniello, Angelo Miglietta, Alberto Musy, 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)

Paola Balzarini, Alessandra Bonfante, Maurizio Bottoni, Mario Carena, Marco Sergio Catalano, Alessandra Del Sole, Massimiliano Desalvi, Elena Fregonara, Sebastiano Garufi, Stefano Graidì, Alessandro Monteverde, Enrico Rossi, Cristina Saracino, Marina Spiotta, Maria Venturini

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO

Marco Casavecchia, Alfonso Badini Confalonieri, Giuseppe Antonio Policaro, Federico Riganti, Gabriele Varrasi

INDICE

	<i>Pag.</i>
STUDI E OPINIONI	
<i>I patti parasociali (Parte I)</i> di Alfonso Badini Confalonieri	9
<i>Comunione d'azienda e trasformazione</i> di Gabriele Varrasi	50
<i>Riflessioni in tema di global economic governance: dalla crisi della finanza islamica alle prospettive di riforma comunitarie (Parte II)</i> di Federico Riganti	71
PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA	
<i>I contratti di appalto disciplinati dal d.lg. 163/2006. La nuova direttiva ricorsi (dir. 2007/66/CE dell'11-12-2007 e il d.lg. 20 marzo 2010, n. 53). Il nuovo Codice del processo amministrativo</i> di Marco Casavecchia	84
COMMENTI A SENTENZE	
<i>Il termine di prescrizione per l'azione di responsabilita' nei confronti dei sindaci decorre dal momento in cui il danno si è verificato (Trib. Lecce, 9 dicembre 2011)</i> di Giuseppe Antonio Policaro	140

SOMMARIO

STUDI E OPINIONI

I patti parasociali (Parte I)

L'Autore si propone di delineare anzitutto le caratteristiche dei patti parasociali, collegati ma distinti dal contratto sociale, e i principali elementi della loro disciplina nell'ambito delle regole generali sui contratti; vengono poi trattati gli aspetti generali delle norme sulla durata e pubblicità dei patti relativi alle società per azioni, introdotte dalla riforma del 2003 negli artt. 2341 bis e ter c.c., confrontandole con quelle già previste per le società quotate nel T.U.F. del 1998. Nella parte II verranno più diffusamente analizzate queste regole e saranno verificati i limiti di validità dei patti, specialmente rispetto alla disciplina imperativa del diritto societario, con un esame casistico delle principali clausole.

di **Alfonso Badini Confalonieri**

Comunione di azienda e trasformazione

La trasformazione eterogenea di società di capitali in comunione di azienda e viceversa, introdotta dalla novella del 2003, ha rappresentato l'elemento di rottura più sostanziale rispetto alla tradizionale ricostruzione dell'istituto della trasformazione. Il presente studio delinea il quadro normativo di riferimento, analizzando la fattispecie anche alla luce della dottrina e della giurisprudenza, soffermandosi su alcuni spunti di criticità e su alcune soluzioni.

di **Gabriele Varrasi**

Riflessioni in tema di *global economic governance*: dalla crisi della finanza islamica alle prospettive di riforma comunitarie (Parte II)

*Per quanto assunto da molti esperti quale modello di eticità e stabilità economica, il sistema Shari'a compliant ha mostrato, al pari delle realtà c.d. occidentali, profonde tensioni ed una reale esposizione ai rischi derivanti dalla crisi finanziaria internazionale. Gli elementi di peculiarità propri del sistema islamico si propongono, però, quali attori principali di quel ridisegno del sistema di *global economic governance* che dovrà essere ispirato, nell'intento dei Regolatori, da un nuovo ruolo dell'etica all'interno delle transazioni bancarie e finanziarie.*

di **Federico Riganti**

SOMMARIO

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

I contratti di appalto disciplinati dal d.lg. 163/2006. La nuova direttiva ricorsi (dir. 2007/66/CE dell'11-12-2007 e il d.lg. 20 marzo 2010, n. 53). Il nuovo Codice del processo amministrativo

L'Autore riesamina il problema della sorte del contratto pubblico di appalti alla luce degli artt. 121 e seguenti del Codice del processo amministrativo. I paragrafi più importanti sono quelli nn. 5. e 10."

di **Marco Casavecchia**

COMMENTI A SENTENZE

Il termine di prescrizione per l'azione di responsabilità nei confronti dei sindaci decorre dal momento in cui il danno si è verificato

(Trib. Lecce, 9 dicembre 2011)

Con la sentenza in esame il Tribunale di Lecce si è pronunciato sull'azione di responsabilità contro i sindaci: ad essa non è possibile applicare estensivamente la disposizione prevista dall'art. 2393, comma 4, c.c. (che autorizza l'esercizio dell'azione entro cinque anni dalla cessazione della carica) e, in quanto soggetta alla regola generale di cui all'art. 2935 c.c., la sua prescrizione decorre dal momento in cui il danno si è verificato.

di **Giuseppe Antonio Policaro**

INDEX-ABSTRACT

Page

STUDIES AND OPINIONS

Shareholders Agreements (Part I)

9

The Author aims at outlining first the characteristics of shareholders agreements, which are linked to but also autonomous from the Articles of Association, and the main aspects of their regulation under Italian general rules on contracts. Then, a general overview of the specific rules brought by the 2003 Company Law amendments, as to the agreements' duration and publication, is provided with a comparison with the similar rules enacted by 1998 Financial Markets Law on listed Companies. The second part shall provide a deeper analysis on those rules and a check on shareholders agreements' limits of validity, with respect to mandatory rules of Company, including a survey on the main and most used clauses.

di Alfonso Badini Confalonieri

Communion company and trasformation

50

The heterogeneous transformation from company to common property of company and from common property of company to company, introduced by the 2003 law, represented the rupture element more substantial than the traditional reconstruction of the transformation. The present paper describes the legislative framework, analyzing the doctrine and jurisprudence, focusing on some critical ideas and some solutions.

di Gabriele Varrasi

Consideratione about the global economic governance: from the Islamic recession to the prospect of community reform (Part II)

71

Regarded by many experts as a model of ethics and economic stability, the Shari' a compliant system has shown – as the so called Western model – severe tensions and concrete expositions to risks deriving from the international financial crisis. Yet, the peculiarities of the Islamic system offer themselves to serve as leading models for reshaping the system of global economic governance, which according to its founders, will ultimately have to be inspired to a new role for ethics in banking and financial transactions.

di Federico Riganti

INDEX-ABSTRACT

PUBLIC ADMINISTRATION AND ENTERPRISES

Tender contracts ruled by d.lg. 163/2006. The new Appeals Directive (dir. 2007/66/CE, 11th December 2007, and d.lg. 20th March 2010, n. 53). The New Italian Code for Administrative Trials. 84

The Author examines issues coming from discipline of tender public contracts in the light of art. 121 and the following articles of the Italian Code for Administrative Trials. The most important paragraphs are nn. 5. and 10.

by **Marco Casavecchia**

COMMENTS ON JUDGMENTS

The term of prescription to take liability action against statutory auditors starts from the moment when damages occur. 140
(Lecce Court, 9th December 2011)

The judgment of the Court of Lecce concerns liability action against statutory auditors. It states the non-application of art. 2393.4 c.c. instead of the general rule provided by art. 2395 c.c. since the term of prescription starts from the moment when damages occur.

by **Giuseppe Antonio Policaro**

I PATTI PARASOCIALI* (PARTE I)

L'Autore si propone di delineare anzitutto le caratteristiche dei patti parasociali, collegati ma distinti dal contratto sociale, e i principali elementi della loro disciplina nell'ambito delle regole generali sui contratti; vengono poi trattati gli aspetti generali delle norme sulla durata e pubblicità dei patti relativi alle società per azioni, introdotte dalla riforma del 2003 negli artt. 2341 bis e ter c.c., confrontandole con quelle già previste per le società quotate nel T.U.F. del 1998. Nella parte II verranno più diffusamente analizzate queste regole e saranno verificati i limiti di validità dei patti, specialmente rispetto alla disciplina imperativa del diritto societario, con un esame casistico delle principali clausole.

di ALFONSO BADINI CONFALONIERI

1. Premessa e sintesi della trattazione

La riforma del 2003 ha introdotto, con gli artt. 2341 bis e ter c.c., per le sole società per azioni, una **disciplina parziale** dei patti parasociali, riprendendo in buona parte alcune norme speciali che già regolavano le s.p.a. quotate. Tale disciplina è infatti limitata agli aspetti della durata e della pubblicità dei patti, dandone per presupposta la nozione; inoltre, la stessa non si applica a qualunque patto parasociale, anche se è riferita a quelli più significativi, ossia a quelli che incidono sul controllo e sugli assetti proprietari della società.

Pertanto, procederemo anzitutto ad una ricostruzione della **fattispecie**, individuando i suoi tratti caratterizzanti e i principali elementi della sua disciplina, nell'ambito delle regole generali sui contratti. Sulla scorta degli studi che da tempo si sono succeduti sul tema, l'analisi trova il suo filo conduttore nella particolare relazione di accessorietà e al tempo stesso di distinzione dei patti parasociali rispetto al contratto sociale.

Passeremo quindi ad esaminare la disciplina specifica, come detto limitata agli aspetti della durata e della pubblicità dei patti: l'interprete è chiamato ad un completamento e ad un coordinamento del testo normativo; e spesso si registrano opinioni divergenti, di cui si cercherà di dare conto nel modo più completo possibile, non senza rinunciare al tentativo di offrire agli operatori soluzioni unitarie. A tal fine sarà utile individuare la **ratio** dell'intervento legislativo, che può essere sinteticamente rappresentata nel contemperamento fra la riconosciuta libertà contrattuale (di regolare in via parasociale i rapporti societari) e l'intento di assicurare un certo grado di contendibilità e quindi anche di trasparenza degli assetti societari.

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

L'esposizione delle norme di legge è seguita dalla ricerca dei limiti di **validità** ed efficacia dei patti parasociali, questione assai dibattuta soprattutto in passato e che la recente normativa non sembra avere del tutto risolto. La questione verte in sostanza sul grado di vincolatività che possono avere le regole e i principi del diritto societario e quindi sarà affrontata proprio muovendo da quella caratteristica relazione di accessorietà e al tempo stesso di distinzione dei patti parasociali rispetto al contratto sociale. Questa ricerca sarà declinata in un **esame casistico** dei più diffusi contenuti e meccanismi contrattuali, anche per offrire agli operatori indicazioni più concrete e utili alla redazione delle clausole.

2. Nozione e caratteri comuni dei patti parasociali

a) Descrizione del fenomeno

In prima approssimazione, i patti parasociali sono **accordi che disciplinano situazioni giuridiche relative alla vita di una società**: pur essendo diversi e distinti dal contratto sociale (atto costitutivo e/o statuto), hanno ad oggetto la regolamentazione di interessi individuali collegati al contratto sociale. Il loro contenuto può essere assai vario, anche se normalmente attiene all'esercizio del diritto di voto da parte dei soci (c.d. sindacati di voto) e alla titolarità o gestione delle partecipazioni.

Il fenomeno è stato oggetto di studio sistematico fin dalla nascita del Codice Civile attuale, proprio mentre il legislatore riteneva di astenersi dal definirlo e disciplinarlo ¹.

In quello che può considerarsi il primo studio sistematico del fenomeno, nel 1942, un illustre studioso ² annotava che <<nella pratica le convenzioni che ci proponiamo di considerare si innestano sui momenti più vari della vita e dell'attività sociale: sulla amministrazione, sul controllo della gestione e più in genere sulla direzione della vita sociale; sulla responsabilità dei soci e la loro partecipazione ai guadagni; sulla stessa sussistenza, sul mutamento e l'estinzione della società; sulla permanenza o l'uscita di alcuni soci da essa, ecc.>>.

<<La funzione di tali negozi come il loro contenuto è la più varia: ora strumenti di organizzazione dei soci all'interno della società, ora strumenti di predominio di un singolo o di un gruppo; spesso mezzi per scavalcare le forme troppo gravi del funzionamento dell'organismo sociale, altre volte per onerarle di più rigorose garanzie; utili a creare all'interno della società una discriminazione fra i soci, in ordine ai

* Il presente scritto fa parte del Volume I “*La s.p.a.. Profili comparatistici. La costituzione*” dell’opera “*Le nuove s.p.a.*” Trattato diretto da Oreste Cagnasso e Luciano Panzani, edito da Zanichelli, di imminente pubblicazione.

¹ Su tale opzione legislativa, v. FAUCEGLIA, voce <<Patti parasociali>>, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano 2001, 811.

² OPPO, *Negozi parasociali*, Milano 1942, 2-5.

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

vantaggi e alle perdite dell'esercizio sociale, non compatibile con la forma sociale adottata; diretti sovente all'adattamento del negozio sociale al raggiungimento di scopi indiretti o fiduciari>>.

Dunque, <<malgrado la diversità del loro contenuto una loro considerazione comune è utile sotto il profilo della loro funzione economica, **funzione di integrazione** dello scopo tipico e del regolamento legislativo della società e della anonima in particolare. Una loro considerazione comune è possibile sotto il profilo giuridico nel senso della contrapposizione del vincolo del socio come tale – avente la sua fonte nella legge della società – al **vincolo personale** del socio come singolo, ... avente la sua fonte in un distinto accordo ma pur sempre incidente nella sfera sociale>>. Dal che derivano due <<caratteri individuanti>>: da un lato, la <<distinzione dal contratto sociale, e quindi carattere individuale e personale del vincolo prodotto dal negozio, contrapposto al carattere sociale degli obblighi che si richiamano alla legge della società>>; dall'altro lato, il <<collegamento col rapporto sociale>>.

b) Il limitato intervento legislativo

La crescente diffusione di siffatti accordi nel mondo degli affari ha indotto una serie di interventi normativi di settore, che tuttavia non hanno portato ad una definizione unitaria e ad una disciplina organica, ma erano volti a regolare specifici effetti che i patti parasociali possono avere sul controllo delle società³. Il legislatore ha cioè preso atto che determinati assetti sociali, meritevoli di disciplina, possono realizzarsi anche con accordi non formalizzati nelle tipologie previste dalla normativa societaria (statuto, delibere degli organi sociali, trasferimenti di azioni ecc.). In particolare, tali accordi possono influire sul controllo delle società fuori dagli assetti formali della partecipazione al capitale, delle decisioni assembleari e dei meccanismi di gestione.

Un'impostazione simile a quella della legislazione speciale è stata seguita dalla odierna disciplina generale del codice civile e del t.u.f., che più avanti sarà illustrata, anch'essa riferita ai patti che sostanzialmente incidano sul controllo delle s.p.a. (quotate e non). Lo stesso legislatore attesta che il novero dei patti parasociali è più ampio di

³ V. ad es. l'art. 2, l. 5 agosto 1981, n. 416, sull'editoria; l'art. 37, l. 6 agosto 1990, n. 223, sul sistema radiotelevisivo; l'art. 27, l. 10 ottobre 1990, n. 287, sulla disciplina *antitrust*; l'art. 6, l. 17 maggio 1991, n. 157 sull'*insider trading*; l'art. 10, l. 9 gennaio 1991, n. 20, sulle imprese assicurative; l'art. 26, l. 9 aprile 1991, n. 127, sui bilanci consolidati; gli artt. 7 e 10, l. 18 febbraio 1992, n. 149, sulle offerte pubbliche d'acquisto; l'art. 23, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, testo unico bancario; gli artt. 1 e 2 d.l. 31 maggio 1994, n. 332, sulle privatizzazioni. Per una disamina delle leggi speciali, v. MAZZAMUTO, *I patti parasociali: una prima tipizzazione legislativa*, in *Contr. e Impresa* 2003, 1087, e RIOLFO, *I patti parasociali*, Padova 2003, 127.

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

quello attualmente disciplinato, dichiarando che ve ne sono <<**anche diversi da quelli disciplinati**>> dalle norme anzidette (art. 1, 1° co. lett. c, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5) ⁴.

Questo articolato e parziale scenario normativo porta la dottrina ad osservare che i patti rilevano non solo come atto negoziale, ma anche come semplice **fatto** giuridico, ossia come <<coordinamento consapevole del comportamento>> di due o più soggetti, ai fini dell'applicazione di determinate normative di settore, quali le regole sulla trasparenza dei mercati finanziari (fra cui l'art. 122 t.u.f., sul quale ci soffermeremo) ⁵.

E' pertanto ancora attuale il dibattito sull'individuazione dei **caratteri identificativi** dei patti parasociali, nel quale si registrano in dottrina opinioni non del tutto coincidenti (soprattutto sulla distinzione dal contratto sociale, come vedremo).

c) Relazione col contratto sociale

Come si diceva, è intuitiva e diffusa la considerazione che la **prima caratteristica** dei patti parasociali è quella di regolare pattiziamente vicende e rapporti relativi ad una società. Il **collegamento funzionale con il contratto di società** (esistente o da costituire) è l'elemento principale che, almeno sotto il profilo descrittivo, accomuna sostanzialmente le elaborazioni dottrinali sul tema: <<il contratto sociale funge da presupposto necessario del patto accessorio, che senza un rapporto sociale cui accedere e su cui agire non avrebbe senso>> ⁶.

Dal momento che i patti parasociali hanno per oggetto <<l'esercizio di situazioni soggettive del socio o l'esercizio delle funzioni degli organi della società>>, gli stessi normalmente hanno un contenuto <<normativo o programmatico o preparatorio>>; nulla però esclude che possano anche riferirsi ad una determinata operazione o vicenda societaria, e siano quindi <<**occasional**i>> ⁷.

Parte della dottrina ha anche precisato che il collegamento funzionale con il contratto sociale comporterebbe una limitazione della nozione in esame ai soli patti <<**partecipativi**>>, attinenti <<a materie di competenza degli organi societari>>; sarebbero invece in linea di principio esclusi i patti <<**esterni**>>, volti a <<orientare l'esercizio del diritto di disposizione della partecipazione sociale da parte

⁴ Il citato d.lgs. 5/2003 estendeva le norme processuali in materia societaria alle controversie relative ai patti anche diversi da quelli disciplinati dall'art. 2341 bis c.c.; tale c.d. processo societario è stato abrogato dall'art. 54, 5° co., l. 18 giugno 2009, n. 69, ma la citata disposizione, contestuale all'introduzione della disciplina in esame sui patti parasociali, conserva evidentemente il suo significato interpretativo.

⁵ LIBERTINI, *I patti parasociali nelle società non quotate. Un commento agli articoli 2341 bis e 2341 ter del cod civ*, in ABBADESSA e PORTALE (diretto da) *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, IV, Torino 2007, 466.

⁶ OPPO, *Negozi parasociali*, cit., 74.

⁷ LIBERTINI, *I patti parasociali nelle società non quotate. Un commento agli articoli 2341 bis e 2341 ter del cod civ*, in ABBADESSA e PORTALE (diretto da) *Il nuovo diritto*, IV, cit., 466.

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

dell'azionista>>, se hanno carattere puramente patrimoniale e indifferente alla vita della società e non si riferiscano a partecipazioni consistenti e <<tali da potere influire sul controllo societario>>⁸. Tale distinzione ha una certa valenza descrittiva, ma è dubbio che possa circoscrivere l'ampio spettro dei patti parasociali; essa peraltro non sembra avere riscontro nella disciplina legale, che come meglio vedremo non pone limiti quantitativi o di rilevanza delle partecipazioni, per l'applicazione delle regole sulla pubblicità e sulla durata dei patti parasociali.

d) La partecipazione dei terzi

Muovendo dal presupposto che la caratteristica qualificante dei patti parasociali sia la loro funzione, di influire sulla vita della società, rientrano nella categoria in esame anche accordi che non regolino **direttamente** le posizioni soggettive del socio, ossia l'esercizio dei suoi diritti corporativi, o i suoi obblighi verso la società o altri soci, ma incidano comunque sulle scelte organizzative o gestionali della società, oppure sulla circolazione delle partecipazioni di controllo. Di conseguenza, oggi sembrano superate le tesi contrarie⁹ ed è opinione diffusa¹⁰ che possano essere **parti** di un patto parasociale non solo i soci, ma **anche terzi non soci e la società stessa**; seppure rara, non è da escludere la possibilità di patti senza alcun socio, dove magari gli aderenti si obblighino ex art. 1381 c.c. a determinate condotte dei soci.

La dottrina più recente ha quindi schematizzato le seguenti possibilità:

<<- patti fra soci: sono le figure più importanti e storicamente evidenziate per prime, e quindi più note, soprattutto nelle modalità di "sindacati di voto" e di "sindacati di blocco", nonché nella figura dei "patti di gestione" (...); i patti fra soci possono comunque avere altri contenuti disparati, come per esempio criteri di nomina delle cariche sociali, o impegni di non concorrenza o di esclusiva dei soci a favore della società (...) possono infine regolare rapporti interni fra soci (accollo di perdite, ripartizione interna di utili ecc.);

- patti fra soci e società: per esempio l'impegno a ricapitalizzare la società, o a tenere cariche sociali (o rinunciare ad esse), ovvero a favorire o non ostacolare una certa operazione (...);

⁸ LIBERTINI, *op. ult. cit.*, 469.

⁹ OPPO, *Negozi parasociali*, cit., 13, così scriveva: <<i>nostri patti infatti per definizione attengono allo svolgimento del rapporto sociale e operano all'interno della società fra soci, società e organi sociali, esclusa la partecipazione di terzi estranei all'organismo sociale>>. In uno scritto più recente, però, lo stesso Autore annovera fra i patti parasociali gli accordi con cui i soci regolano <<anche nei rapporti con la società, con organi sociali o con terzi, un loro interesse o una loro condotta sociale: OPPO, *Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società*, in *Riv. dir. civ.* 1987, I, 517.

¹⁰ Cass. 18 luglio 2007, n. 15963, in *Giur. it.* 2007, 2755, con nota di COTTINO; Trib. Milano 19 aprile 2010, in *Giur. it.*, 2010, 1621.

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

- patti fra terzi e società: per esempio, l'impegno della società a seguire le direttive di un terzo nella adozione di determinati atti deliberativi;
- patti fra soci e terzi: per esempio, quello con cui un socio si impegna a favorire l'ingresso in società, o l'acquisto del controllo o di altra posizione societaria, in capo ad un terzo;
- patti fra terzi non soci, caratterizzati dalla finalità di acquisizione del controllo o comunque all'esercizio di qualche influenza sulla vita della società»¹¹.

2.1 (Segue): la distinzione fra sociale e parasociale

Come si diceva, i patti parasociali sono caratterizzati da un legame funzionale con il contratto sociale, ma al tempo stesso si distinguono da esso.

La distinzione dal contratto sociale ha implicazioni di una certa **rilevanza** (non tanto per delimitare la fattispecie, quanto) soprattutto **sul piano degli effetti e della disciplina**: secondo l'insegnamento accolto anche dalla giurisprudenza, i patti parasociali operano <<su un terreno esterno a quello della organizzazione sociale>>, in particolare vincolando solo le parti del patto¹²; per questo si ritiene in linea di principio che i patti parasociali non siano direttamente soggetti alla disciplina societaria, come meglio diremo.

a) Distinzione formale

Il principale e più sicuro criterio distintivo è quello **formale**: il contratto sociale è soggetto a determinati adempimenti, la stipula per atto pubblico e l'iscrizione nel registro delle imprese (artt. 2328 e 2331 c.c.), e così pure le **delibere** dei soci che vi apportino modifiche o integrazioni; pertanto, gli accordi che non ottemperino a tali requisiti sono inevitabilmente da qualificarsi come parasociali¹³. In sintesi, è parasociale il patto non incorporato nel contratto sociale.

¹¹ LIBERTINI, *I patti parasociali nelle società non quotate. Un commento agli articoli 2341 bis e 2341 ter del cod civ*, in ABBADESSA e PORTALE (diretto da) *Il nuovo diritto*, IV, cit., 470.

¹² Cass. 20 settembre 1995, n. 9975, in *Giur. it.* 1996, I, 1, 164, con nota di COTTINO, *Anche la giurisprudenza canonizza i sindacati di voto ?*; quasi testualmente ripresa da Id. 23 novembre 2001, n. 14865, *ivi*, 2002, 547, con nota di COTTINO.

¹³ Sul caso del patto parasociale stipulato da tutti i soci e contenente modifiche o integrazioni a clausole statutarie, v. FARENGA, *I contratti parasociali*, Milano 1987, 175, nel senso che nelle società di capitale tale effetto modificativo o integrativo è condizionato al rispetto delle forme per le delibere dei soci. In senso parzialmente difforme, ma con motivazione più articolata sulle peculiarità del caso concreto, Arb. Milano, 12 giugno 2000, in *Giur. it.* 2001, 1208, ha invece deciso che un patto parasociale stipulato fra tutti i soci di s.r.l. potesse in sostanza essere considerato come una clausola statutaria di prelazione, quanto ai tempi e forme dell'offerta.

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

Del resto, normalmente la scelta di stipulare patti parasociali, per regolare materie che potrebbero rientrare nel contratto sociale, è dettata dalla volontà di evitare la pubblicità, gli effetti o i vincoli propri di quest'ultimo¹⁴.

b) La scelta del parasociale

Invero, la **riservatezza** è tradizionalmente uno dei principali moventi, anche se l'odierna disciplina vi ha posto limiti significativi, nelle s.p.a. aperte al mercato degli investitori, prescrivendo gli obblighi pubblicitari che più avanti saranno illustrati.

Un secondo motivo per cui può essere preferito l'accordo parasociale, rispetto alla clausola statutaria, è dato dalla volontà di limitare gli **effetti** del patto a determinati soggetti, magari una parte dei soci, o viceversa di estenderli a determinati soggetti terzi estranei alla società, che come tali non sarebbero vincolati dal contratto sociale; così pure l'intento potrebbe essere quello di limitare gli effetti dell'inadempimento, che per i patti parasociali restano sul piano obbligatorio e non reale, come meglio si dirà.

Altro profilo da considerare nella scelta è il seguente: il patto parasociale, soggetto alla disciplina comune dei contratti, consente di porsi al riparo dalla modifica dell'accordo ad opera delle maggioranze che possono invece incidere sul contratto sociale¹⁵; al tempo stesso le modifiche sono più agevoli, rispetto alle formalità richieste per lo statuto sociale. Ancora, la scelta potrebbe essere dettata dalla necessità di evitare vincoli e restrizioni, se non veri e propri divieti, che la pattuizione incontrerebbe se stipulata nel contratto sociale.

Normalmente, quindi, la distinzione fra sociale e parasociale deriva da una scelta delle parti, che si traduce nella mancata ottemperanza degli adempimenti formali richiesti dal contratto sociale. E' peraltro ipotizzabile, seppure raramente, che la distinzione si ponga **in termini opposti** e che un accordo formalizzato nel contratto sociale possa essere qualificato come parasociale. La questione non è peraltro pacifica in dottrina.

Una prima tesi, infatti, sembra escludere radicalmente la possibilità ora prospettata, ritenendo che <<la distinzione fra sociale e parasociale si affida esclusivamente ad un criterio formale: essere o non essere una particolare clausola contenuta nello statuto della società>>¹⁶.

¹⁴ Per ulteriori indicazioni, RESCIO, *La distinzione del sociale dal parasociale (sulle c.d. clausole statutarie parasociali)*, in *Riv. soc.* 1991, 596.

¹⁵ In alternativa, un determinato assetto pattuito nel contratto sociale potrebbe essere 'presidiato' in sede parasociale dall'impegno delle parti a non modificare quella clausola statutaria: la tutela è qui meno efficace, perché in caso di inadempimento la modifica statutaria sarebbe comunque valida.

¹⁶ COSTI, *I patti parasociali e il collegamento negoziale*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 200, il quale ritiene particolarmente significativo il riformato art. 2468 c.c., che nella s.r.l. prevede la possibilità di attribuire particolari diritti a singoli soci, al fine di escludere rilevanza del criterio

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

c) Altri criteri distintivi

La maggioranza della dottrina sembra invece ammettere la possibilità che una clausola statutaria possa essere qualificata come parasociale, anche se non del tutto coincidenti sono i proposti **criteri intrinseci o sostanziali** di identificazione dei patti parasociali inseriti nel contratto sociale.

I dubbi sono acuiti nei casi, piuttosto frequenti, di accordi fra soci con contenuti di per sé suscettibili di inserimento in clausole statutarie (si pensi ad esempio ai vincoli al trasferimento delle partecipazioni)¹⁷.

Il criterio che incontra maggiori consensi, già in passato, è quello per cui la clausola sociale si rivolge al **socio indeterminato**, ossia a chiunque sia titolare di una partecipazione nella società, mentre ciò che connota il patto parasociale <<è il suo dirigersi **verso le singole, determinate parti del patto**>>; quindi, <<la clausola statutaria contiene un patto parasociale solo quando manchino profili di afferenza ad una qualsiasi partecipazione sociale>>, compreso il caso in cui si riferisca a <<tutti i soci attuali con esclusione dei soci futuri>>¹⁸. Più dibattuti, e fors'anche di più incerta

(su cui più avanti nel testo) dell'afferenza del vincolo patrizio a singoli soci. L'A. invoca inoltre la teoria del contratto misto e dell'assorbimento, con applicazione comunque della disciplina sociale (*op. cit.*, 204).

¹⁷ I casi di possibile sovrapposizione di contenuti sono aumentati a seguito della recente riforma del 2003, che ha ampliato i margini di <<personalizzazione>> statutaria delle società di capitali, come osserva fra gli altri OPPO, *Patto sociale, patti collaterali e qualità di socio nella società per azioni riformata*, in *Riv. dir. civ.* 2005, II, 57. Ad esempio, le finalità di <<stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società>>, previste dall'art. 2341 bis c.c., <<costituiscono le finalità tipiche di gran parte dei patti sociali, tradotti in clausole statutarie che pongono limitazioni alla circolazione delle partecipazioni sociali, che stabiliscono quorum per le decisioni dei soci, che regolano il rapporto tra gestori e soci>>, <<in un sistema caratterizzato dalla libertà concessa dagli artt. 2348, co. 2, e 2351, co. 2 e 3, c.c., sul piano della plasmabilità del diritto di voto nella sua titolarità e nel suo esercizio>>, come osserva RESCIO, *I patti parasociali nel quadro dei rapporti contrattuali dei soci*, in ABBADESSA e PORTALE (diretto da) *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, I, Torino, 2006, 450.

¹⁸ RESCIO, *I patti parasociali nel quadro dei rapporti contrattuali dei soci*, in ABBADESSA e PORTALE (diretto da) *Il nuovo diritto*, I, cit., 475 e 479. L'A. precisa, anche alla luce delle nuove norme sulla possibilità di prevedere in statuto diritti particolari per singoli soci, che <<l'impersonalità del vincolo, nel senso del suo riferirsi all'indeterminato socio, sussiste ora non solo quando esso si traduce in situazioni giuridiche spettanti a chiunque sia socio e nei confronti di chiunque sia socio (o della società)>>, ma <<anche soltanto unilateralmente, dal lato passivo (soggezione o obbligo) o dal lato attivo (potere o diritto)>> (*op. cit.*, 478). Possibilista sembra Cass. 1 luglio 2008, n. 17960, in *Soc.*, 2009, 162, che invita ad analizzare il contenuto della clausola statutaria per verificare se possa avere natura parasociale.

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 17/2012

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

individuazione, risultano altri criteri proposti in dottrina, quale l'incidenza del patto sociale sull'organizzazione della società¹⁹.

In definitiva, quando una clausola statutaria si riferisce solo a soci determinati (sia dal lato attivo che da quello passivo del vincolo), ossia è volta a regolare rapporti interpersonali, la stessa avrà natura parasociale. Il che pare evidente, considerando che l'accordo parasociale, secondo la disciplina generale dei contratti, ha effetti solo fra le parti che lo stipulano, mentre lo statuto ha effetti per chiunque sia o divenga titolare di una partecipazione sociale.

Altra ipotesi di **clausola statutaria** qualificabile come parasociale è quella in cui essa sia **affetta da nullità**, perché contrastante con norme imperative societarie, e possa essere **convertita** in accordo avente i più limitati effetti del patto parasociale, in base al principio dell'art. 1424 c.c., e quindi sussistendo l'interesse dei soci coinvolti. La dottrina prevalente sembra orientata ad ammettere tale possibilità, pur se non mancano voci contrarie²⁰.

2.2 Conseguenti profili generali di disciplina ed effetti dei patti parasociali

a) Effetti obbligatori

La distinzione dal contratto sociale comporta che i patti parasociali abbiano **natura ed effetti meramente obbligatori**, secondo l'insegnamento tradizionale²¹ e diffuso in dottrina e giurisprudenza. In base alla comune disciplina dei contratti, i patti parasociali vincolano solo i soggetti che li stipulano (art. 1372 c.c.); non hanno invece gli effetti "reali" propri del contratto sociale, non vincolando i soci attuali o futuri che non aderiscano al patto, né incidendo sulla validità degli atti degli organi sociali²².

In altre parole, l'effetto proprio dei patti è di <<disciplinare in via meramente obbligatoria tra i soci contraenti – senza però effetti diretti nei riguardi della società – il modo in cui >> esercitano le loro prerogative sociali²³ o comunque (nel caso di terzi) i loro diritti. La società non assume alcun vincolo, se non aderisce al patto²⁴.

b) Effetti per la società

¹⁹ ANGELICI, *Le basi contrattuali della società per azioni*, in COLOMBO e PORTALE (diretto da), *Tratt. Colombo-Portale*, I, 1, Torino 2004, 142 e ss.; *contra* OPPO, *Patto sociale*, cit., 60.

²⁰ OPPO, *Le convenzioni parasociali*, cit., 651; RESCIO, *La distinzione del sociale*, cit. 653. *Contra* ANGELICI, *op. ult. cit.*, 152.

²¹ Lo spiegava già OPPO, *Negozi parasociali*, cit., 65.

²² Sulla non incidenza del sindacato di voto sulle delibere assembleari, Cass. 23 novembre 2001, n. 14865, cit.; App. Milano 11 agosto 2000, in *Giur. it.* 2001, 1906; Trib. Milano 21 giugno 1988, *ivi*, 1989, I, 2, 225, nel senso che per valutare l'illegittimità di una delibera <<è irrilevante l'eventuale contrarietà rispetto alle norme del sindacato di voto>>.

²³ Cass. 20 settembre 1995, n. 9975, cit., sempre in tema di sindacati di voto.

²⁴ Cass 23 febbraio 1981, n. 1056, in *Giur. comm.*, 1982, II, 314.

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

Qualche dubbio è stato espresso per il caso opposto, di impegni parasociali a **favore della società**. Si tratta normalmente di impegni di natura patrimoniale, i cui esempi più frequenti nella pratica sono i seguenti: il ripianamento di perdite con versamenti a fondo perduto, per non mutare la compagine sociale; la prestazione di finanziamenti a vario titolo, magari legati a certe evenienze, oppure di garanzie per finanziamenti che la società abbia da terzi; l'impegno a tenere indenne la società dalle perdite conseguenti a determinate iniziative particolarmente rischiose che interessano a taluni soci.

Secondo l'orientamento che pare maggioritario, non vi sono ostacoli ad ammettere l'azione della società per l'adempimento delle obbligazioni a suo favore²⁵. Invero, proprio in coerenza con la disciplina comune dei contratti, non pare esservi ragione per escludere che un patto parasociale possa contenere **disposizioni a favore di terzi**, fra cui anche la società, ai sensi dell'art. 1411 c.c.

Si osserva in particolare che tale profilo <<non ha nulla a che vedere con il problema dell'ipotetica efficacia reale dei patti>>, trattandosi appunto di un'efficacia diretta delle stipulazioni a favore del terzo corrispondente alla richiamata regola generale; dunque, <<potendo certamente la società stipulare contratti diretti con i propri soci e far valere le relative pretese>>, non vi è motivo per negare che <<possa anche esercitare pretese derivanti da un contratto a favore della società medesima>>, sussistendo i requisiti normativamente previsti²⁶.

Secondo alcuni precedenti, invece, la società non potrebbe avanzare pretese nei confronti delle parti di un patto cui non ha aderito²⁷. In particolare, sono stati espressi dubbi in merito alla <<difficoltà di applicare alle fattispecie esaminate le disposizioni sul rifiuto del terzo beneficiario e sulla revoca dello stipulante di cui all'art. 1411 c.c.>>, in quanto <<avuto riguardo alla causa in concreto dei patti parasociali, va ipotizzato che la liberazione di ciascun contraente non possa dipendere da un atto unilaterale della società terza, bensì da un atto negoziale di tutti i contraenti e che la revoca o la modifica della stipulazione sia pensabile solo con l'accordo (...) di tutti i partecipanti al patto>>²⁸.

Siffatta obiezione tuttavia pare assai poco convincente: secondo la comune disciplina dei contratti, nulla osta a che l'impegno a favore del terzo sia contenuto in un contratto plurilaterale (qual è normalmente un patto parasociale). Certamente la

²⁵ App. Milano 25 settembre 1998, in *Corr. Giur.*, 1999, 226.

²⁶ LIBERTINI, *I patti parasociali nelle società non quotate. Un commento agli articoli 2341 bis e 2341 ter del cod civ*, in ABBADESSA e PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto*, IV, cit., 485.

²⁷ Trib. Milano 31 maggio 1999, in *Giur. milanese* 2000, 89.

²⁸ Trib. Milano 19 aprile 2010, cit., che peraltro nel caso di specie conclude per l'inefficacia dell'impegno di un terzo a partecipare alla ricapitalizzazione della società in ragione del mancato avveramento di una condizione sospensiva (la concessione di autorizzazioni)

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

modifica o revoca del patto, prima dell'adesione del terzo, richiedono l'accordo unanime delle parti; ma si tratta di due momenti (la definizione del patto e l'adesione del terzo) distinti, che non incidono sulla causa del contratto. Dunque, non è dato ravvisare elementi preclusivi all'applicazione della fattispecie in esame.

c) Esecuzione coattiva degli impegni parasociali

L'efficacia obbligatoria dei patti porta tradizionalmente dottrina e giurisprudenza ad escludere che un effetto reale possa essere loro attribuito sanzionando l'inadempimento con **l'esecuzione in forma specifica** dei vincoli parasociali, quantomeno <<con modalità interferenti con l'organizzazione societaria>>²⁹. Parimenti, questo orientamento esclude che possa essere concessa una tutela in via **cautelare**, perchè non potrebbe il provvedimento essere più ampio di quanto si può ottenere in via ordinaria con l'esecuzione forzata³⁰. Dovrebbero quindi essere ammissibili solo provvedimenti giudiziali che non incidano sugli atti sociali in senso proprio.

Il caso paradigmatico, che normalmente viene considerato, è quello dell'impegno di voto.

Si afferma che «a parte ogni possibile rilievo sulla esperibilità tecnico-organizzativa e processuale» dei rimedi esecutivi e cautelari, «sembra comunque sistematicamente inammissibile che l'ordinamento possa consentire una tutela anticipatoria di un certo obbligo che, se violato, non darebbe luogo ad alcun rimedio invalidativo», posto che pacificamente il rispetto degli impegni parasociali **non condiziona la validità degli atti sociali**, soggetti solo alla legge ed allo statuto³¹.

In senso contrario si può però osservare che oggetto della tutela processuale (esecuzione in forma specifica o provvedimento cautelare) sarebbe solo **un'attività del socio**, aderente al patto parasociale e ad esso inadempiente, non invece un atto della società vero e proprio. Nell'esempio dell'esercizio del voto, il provvedimento giudiziale riguarderebbe solo questo, e quindi il socio vincolato in via parasociale, e non

²⁹ La precisazione è di LIBERTINI, *op. ult. cit.*, , 483, ove ulteriori riferimenti.

³⁰ Cass. 20 settembre 1995, n. 9975, cit., sia pure solo incidentalmente; Trib. Napoli 18 febbraio 1997, in *Soc.*, 1997, 935, contrario all'applicazione dell'art. 2932 c.c.; Trib. Roma 20 dicembre 1996, in *Giur. comm.*, 1997, II, 119, nel senso che <<non sarebbe comunque possibile un ordine impartito dal giudice di votare in un certo modo in assemblea>>; Trib. Torino, 10 marzo 1995, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 814.

³¹ LIBERTINI, *I patti parasociali nelle società non quotate Un commento agli articoli 2341 bis e 2341 ter del codice civile*, in ABBADESSA e PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto*, IV, cit., 484. Per ulteriori considerazioni in senso contrario all'ammissibilità dell'esecuzione, v. da ultimo FIORIO, *I patti parasociali*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza 2003-2009*, Bologna, 2009, 70 ss.

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

direttamente la delibera sociale, che resta valida a prescindere dall'inadempimento al patto parasociale³².

In effetti, l'orientamento restrittivo è stato recentemente rimesso in discussione sia in dottrina che in giurisprudenza.

Tale diversa tesi conferma e ribadisce che l'attuazione coattiva di un patto parasociale è «ammissibile soltanto nella misura in cui non interferisca con l'ordinato funzionamento della società», posto che la violazione del patto parasociale è inopponibile alla società, ai soci estranei e agli altri terzi. Ciò precisato, i possibili ostacoli alla tutela giudiziale sono di carattere processuale o materiale e vanno valutati caso per caso³³.

Vi sono quindi alcuni precedenti giurisprudenziali che hanno ritenuto applicabile il **rimedio cautelare "atipico" ex art. 700 c.p.c.** e hanno ordinato in via d'urgenza ad un socio di s.r.l. di votare secondo quanto stabilito in sede parasociale; in dottrina è stata anche prospettata anche la possibilità di surrogare con la **sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c.** l'atto sociale oggetto dell'impegno parasociale inadempito, ad es. la manifestazione del voto da parte di un socio, purchè nel caso concreto vi sia la possibilità materiale e giuridica prescritta da detta norma³⁴.

Si osserva in proposito che il rimedio della sentenza ex art. 2932 è applicabile <<anche ad altre ipotesi di manifestazione di volontà negoziale, anche unilaterale>> (diverse dal contratto) e <<concede tutela al creditore ogni qualvolta il debitore si sia impegnato ad effettuare una manifestazione di volontà>>, purchè sussista <<la predeterminazione (o il carattere predeterminabile) del contenuto volitivo>>, tale da consentire <<un provvedimento giudiziale idoneo a produrre gli effetti voluti>>³⁵.

Il punto, quindi, sembra essere quello della **possibilità pratica** di utilizzo dello strumento processuale, che deve essere compatibile con le intangibili regole

³² Non sembra quindi corretto il rilievo di OPPO, *Negozi parasociali*, cit., 124, per cui l'art. 2932 c.c. (sentenza che tiene luogo dell'atto omesso) non sarebbe applicabile in quanto l'attuazione coattiva dell'obbligo al voto richiede l'espressione di «una ulteriore volontà» (quella assembleare di cui la volontà del voto singolo è costitutiva) e «si produce direttamente nella sfera di un soggetto distinto dagli stipulanti, la società».

³³ POMELLI, *Stipulazione per facta concludentia, efficacia e coercibilità dei patti parasociali di voto*, in *Giur. Comm.*, 2011, II, 1513.

³⁴ Trib. Genova, ord. 8 luglio 2004, in *Soc.*, 2004, 1265, con nota di SEMINO, *I patti parasociali hanno assunto efficacia reale?*, ed in *Banca borsa*, 2006, II, 236, con nota adesiva di MACRÌ, *L'efficacia dei patti parasociali, ove anche ulteriori riferimenti anche di carattere processuale sull'esperibilità del rimedio cautelare atipico ex art. 700 c.p.c. e sull'ammissibilità della sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c.* Decisione analoga a quella genovese è stata inseguita adottata da Trib. Milano, 20 gennaio 2009, in *Soc.*, 2009, 1129.

³⁵ MACRÌ, *op. ult. cit.*, 250

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

dell'organizzazione sociale. Ferma la necessità di una **valutazione caso per caso**, nell'esempio sopra considerato pare dubbia la possibilità di esprimere il voto con la sentenza ex art. 2932: difficilmente il provvedimento potrebbe essere ottenuto prima della celebrazione dell'assemblea.

Meno problematica sembra invece essere la tutela giudiziale, per il solo fatto che l'impegno parasociale possa avere ad oggetto **un *facere infungibile***.

In dottrina si rileva che la prestazione è infungibile, e come tale insuscettibile di esecuzione forzata, quando dipende dalle qualità personali del debitore; «diversamente, se l'interesse del creditore può essere soddisfatto anche senza la cooperazione spontanea del debitore, ad es. da parte di terzi all'uopo istruiti, non v'è ostacolo» all'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di fare «attraverso un ausiliario del giudice ai sensi dell'art. 612 c.p.c.», «il problema semmai essendo quello della adeguata determinazione delle modalità di esecuzione dell'obbligazione da parte del terzo incaricato». Su queste premesse, si ritiene che l'esecuzione di un impegno di voto sia fungibile, purchè «la direzione del voto sia determinata ovvero determinabile sulla scorta del patto parasociale medesimo e che vi siano le condizioni per rispettare tutti i dettami del procedimento assembleare, ben potendo il giudice conferire ad un ausiliario legittimazione ad intervenire in assemblea»³⁶.

Qualora poi l'impegno parasociale sia ritenuto infungibile, parte della dottrina ritiene che esso possa comunque essere oggetto di un provvedimento di condanna, non essendo questa necessariamente condizionata dalla possibilità di esecuzione forzata, e quindi anche di un ordine emesso dal giudice in via cautelare, ex art. 700 c.p.c.: tale provvedimento, infatti, potrebbe comunque risultare utile per indurre un adempimento spontaneo o attivare altri rimedi sanzionatori e risarcitori; fra questi, va ricordata anche la penale che lo stesso giudice può comminare ex art. 614 bis c.p.c., per ogni violazione o inosservanza della condanna³⁷.

Ciò che comunque il dibattito ora riportato mette in luce è che non sembra potersi escludere a priori ed in astratto la possibilità di esecuzione in forma specifica di un obbligo parasociale, così come per qualunque obbligo contrattuale. Il risarcimento del danno, eventualmente anche assistito dalla previsione nel patto parasociale di penali o altri meccanismi rafforzativi (sui quali *infra* par. 7.1), resta il rimedio principale contro l'inadempimento, ma ad esso possono affiancarsi altri rimedi previsti dall'ordinamento.

Tale considerazione non porta a negare la premessa e fondamentale distinzione, per cui i patti parasociali hanno rilevanza obbligatoria e non gli effetti reali tipici del contratto sociale, purchè s'intendano correttamente questi termini. Va quindi

³⁶ POMELLI, *Stipulazione per facta concludentia*, cit., 1518.

³⁷ POMELLI, *Stipulazione per facta concludentia*, cit. 1515, ove ulteriori riferimenti.

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

confermato il rilievo per cui le previsioni parasociali non possono di per sé vincolare soggetti estranei al patto, non avendo gli effetti legali propri del contratto sociale e degli atti adottati in base ad esso (quali le delibere dei soci). Ciò tuttavia non consente di affermare che gli impegni parasociali debbano essere per principio del tutto incoercibili: al contrario, essi per principio sono assistiti dalle tutele giudiziali previste per tutti gli obblighi contrattuali. Né può essere di ostacolo alla tutela giudiziale il fatto che essa abbia effetti sulla vita sociale: come si diceva, il patto parasociale per sua natura incide sulle dinamiche della società. E la legge stessa prevede un sistema di pubblicità dei patti, di cui meglio diremo, la cui inosservanza porta alla sterilizzazione del voto dei soci che vi aderiscono, con possibili conseguenze sul *quorum* deliberativo e sulla impugnabilità della delibera assunta col voto vietato (artt. 2341 ter c.c. e 122 t.u.f.); in definitiva, <<il legislatore riconosce, sia pure in maniera apparentemente limitata agli aspetti della pubblicità e all'incidenza del suo mancato assolvimento sulle delibere assembleari, la **possibile rilevanza dei fenomeni negoziali parasociali sullo svolgimento** (*rectius*, esecuzione) assembleare **del contratto sociale**>>³⁸.

e) Autonomia degli atti sociali

Aldilà dei casi sopra menzionati, i limitati effetti del patto parasociale e la sua diversa natura rispetto al contratto sociale portano ad affermare, come principio generale, che le vicende del primo non possano incidere sull'esecuzione del secondo. In altre parole, gli atti compiuti da un socio in quanto tale, o che comunque abbiano rilevanza nell'esecuzione del contratto sociale, sono soggetti alle regole societarie, quand'anche siano motivati dalla volontà di adempiere ad un patto parasociale; pertanto, l'eventuale invalidità o inefficacia per qualunque causa del patto parasociale non determina l'annullamento di quegli atti³⁹. Così com'è valido il voto espresso in assemblea dal socio in modo difforme da quanto deciso dal sindacato cui aderisce, altrettanto resta valido il voto espresso in conformità alla decisione di un sindacato successivamente dichiarato nullo; né potrà essere chiesta la restituzione di somme versate a copertura perdite, per il fatto che il versamento era stato fatto in esecuzione di un accordo invalido.

f) Prescrizione

Fra i corollari della distinzione dei patti parasociali dal contratto sociale e dalla relativa disciplina, per tradizionale insegnamento⁴⁰ va poi annoverata l'inapplicabilità

³⁸ MACRÌ, *op. cit.*, 243 e 244. Per analoghe osservazioni, con riferimento alla legislazione speciale, COSTI, *I sindacati di voto nella legislazione più recente*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 34.

³⁹ Cass. 21 novembre 2001, in *Soc.* 2002, 1246, con nota di PROVERBIO, *Brevi note in tema di rapporto tra sociale e parasociale*.

⁴⁰ OPPO, *Negozi parasociali*, cit., 102. Fra le pronunce più recenti, Cass. 27 luglio 2004, n. 14094, in *Riv. not.*, 2005, 1443; Trib. Milano 2 luglio 2001, in *Giur. it.* 2002, 563. Apparentemente in senso contrario è Coll. arb. Napoli, 29 marzo 2007, in *Riv. dir. soc.*, 2007, 2,

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

ai primi del termine quinquennale di **prescrizione**, previsto dall'art. 2949 c.c. per <<i>diritti che derivano dai rapporti sociali>>; le pretese derivanti dal patto parasociale sono dunque soggette all'ordinario termine **decennale**.

2.3 (Segue): Conseguenze del collegamento col contratto sociale

Nel ricostruire la disciplina dei patti parasociali occorre considerare non solo la caratteristica loro distinzione dal contratto sociale, ma anche, in senso opposto, il loro collegamento funzionale con quest'ultimo, che come si diceva funge da presupposto necessario di tali accordi.

Il rapporto di collegamento fra il contratto parasociale e quello sociale viene qualificato come <<vera **accessorietà giuridica**>>, quindi con <<dipendenza unilaterale>> del primo dal secondo; il che non esclude una <<dipendenza reciproca quando il negozio accessorio assume veste essenziale in rapporto all'intento perseguito in concreto, sì che non si sarebbe voluto il contratto sociale senza il negozio parasociale>>. Peraltro, il collegamento è opponibile solo fra le parti, e non agli altri soci, alla società e ai terzi; quindi <<una ripercussione reale delle vicende del negozio accessorio sulla posizione delle parti in società è in principio esclusa>> e ogni <<eventuale modifica del contratto sociale (...) sarà soggetta al suo proprio regolamento di forma e di sostanza>>⁴¹.

Il carattere accessorio del patto parasociale, per opinione comune, comporta che il venir meno del contratto sociale fa cessare gli effetti anche del patto⁴². In generale, anche in mancanza di previsioni espresse, si ritiene che <<**le vicende della società possano influire sugli effetti e sull'esecuzione del patto**, determinandone di volta in volta la risoluzione per impossibilità sopravvenuta o per eccessiva onerosità, ovvero

171, seppure non come unica *ratio decidendi* e nella considerazione che nel caso di specie il patto presentava una certa <<anomalia>>, in quanto <<'profili personali' e 'profili societari' risultano a tal punto 'intrecciati' e 'frammischiati' da (...) imputare alla società 'comportamenti' dei soci e a questi 'comportamenti' della società>>.

⁴¹ OPPO, *op. ult. cit.*, 82.

⁴² Cass., 8 agosto 1963, n. 2244, in *Giust. civ.*, 1963, I, 1772, in un caso di invalidità del contratto sociale. Id., 20 settembre 1995, n. 9975, cit., nel senso che nella <<evenienza in cui la società abbia termine quando il sindacato è ancora in vigore (...) non vi sarebbe più (...) la possibilità di dare esecuzione agli accordi parasociali>>, fermo restando che <<attenendo i patti parasociali di sindacato non già all'organizzazione ed alla vita dell'ente collettivo, bensì a rapporti di carattere personale facenti capo unicamente ai firmatari del patto, ben s'intende come sia arbitrario trasformare *sic et simpliciter* il termine di durata della società in una scadenza convenzionale fissata per il patto di sindacato>>.

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

l'obbligo di rinegoziazione, fondato sul principio di buona fede nell'esecuzione del contratto>>⁴³.

a) Le vicende della partecipazione "sindacata"

Non altrettanto sembra potersi dire, però, sulle vicende che riguardano la singola partecipazione sociale di un aderente al patto, nel senso che l'alienazione o comunque **il venir meno della partecipazione** potrebbe rendere impossibile l'adempimento dell'impegno parasociale (es. sull'esercizio del voto), ma correlativamente comporta la **responsabilità** dell'alienante per l'inadempimento.

Invero, si osserva in dottrina che il vincolo parasociale, a differenza di quello sociale, <<resta in capo a chi lo assume anche quando questi non fosse più socio. Quel vincolo, infatti, non inerisce alla partecipazione sociale e si traduce in un obbligo assunto a titolo personale rispetto al quale la disponibilità della partecipazione e dei diritti che essa assicura si pone quale mezzo o condizione per l'adempimento>>⁴⁴.

Alla luce di tale precisazione vanno valutate le **clausole "di continuazione"** frequentemente inserite nei patti parasociali, con cui le parti riferiscono i propri impegni anche ad eventuali loro aventi causa, e talvolta si assumono l'esplicito impegno a procurare il subentro di costoro nel patto (rispondendone così ai sensi dell'art. 1381 c.c.). Secondo la disciplina generale dei contratti, non può evidentemente essere pattuito alcun subentro automatico di un terzo nel rapporto obbligatorio, né tale subentro può essere conseguenza del trasferimento della partecipazione sociale⁴⁵; pertanto, la previsione pattizia, salva una sua più appropriata formulazione, può essere interpretata come **manifestazione del consenso** delle altre parti al subentro nel patto del terzo cessionario della partecipazione, che si perfeziona con l'accettazione da parte del cessionario stesso⁴⁶.

⁴³ LIBERTINI, *I patti parasociali nelle società non quotate. Un commento agli articoli 2341 bis e 2341 ter del cod civ*, in ABBADESSA e PORTALE (diretto da) *Il nuovo diritto*, IV, cit., 485.

⁴⁴ RESCIO, *I patti parasociali nel quadro dei rapporti contrattuali dei soci*, in ABBADESSA e PORTALE (diretto da) *Il nuovo diritto*, I, cit., 453. In senso contrario, seppur sempre in considerazione delle particolarità del caso e della ritenuta rilevanza anche sociale del patto, Coll. arb. Napoli, 29 marzo 2007, cit.: in quel caso, infatti, all'alienazione della partecipazione di una parte era seguita l'alienazione anche dell'altra parte, prima che l'avente causa della precedente alienazione avesse manifestato il consenso al subentro nel patto parasociale; sicché in definitiva la ritenuta cessazione di effetti del patto sembra essere legata piuttosto alla tardiva adesione dell'avente causa (manifestata solo dopo molti anni).

La permanenza degli obblighi parasociali può peraltro incontrare il limite dei casi di recesso imperativamente previsti dall'art. 2437 c.c., sul quale v. *infra* al par. 5.

⁴⁵ Il rilievo è pacifico, ma v. sul punto Cass., 20 settembre 1995, n. 9975, cit.

⁴⁶ Questo è stato il caso deciso da Coll. arb. Napoli, 29 marzo 2007, cit.

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

2.4 (Segue): Atipicità e meritevolezza

La legge, come si diceva, non contiene una definizione generale di patto parasociale, né regola i diritti e gli obblighi reciproci delle parti; la disciplina legale è limitata ad alcune categorie di patti e ad alcuni aspetti (i limiti di durata e gli adempimenti pubblicitari). Pertanto, i patti parasociali sono ancora oggi **contratti atipici**⁴⁷.

Non è però da escludere <<che essi integrino gli elementi di un autonomo negozio tipico>>, o che possano essere qualificati come associazioni, ad esempio nei casi dei sindacati di voto o degli accordi di tipo consortile, che spesso comportano la previsione di veri e propri organi deliberativi⁴⁸.

Nel caso da ultimo delineato, quando cioè assumano <<caratteri più prossimi a quelli propri dei **contratti associativi** che non dei contratti di scambio>>, con <<previsioni di tipo organizzativo>>, la loro disciplina può <<trovare solidi punti di riferimento (almeno in via analogica) nelle ... disposizioni in tema di associazioni non riconosciute>>⁴⁹. Ed anche in mancanza di elementi organizzativi, l'accordo può facilmente avere le caratteristiche del contratto plurilaterale con comunione di scopo, con la conseguente applicazione del principio di essenzialità della singola partecipazione per stabilire se la sua invalidità o risoluzione si ripercuote sull'intero accordo (artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 c.c.)⁵⁰.

In quanto contratti atipici, i patti parasociali sono soggetti alla **valutazione di meritevolezza** prevista dall'art. 1322 c.c., che dev'essere condotta con riferimento al loro contenuto **concreto**. Tuttavia, il riconoscimento normativo di determinati patti e la loro pur parziale disciplina porta a ritenere che la stabilizzazione degli assetti proprietari

⁴⁷ COSTI, *I patti parasociali*, cit. 206; MAZZAMUTO, *I patti parasociali: una prima tipizzazione legislativa*, cit. 1086; FARENGA, *I contratti parasociali*, cit., 111.

⁴⁸ OPPO, *Negozi parasociali*, cit., 88 e 89, facendo l'esempio di un patto che regoli un rapporto commerciale fra socio e società (somministrazione, vendita, agenzia ecc.); viene invece esclusa la possibilità di qualificare come fideiussione il patto con cui un aderente garantisca un utile minimo ad un altro, che configura un'obbligazione diversa e più onerosa rispetto a quella garantita (quella della società, che è limitata all'utile effettivamente realizzato) e non assistita dal regresso (del garante verso la società, la quale non è tenuta oltre il limite anzidetto), mancando così i caratteri previsti dagli artt. 1941 e 1950.

⁴⁹ RORDORF, *I sindacati di voto*, in *Soc.*, 2003, 19.

⁵⁰ In tal senso, COTTINO, *Le convenzioni di voto nelle società commerciali*, Torino 1958, 196. L'Autore, riferendosi specificamente ai sindacati di voto, ritiene invece più difficile configurare i caratteri di un'associazione in senso stretto, in particolare la gestione di rapporti con i terzi, e quindi propende in presenza di organi per configurare <<una forma atipica di associazione in senso ampio>> (*op. ult. cit.*, 202 e 203). Per un'applicazione dell'art. 1420 ad un sindacato di voto, Trib. Milano (ord.), 28 marzo 1990, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, 337, e in *Giur. comm.* 1990, II, 786, nel noto caso Mondadori

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

e del governo societario, anche attraverso una regolamentazione pattizia dell'esercizio del voto, corrisponda ad <<interessi meritevoli di tutela>> ai sensi del citato art. 1322.

Torneremo più avanti sull'argomento, affrontando il tema più ampio dei limiti di validità dei patti parasociali (par. 7). Vedremo che le questioni di validità dei patti si pongono specialmente in ragione del loro legame funzionale con il contratto sociale, e quindi rispetto alle norme del diritto societario.

2.5 (Segue): profili di diritto internazionale privato e comunitario

La distinzione dei patti parasociali dal contratto sociale cui si riferiscono ha una certa rilevanza anche sulla **determinazione della legge applicabile** ai patti: questione che si pone sia laddove questi abbiano elementi di estraneità al nostro ordinamento, ad esempio siano stipulati con parti straniere o riguardino società straniere, sia per valutare se le parti possano scegliere di assoggettare l'accordo ad una legge straniera.

La norma di riferimento del nostro diritto internazionale privato, com'è noto, prevede che le società siano regolate dalla legge dello Stato dove <<è stato perfezionato il procedimento di costituzione>>, e comunque dalla legge italiana se l'amministrazione o l'attività principale si trovino in Italia (art. 25 legge 31 maggio 1995, n. 218). Tale regola si applica anche rispetto agli altri ordinamenti comunitari, in assenza di precetti superiori: in particolare, il Regolamento CE 17 giugno 2008, n. 593, <<sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali>>⁵¹ esclude dalla sua applicazione le <<questioni inerenti al diritto delle società>> [art. 1, 2° co., lett. f)]⁵², confermando quindi che in materia societaria le regole di conflitto sono quelle adottate da ciascuno Stato.

a) Criteri alternativi

Tuttavia, dal momento che i patti parasociali sono autonomi e in linea di principio estranei alla disciplina societaria, dovrebbe coerentemente escludersi l'applicazione del criterio sopra indicato (c.d. *lex societatis*) e ammettersi piuttosto

⁵¹ Il citato Regolamento CE n. 593/2008, c.d. 'Roma I', ha sostituito (dal 17 dicembre 2009) la Convenzione di Roma sulle obbligazioni contrattuali, datata 9 ottobre 1980 e ratificata in Italia con la legge 18 dicembre 1984, n. 975.

⁵² La norma prevede che sono escluse <<le questioni inerenti al diritto delle società, associazioni e persone giuridiche, su aspetti quali la costituzione, tramite registrazione o altrimenti, la capacità giuridica, l'organizzazione interna e lo scioglimento delle società, associazioni e persone giuridiche e la responsabilità personale dei soci e degli organi per le obbligazioni della società, associazione o persona giuridica>>. Analoga esclusione era prevista nella Convenzione di Roma cit. (art. 1, lett. e).

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

l'applicazione dei criteri generali del diritto dei contratti (c.d. *lex contractus*), fra i quali spicca la libera scelta delle parti⁵³.

La dottrina infatti ritiene comunemente che **in linea di principio il criterio di collegamento** relativo ai patti parasociali sia quello previsto **per le obbligazioni contrattuali**⁵⁴, operando tuttavia una serie di distinzioni sulle quali non vi è piena concordanza di opinioni.

Per alcuni, <<alla *lex contractus* appartiene comunque il giudizio sul contratto come fattispecie-base (distinta rispetto agli effetti che produce) ossia sulla formazione del consenso, sulla determinatezza dell'oggetto, sul regime dell'invalidità o dell'inefficacia ecc.>>, ossia i profili puramente negoziali dell'accordo; alla *lex societatis* sarebbero invece soggetti gli aspetti del patto che abbiano <<**influenza sulla vita della società**>>, ossia che non esauriscano i loro effetti fra le parti, perché in questi casi sarebbero coinvolti <<i diritti e gli obblighi inerenti>> alla qualità di socio cui si riferisce l'art. 25 legge 218/95⁵⁵.

Altri autori ritengono invece che <<dal punto di vista del diritto positivo, nelle **società per azioni 'chiuse'** (e in quelle a responsabilità limitata), non sembra sussistere alcuna 'spia' indicatrice atta a rendere effettivo il collegamento tra patti parasociali e momento societario>>; per contro, nelle società per azioni quotate e nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio i patti parasociali sono soggetti ad **obblighi di pubblicità** (artt. 122 t.u.f. e 2341 ter c.c.), con annesse sanzioni anche di impugnabilità delle delibere, che <<sembrano piuttosto riconducibili più correttamente alla *lex societatis*>>⁵⁶. Inoltre, dovrebbe riconoscersi una limitata derogabilità, anche nelle società chiuse, alle norme che limitano la durata del patto e prevedono un diritto di recesso (art. 2341 bis c.c. e 123 t.u.f.), non tanto quali norme di applicazione necessaria, ma quali principi imperativi: in concreto, potrebbe derogarsi alla durata quinquennale

⁵³ È questo il primo criterio enunciato dal Regolamento CE n. 593/2008, all'art. 3. Simile era la formulazione dell'art. 3 della Convenzione di Roma, cit.

⁵⁴ CARBONE, *Patti parasociali, autonomia privata e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. internaz. priv. process.*, 1991, 885.

⁵⁵ BALLARNO, *Problemi di diritto internazionale privato dopo la riforma*, in ABBADESSA e PORTALE (diretto da) *Il nuovo diritto*, I, cit., 163: l'Autore cita, ad esempio di clausole influenti sulla società, quella che preveda l'obbligo di effettuare finanziamenti, mentre un patto con effetti meramente *inter partes* sarebbe quello che pone limiti al trasferimento delle partecipazioni.

⁵⁶ MUNARI, *Patti parasociali e nome di diritto internazionale privato e comunitario*, in *Dir. comm. internaz.* 2003, 129 ss. Peraltro va ricordato che la disciplina delle società quotate si applica solo alle <<società italiane>> (art. 119 t.u.f.) e la Consob può escluderla quando la quotazione avvenga <<solo in mercati regolamentati di altri paesi dell'Unione europea>> (art. 124 t.u.f.).

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

<<nella misura in cui la *lex contractus*, ma anche la stessa disciplina contrattuale scelta dalle parti (...) preveda comunque una durata ragionevole del rapporto ovvero se a tempo indeterminato, un ragionevole periodo di preavviso>>⁵⁷.

b) Coincidenza dei criteri

L'opzione fra i criteri di collegamento contrattuali e quelli societari può avere **di fatto** scarsa rilevanza, se non per decidere se sia legittima la designazione negoziale della legge applicabile (possibile in virtù dei primi e non dei secondi). Invero, anche la *lex contractus* dovrebbe il più delle volte portare all'applicazione (in assenza appunto di una scelta delle parti) della legge regolatrice della società.

A tale conclusione si perviene applicando principio per cui <<il contratto è regolato dalla legge del paese col quale presenta **il collegamento più stretto**>> (art. 4, 4° co., Regolamento CE 593/2008). Difficilmente un patto parasociale presenta i caratteri dei contratti di scambio contemplati dalla norma in esame, e quindi può dirsi soggetto agli altri criteri previsti per tali contratti; inoltre, di norma non è neppure agevole stabilire quale sia <<la parte che deve fornire la prestazione caratteristica del contratto>> (art. 4 cit., 1° e 2° co.). Ed anche nei casi dubbi, il rilievo che le prestazioni degli aderenti al patto si riferiscono normalmente alla società dovrebbe portare a ritenere che il patto stesso <<presenta collegamenti manifestamente più stretti>> con il paese in cui è situata la sede della società, piuttosto che con quello di residenza di una delle parti (art. 4 cit., 3° co.)⁵⁸.

c) La scelta delle parti

Quanto alla **libertà di scelta della legge applicabile** ai patti, la tesi che la vorrebbe limitata in virtù di un'applicazione generalizzata del criterio della *lex societatis* non pare del tutto persuasiva, rispetto all'impostazione per cui i patti parasociali (che per essere tali attengono sempre alla vita della società) sono distinti dal contratto sociale.

Più coerente con tale impostazione sembra invece il rilievo per cui <<salve le disposizioni sulla durata e sul recesso non paiono sussistere specifiche ulteriori esigenze imperative dell'ordinamento positivamente previste, potendo quindi l'autonomia privata

⁵⁷ MUNARI, *Patti parasociali e norme di diritto internazionale privato e comunitario*, cit., 134. L'A. (a p. 138) precisa anche che le norme sulla durata e il recesso, pur se riferite dall'art. 2341 bis c.c. anche alla controllante, non potrebbero applicarsi se questa è società non avente sede o attività principale in Italia, essendo tali limiti previsti dall'art. 25 legge 218/95.

⁵⁸ A questa conclusione giunge BALLARINO, *Problemi di diritto internazionale privato dopo la riforma*, in ABBADESSA e PORTALE (diretto da) *Il nuovo diritto*, I, cit., 164, seppure con riferimento alla disciplina della Convenzione di Roma (sostanzialmente simile a quella del Regolamento CE 593/2008): evidenza che il luogo in cui è svolta l'attività degli aderenti al patto parasociale (tutt'ora rilevante ex art. 19 Regolamento CE 593/2008) coincide normalmente con quello della società.

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

scegliere, caso per caso, ed avvalendosi anche del richiamo a norme straniere, le soluzioni più aderenti alle volontà dei (para)soci con riferimento ad assetti proprietari e modelli gestionali>>⁵⁹.

3. Lineamenti generali e finalità della disciplina della durata e della pubblicità

a) Sintesi della disciplina

La disciplina dei patti parasociali recentemente introdotta negli artt. 2341 bis e ter c.c. riprende sostanzialmente le norme speciali che già regolavano le s.p.a. quotate in mercati regolamentati. Si applica a **determinati accordi**, quelli che hanno <<per oggetto l'esercizio del **diritto di voto** nelle società>>, o il **trasferimento delle partecipazioni**, o <<l'esercizio anche congiunto di **un'influenza dominante** su tali società>> o, per le sole quotate, recano vincoli rispetto alle offerte pubbliche d'acquisto o scambio (artt. 2341 bis c.c. e 122 t.u.f.).

In sintesi, le norme in esame si incentrano su due aspetti:

- da un lato, prevedono un limite massimo di **durata** degli accordi o, se a tempo indeterminato, un diritto di **recesso** con un dato preavviso;

- dall'altro lato, prevedono un **regime di pubblicità** degli accordi stessi. Gli obblighi pubblicitari peraltro si applicano alle **sole società quotate**⁶⁰, eccetto i patti limitati alle partecipazioni minoritarie (art. 122, co. 5 ter, t.u.f.), e alle società che comunque <<fanno ricorso al mercato del capitale di rischio>> (art. 2341 ter c.c.), ossia le cui azioni siano <<diffuse fra il pubblico in misura rilevante>> (art. 2325 bis c.c.; **società c.d. diffuse**)⁶¹.

⁵⁹ MUNARI, *op. cit.*, 140. Va ricordato che, a norma dell'art. 3, 3° co., Regolamento CE 593/2008, se le parti scelgono la legge di un paese diverso da quello in cui <<tutti gli altri elementi pertinenti alla situazione siano ubicati>>, resta salva <<l'applicazione delle disposizioni alle quali la legge>> di quest'ultimo paese <<non consente di derogare convenzionalmente>>, oppure se il paese 'derogato' è uno Stato comunitario, le disposizioni inderogabili di diritto comunitario.

⁶⁰ Ai sensi dell'art. 119 t.u.f., si tratta delle <<società italiane con azioni quotate in mercati regolamentati italiani o di altri paesi dell'Unione europea>>, con esclusione quindi delle società straniere pur quotate in Italia.

⁶¹ Per stabilire la <<misura rilevante>> l'art. 111 bis disp. att. c.c. rinvia al regolamento Consob delegato dall'art. 116 t.u.f. A tal proposito, l'art. 2 bis del reg. emittenti (n. 11971 del 1999, come modificato dalla delibera del 23 dicembre 2003, n. 14372) recita: <<sono emittenti azioni diffuse fra il pubblico in misura rilevante gli emittenti italiani i quali, contestualmente: a) abbiano azionisti diversi dai soci di controllo in numero superiore a 200 che detengano complessivamente una percentuale del capitale sociale almeno pari al 5%; b) non abbiano la possibilità di redigere il bilancio in forma abbreviata (...). I limiti di cui al comma precedente si considerano superati soltanto se le azioni alternativamente: - abbiano costituito oggetto di una

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

Vi sono alcune **differenze** fra la disciplina prevista per le società quotate e quella per le altre s.p.a., che meglio vedremo e che si possono riassumere:

- in un minor termine di durata dei patti (tre anni per le quotate e cinque anni per le altre) e

- in un più efficace regime pubblicitario per le quotate, articolato sulla comunicazione alla Consob, sulla pubblicazione in quotidiani e sul deposito nel registro delle imprese, mentre per le società diffuse gli adempimenti sono limitati alla comunicazione alla società stessa e alla dichiarazione nei verbali d'assemblea, a loro volta da depositare nel registro delle imprese. Nel primo caso (delle quotate) sono anche previste sanzioni più rigorose (comprendenti la sanzione amministrativa ex art. 193, 2° co., t.u.f.), pur contemplandosi in entrambi il divieto di voto per le azioni cui si riferisce il patto non pubblicato.

In pratica, per le **società c.d. chiuse** non è previsto alcun regime di pubblicità, sempreché non siano controllanti di altre **società c.d. aperte** (quotate o diffuse), mentre per queste ultime il regime è via via più completo e articolato passando dalle società diffuse a quelle quotate; dunque, solo i patti parasociali relativi alle s.p.a. chiuse, oltre ad alcuni casi residuali ⁶², potranno essere mantenuti **riservati** o segreti, perseguendosi così uno dei principali moventi che tradizionalmente portano alla stipula di tali accordi.

Sull'altro profilo, dei limiti di durata, le due discipline, rispettivamente per le società quotate e non, presentano differenze assai minori (la durata di 3 invece di 5 anni); e sostanzialmente marginali appaiono anche alcune divergenze nella descrizione delle fattispecie (patti di consultazione, *joint ventures* , strumenti diversi dalle azioni), come meglio vedremo.

b) **La ratio**

sollecitazione all'investimento o corrispettivo di un'offerta pubblica di scambio; - abbiano costituito oggetto di un collocamento, in qualsiasi forma realizzato (...) - siano negoziate su sistemi di scambi organizzati con il consenso dell'emittente o del socio di controllo; - siano emesse da banche (...). Non si considerano emittenti diffusi quegli emittenti le cui azioni sono soggette a limiti legali alla circolazione ... ovvero il cui oggetto sociale prevede esclusivamente lo svolgimento di attività non lucrative di utilità sociale o volte al godimento da parte dei soci di un bene o di un servizio>>. A rigore la nozione di <<ricorso al mercato del capitale di rischio>> ex art 2325 c.c. comprende anche le società quotate, ma opportunamente l'art. 122, ult. co., precisa che a queste ultime si applica solo il regime pubblicitario del t.u.f. e non quello, come vedremo diverso, stabilito dall'art. 2341 ter.

⁶² Sono esclusi dalla pubblicità, come accennato, anche gli accordi riguardanti partecipazioni in società quotate complessivamente inferiori alla soglia di rilevanza del due per cento del capitale (art. 122, co. 5 ter, t.u.f.), nonché gli accordi che per il loro contenuto esulino dalla pur ampia casistica prevista dalle norme in esame.

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

L'intento manifesto del legislatore della riforma societaria è stato proprio quello di estendere la disciplina precedentemente introdotta per le società quotate⁶³. A sua volta, lo scopo ultimo di questa disciplina è la <<efficienza>> e la <<trasparenza del mercato del controllo societario e del mercato dei capitali>>, come enuncia la norma programmatica d'apertura della parte del t.u.f. riferita agli <<emittenti>>, fra cui le società quotate (art. 91, con riferimento ai poteri di vigilanza della Consob): in sintesi, il legislatore ha inteso assicurare la trasparenza e limitare la durata dei patti parasociali tradizionalmente volti a stabilizzare il controllo delle società, a beneficio della **contendibilità** delle società stesse⁶⁴.

Per opinione comune degli interpreti, la <<filosofia di fondo>> delle norme del t.u.f. <<può essere individuata nella ricerca di **un punto di equilibrio** tra l'interesse alla stabilità del controllo e l'interesse alla contendibilità, tra il principio dell'autonomia privata, cioè della libertà negoziale, e i possibili effetti distorsivi del mercato>>⁶⁵.

c) **Precisazioni sulle non quotate**

La medesima *ratio* dovrebbe dunque valere anche per le norme introdotte nel codice civile **per le società non quotate**, in quanto sostanzialmente mutate dal t.u.f. In effetti, in dottrina così come nei vari progetti di riforma del codice è sempre stata avvertita la necessità di porre un limite temporale ai patti parasociali, al fine di agevolare il cambiamento degli assetti di controllo⁶⁶. Tuttavia, sul punto occorrono alcune precisazioni.

Le società non quotate sono per definizione estranee ai mercati regolamentati, sicché l'interesse alla contendibilità di queste società è inevitabilmente più debole. Nondimeno, anche in mancanza di un coinvolgimento del mercato e della generalità degli investitori sussiste pur sempre un analogo interesse a favorire un ricambio nelle posizioni <<di comando>> della società, in capo ai terzi (soci, o potenziali tali) **estranei** al patto, che il legislatore ha riconosciuto come meritevole di tutela⁶⁷. Ed il regime

⁶³ Nella Relazione allo schema di decreto (in *Giur. comm.*, suppl. al n. 4/2003), al pt. 2, si legge che la nuova disciplina si pone <<in continuità con le norme a suo tempo introdotte dal testo unico della intermediazione finanziaria>>.

⁶⁴ Lo scopo di <<incrementare la contendibilità del controllo>> è espresso dal Presidente della commissione incaricata della redazione del t.u.f., prof. Mario Draghi, nell'audizione avanti alla Commissione Finanze della Camera, in *Riv. soc.* 1998, 201.

⁶⁵ MONTALENTI, *La società quotata*, in COTTINO (diretto da) *Trattato di diritto commerciale*, IV, 2, Padova 2004, 139.

⁶⁶ Lo segnala con ulteriori riferimenti PRATELLI, *Rinnovo di patti parasociali e opzioni put & call*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 932.

⁶⁷ Lo riporta, anche con riferimento ai vari progetti di riforma, LOMBARDI, *I patti parasociali nelle società non quotate e la riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 279. Sulla stessa premessa, ma con affermazione forse troppo drastica, per quanto argomentato nel testo,

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

pubblicitario, seppur limitato alle società diffuse, ossia quelle che sono aperte ad una maggior circolazione del capitale, è di per sé volto ad informare chi è estraneo al patto dell'esistenza di quei vincoli. In questo senso è possibile parlare di tutela della contendibilità anche per le società non quotate, anche in assenza di superiori istanze di garanzia dell'efficienza dei mercati regolamentati.

d) Tutela del diritto di *exit*

Accanto al profilo della contendibilità, la limitazione di durata dei patti parasociali tutela evidentemente anche la **libertà dei soci aderenti** ai patti stessi.

In dottrina vi è chi pone un particolare accento su questa seconda finalità, ritenendo che, specialmente nelle s.p.a. non quotate, il limite legale di durata dei patti parasociali sia strumentale a favorire l'esercizio del diritto del socio ad uscire dalla società, nei casi previsti dal diritto societario.

Si osserva anzitutto che normalmente il patto parasociale determina una situazione di controllo congiunto e di direzione e coordinamento della società (da parte degli aderenti al patto) e che l'art. 2497 *quater*, lett. c), c.c. prevede il diritto di recesso dei soci <<all'inizio e alla cessazione>> di tale situazione (purché ne derivi <<un'alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento>>). Dunque, il limite di durata dei patti parasociali consente periodicamente ai soci, sia quelli aderenti sia quelli estranei al patto, di rivedere l'opportunità di mantenere o no l'investimento nella società⁶⁸. In altre parole, il limite di durata consente non solo di liberarsi dal vincolo pattizio, ma anche dalla partecipazione sociale.

Altri giunge a simili conclusioni, con diverse considerazioni. In particolare, osserva che nelle società non quotate (a differenza da quelle quotate), i patti contemplati dall'art. 2341 bis siano in buona parte suscettibili di inserimento nel contratto sociale (*in primis* i vincoli al trasferimento delle partecipazioni): ciò giustifica la previsione solo per i patti parasociali dello specifico regime di pubblicità, essendo lo statuto già oggetto di pubblicazione nel registro delle imprese. Invece, la mancata estensione del limite di durata alle clausole statutarie aventi contenuto analogo a quei patti (nonostante i loro maggiori effetti reali e di opponibilità ai terzi) rappresenta una diversità di trattamento solo apparente: essa si spiega, ritenendo che la *ratio* della norma stia <<nella **tutela del diritto di *exit* del socio** e nella necessità di diversamente modulare gli interventi normativi quando tale diritto sia messo in pericolo con mezzi sociali o parasociali>>.

CHIONNA, *La pubblicità dei patti parasociali*, Milano, 2008, 131, nel senso che sarebbe <<assolutamente marginale o addirittura estranea alle esigenze delle società chiuse ogni forma di garanzia di una migliore c.d. contendibilità del controllo della società sul mercato (e così il relativo interesse dei terzi estranei alla società)>>.

⁶⁸ SAMBUCCI, *Patti parasociali*, in ABRIANI (a cura di), *Dizionari del diritto privato, Diritto commerciale*, Milano 2011, 638-639. Per le società quotate la tutela al disinvestimento è evidentemente rimessa alla negoziabilità delle azioni sul mercato.

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 17/2012

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

Infatti, mentre <<il vincolo derivante dal patto sociale resta in capo al socio finché questi è tale>>, e l'art. 2355 bis stabilisce una durata massima all'eventuale clausola statutaria di blocco della partecipazione, <<il vincolo derivante dal patto parasociale, invece, resta in capo a chi lo assume anche quando questi non fosse più socio>>, avendo esso come si diceva carattere obbligatorio; pertanto, <<il patto parasociale (nel quale non sia prevista una clausola di cessazione del vincolo in caso di uscita dell'obbligato dalla società) può rappresentare un ostacolo al diritto di *exit*, poiché il socio è indotto a non farne uso per evitare le sanzioni connesse all'inadempimento>>. In altre parole, è possibile <<giustificare alla luce della piena tutela del diritto di *exit* del socio la limitazione quinquennale della durata dei patti parasociali (e soltanto di questi), in quanto esso è coerente con l'identica limitazione quinquennale del blocco del diritto di *exit* (cessione della partecipazione e recesso del socio) attuabile nella s.p.a. con patti sociali in forza dell'art. 2355 bis>>⁶⁹.

Alla luce di questa interpretazione della *ratio legis*, ossia <<mediante un processo di riduzione teleologica della fattispecie>>, lo stesso Autore sostiene che il patto parasociale <<il cui contenuto possa essere lecitamente trasposto sul piano sociale, sebbene astrattamente rientrante>> nelle categorie dell'art. 2341 bis, <<non è assoggettato al limite massimo quinquennale ove contenga un meccanismo di liberazione dal vincolo in caso di uscita volontaria del socio dalla società>>; meccanismo ad es. insito in patti di prelazione o di opzione *put*. Per contro, la previsione di un diritto di recesso dal patto non servirebbe ad **esentare dal limite di durata** nel caso in cui il contenuto del patto <<non possa essere lecitamente trasposto sul piano sociale>>, poiché in questo caso non sarebbe sufficientemente perseguito lo scopo della norma, di tutelare la contendibilità della società⁷⁰.

⁶⁹ RESCIO, *op.ult.cit.*, *I patti parasociali nel quadro dei rapporti contrattuali dei soci*, in ABBADESSA e PORTALE (diretto da) *Il nuovo diritto*, I, cit., 452 s. L'A. osserva anche che pur alla luce di tale *ratio* la coerenza del sistema non è completa, in quanto <<non soltanto i patti rientranti per finalità e contenuto nella fattispecie dell'art. 2341 bis>> possono rendere più gravoso l'esercizio del diritto di *exit*: ad esempio, <<anche l'obbligo parasociale di ripartire gli utili secondo un criterio diverso da quello proporzionale non potrebbe essere adempiuto una volta che l'obbligato non facesse più parte della società, non subentrando automaticamente l'acquirente>>, ma per un tale patto non è imposto alcun limite temporale.

⁷⁰ RESCIO, *I patti parasociali nel quadro dei rapporti contrattuali dei soci*, in ABBADESSA e PORTALE (diretto da) *Il nuovo diritto*, I, cit., 455-457, che pure dà conto dell'obiezione più avanti avanzata nel testo: <<se è vero che nella prospettiva della tutela del diritto di *exit* del socio non vi sarebbe ragione per differenziare il trattamento del patto parasociale a seconda che il suo contenuto possa o no essere trasposto a contenuto di un patto sociale..., pure vero è che, nella scarsa coerenza complessiva del sistema, troppo esplicito – a causa della più volte ricordata influenza della normativa sulle quotate – è nell'art. 2341 bis il riferimento>> alle categorie ivi previste; pertanto, sembrerebbe di capire che occorrerebbe almeno <<far leva sulla

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

I corollari da ultimo riportati prestano invero il fianco a critiche forse decisive: la proposta esenzione dal vincolo legale di durata (per i patti aventi contenuto trasponibile in statuto e da cui si possa liberare il socio quando cessa la sua partecipazione) si scontra infatti con la chiara lettera della norma, che impone il limite di durata indistintamente a tutti i patti, a prescindere dal loro contenuto, o in alternativa (per i patti a tempo indeterminato) impone il diritto di recesso generalizzato, non solo nel caso in cui il socio cessi la sua partecipazione sociale.

D'altro canto, neppure la distinzione a seconda che il patto **sia o no trasponibile nel contratto sociale** appare di agevole spiegazione, né sembra avere particolari effetti sulla tutela del diritto di *exit* del socio: anzi, la tutela sarebbe di fatto minore, se davvero l'*exit* del socio aderente ai patti inseribili in statuto potesse essere limitata ai casi di cessione della sua partecipazione, in quanto egli sarebbe così privato del più generale diritto di recesso o limite di durata previsti dalla norma.

In definitiva, è ragionevole ritenere che nelle società non quotate il limite legale di durata sia volto a evitare che il patto parasociale (rientrante nelle tipologie indicate dall'art. 2341 bis) vincoli il socio alla società più di quanto è consentito al contratto sociale, a completamento del fine più generale alla contendibilità delle società.

4. La fattispecie e le categorie dei patti regolati

4.1 Categorie comuni

a) I patti rilevanti

La **descrizione dei patti parasociali rilevanti** ai fini della disciplina della durata e della pubblicità è data dagli artt. 122 t.u.f. e 2341 bis c.c., rispettivamente per le società quotate e per tutte le altre s.p.a. I patti sono individuati dal legislatore in base ad alcune caratteristiche piuttosto generiche, riferite agli **obblighi** in essi contenuti (vincoli nel voto o nel trasferimento di partecipazioni) o agli **effetti** da essi prodotti (esercizio di un'influenza dominante). Si osserva che l'elencazione normativa <<parrebbe **tassativa ma con "definizioni incomplete"**>>, tali peraltro da descrivere <<con ragionevole approssimazione le differenti tipologie di accordi>>⁷¹.

Sono anzitutto contemplate le categorie di patti da sempre più diffuse nella prassi.

- Quelli che hanno <<per oggetto l'esercizio del diritto di voto>>, c.d. **sindacati di voto**, contengono appunto vincoli per i soci aderenti al patto (o anche per terzi che s'impegnino per il fatto di soci, ex art. 1381 c.c.) a votare in un certo modo, o a non votare, per delibere più o meno determinate; l'indicazione sul voto può essere rimessa ad un soggetto o alla decisione degli aderenti al patto, a maggioranza o all'unanimità.

astratta introducibilità del vincolo all'interno del rapporto sociale>> per consentire in deroga alla norma una <<diminuzione del tasso di contendibilità della società>>.

⁷¹ MONTALENTI, *La società quotata*, cit., 139.

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

La norma non si riferisce espressamente al voto in assemblea e dunque dovrebbero rientrare in questa categoria anche i c.d. sindacati di gestione (sui quali v. *amplius* infra 7.2), contenenti un impegno ad influenzare il voto nell'ambito dell'organo amministrativo⁷². Per opinione prevalente sono invece esclusi gli accordi che regolano la spettanza del voto in relazione alle azioni date in pegno (o usufrutto): essi sono previsti e regolati dall'art. 2352 c.c. e pertanto si dubita financo della loro natura parasociale; sono inoltre già soggetti al regime pubblicitario proprio di quel diritto parziario⁷³.

- La categoria dei patti che <<pongono limiti al trasferimento delle>> partecipazioni comprende a sua volta i noti patti di **prelazione**, di **gradimento** o di divieto di trasferimento della partecipazione (c.d. **sindacati di blocco**). Altri limiti diffusi nella prassi sono i patti di **co-vendita**, che condizionano la possibilità di cedere la propria partecipazione al fatto che sia consentito ad altri soci cedere la propria ad analoghe condizioni (c.d. *take along*), o al contrario consentono di cedere anche le partecipazioni degli altri contraenti, i quali si obbligano in tal senso (c.d. *drag along*)⁷⁴.

- In una sorta di norma di chiusura, sono compresi i patti che, pur non riferendosi direttamente al voto o alle partecipazioni, << siano in grado di esprimere in qualunque modo influenza dominante sulla società >>⁷⁵.

L'attitudine di un patto a consentire un'influenza dominante sulla società deriva evidentemente dall'interpretazione caso per caso del suo contenuto. Può trattarsi ad esempio dei patti che vietano alle parti di stipularne altri, o di acquistare partecipazioni non vincolate ad essi. La norma inoltre consente di assoggettare alla disciplina anche

⁷² SEMINO, *I patti parasociali nella riforma delle società di capitali: prime considerazioni*, in *Società* 2003, 348

⁷³ PROVERBIO, *I patti parasociali*, Milano 2010, 14, ove ulteriori riferimenti; in senso contrario, SBISÀ, *La disciplina dei patti parasociali nella riforma del diritto societario*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2004, 484.

⁷⁴ L'idea che sta alla base dei patti di co-vendita è normalmente la presenza di un socio di riferimento (o più d'uno), per ragioni industriali o finanziarie, che condiziona la partecipazione degli altri. Tipicamente questo accade nelle operazioni di *venture capital* o di *private equity*, dove i finanziatori partecipano appunto per finanziare un determinato progetto collegato a determinati titolari (detentori di *know how* ecc.). Nel *take along*, quindi, il socio di riferimento s'impegna a cedere la sua partecipazione solo reperendo un acquirente anche per gli altri, normalmente alle medesime condizioni o con l'obbligo per il socio di riferimento di effettuare gli eventuali conguagli: si prevede quindi la sospensione della cessione per un determinato periodo, entro il quale gli altri soci possono aderire alla vendita; spesso vengono anche regolati i casi di cessioni parziali, prevedendosi percentuali oltre le quali opera l'impegno. Su questi patti e in particolare sul *drag along* v. infra par. 7.4.

⁷⁵ SANTONI, sub art. 122, in CAMPOBASSO (diretto da) *Testo Unico della Finanza*, II, *Emittenti*, Torino 2002, 1004.

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

soggetti che siano coinvolti solo indirettamente nei patti parasociali, quale la controllante di altra società che in virtù di un patto esercita il controllo congiunto con una quotata (la predetta sarà quindi soggetta all'obbligo solidale di pubblicità)⁷⁶.

4.2 I patti rilevanti solo per le società quotate; l'esenzione delle *joint ventures*

Ulteriori tipologie di patti parasociali sono previste, sempre ai fini del loro assoggettamento alla disciplina in esame, dall'art. 122 t.u.f., per le sole società quotate, e non invece dall'art. 2341 bis per le altre s.p.a.

Si tratta dei seguenti accordi, anch'essi relativi all'esercizio del voto e al trasferimento delle partecipazioni:

- quelli che <<istituiscono obblighi di preventiva consultazione per l'esercizio del diritto di voto>> (art. 122, 5° co., lett. a). I patti di **consultazione obbligatoria**, in virtù di quest'ultimo requisito, si distinguono quindi dalla consueta consultazione pre-assembleare dei soci, che non essendo vincolante è anche irrilevante ai fini della disciplina in esame;

- quelli che limitano il trasferimento (non solo delle azioni ma anche) degli <<**strumenti finanziari** che attribuiscono il diritto di acquisto o di sottoscrizione>> (art. 122, 5° co., lett. b) delle azioni (obbligazioni convertibili, *warrant*);

- quelli che <<prevedono l'**acquisto** delle azioni o degli strumenti finanziari>> predetti (art. 122, 5° co., lett. c).

Su quest'ultima tipologia, il testo della norma presenta qualche ambiguità, in quanto sembra includere anche vere e proprie compravendite, o accordi preliminari ad esse, comprese le opzioni d'acquisto (*call*) o di vendita (*put*). Gli interpreti sono però concordi nell'escludere le prime, i cui effetti reali mal si conciliano col connotato caratteristico dei patti parasociali, di regolare comportamenti futuri. Non vi è invece piena concordia sugli accordi di acquisto ad effetti meramente obbligatori: secondo una tesi, essi sarebbero compresi senza distinzioni; secondo un'altra tesi, appoggiata dalla Consob, la norma implicitamente presupporrebbe che l'obbligo di acquisto sia pattuito <<**di concerto**>>, e pertanto sarebbero esclusi gli accordi privi di tale connotato⁷⁷.

⁷⁶ SANTONI, *op. ult. cit.*, 1005.

⁷⁷ MONTALENTI, *La società quotata*, cit., 142, nel senso dell'interpretazione più ampia, ricordando che la disciplina previgente più correttamente si riferiva agli <<obblighi circa il trasferimento delle azioni>>; a favore del requisito del concerto, v. invece KUSTERMANN, *Osservazioni sui patti parasociali dopo la 'riforma Draghi'*, in *Soc.* 1998, 911, e la Comunicazione Consob 18 aprile 2000, n. DIS/26486, dove anche la precisazione che le opzioni di acquisto e di vendita sono già oggetto dell'obbligo di comunicazione delle partecipazioni rilevanti ai sensi dell'art. 120 t.u.f.

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

In particolare, vi è in dottrina ⁷⁸ chi spiega l'autonoma previsione nell'art. 122 dei menzionati accordi di acquisto, come diretta non già <<a descrivere una ulteriore fattispecie di patto parasociale>>, rispetto a quelle anche previste dall'art. 2341 bis, ma piuttosto <<esclusivamente a individuare il momento (quello in cui si concerta l'acquisto) a partire dal quale il patto (presunto) finalizzato alla gestione in comune delle azioni che saranno acquistate (da terzi) è soggetto alla disciplina della pubblicità e della durata>>. Quindi, solo per le società quotate il legislatore ha ritenuto di <<anticipare al momento del concerto la applicazione della disciplina>>, che altrimenti per le non quotate scatta in presenza dell'accordo congiunto per esercitare l'influenza dominante. Del resto, alla stessa *ratio* anticipatoria (soprattutto dell'informazione al mercato) risponderebbe l'altra previsione dell'art. 122, quella che riferisce gli accordi limitativi del trasferimento anche agli strumenti finanziari che attribuiscono diritti di acquisto o sottoscrizione di azioni: anche questi <<interessano la contendibilità del controllo o gli assetti proprietari, solo in quanto sintomatici di accordi ulteriori – e non esplicitati – tra i paciscenti relativi alla gestione comune delle azioni di futuro acquisto>>.

a) L'estensione alle s.p.a. non quotate

In dottrina c'è chi ritiene che, aldilà del tenore letterale delle norme, i suddetti patti indicati dall'art. 122 t.u.f. per le società quotate siano rilevanti anche per la disciplina delle società non quotate, nonostante non siano espressamente menzionati dall'art. 2341 bis: quest'ultima disposizione andrebbe cioè interpretata estensivamente, tanto da comprendere i patti di consultazione, gli strumenti diversi dalle azioni e patti d'acquisto, <<data l'identità di funzione delle due categorie di patti>> ⁷⁹. Sul punto occorre tuttavia qualche precisazione.

Proprio il fatto che la norma codicistica sia espressamente ispirata a quella speciale del t.u.f. impone di prestare una particolare attenzione al **dato letterale**, peraltro quasi identico nell'indicazione di alcuni patti. Ebbene, alla luce del testo normativo non sembra che i patti di mera consultazione possano farsi rientrare nella categoria dei vincoli al voto, il cui <<esercizio>> resta libero in assenza di un impegno specifico e ulteriore rispetto a quello di consultarsi prima del voto. E' vero che la consultazione può portare ad una concertazione nel voto, ed anzi è normalmente volta proprio a questo, di qui la sua rilevanza per la contendibilità delle società quotate; ma la formulazione dell'art. 2341 bis sembra determinante nel **distinguere i veri e propri sindacati di voto dai patti di consultazione**.

⁷⁸ SAMBUCCI, *Patti parasociali*, cit., 647.

⁷⁹ LIBERTINI, *I patti parasociali nelle società non quotate. Un commento agli articoli 2341 bis e 2341 ter del codice civile*, in ABBADESSA e PORTALE (diretto da) *Il nuovo diritto*, IV, cit., 489, ove ulteriori riferimenti.

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

Quanto ai patti sull'acquisto delle azioni, gli stessi possono rientrare nella categoria dei patti limitativi al loro trasferimento, prevista dall'art. 2341 bis, solo se prevedono anche un obbligo per l'alienante, altrimenti non sono riscontrabili <<limiti al trasferimento>>, non essendo l'acquirente nella posizione di trasferire alcunché: ad esempio, l'opzione *put* **obbliga solo l'acquirente**, ma non limita il trasferimento da parte dell'alienante, e quindi rileva se riferita a società quotata, non ad altra s.p.a.

Diversamente può argomentarsi per il riferimento agli <<strumenti finanziari che attribuiscono il diritto di acquisto o di sottoscrizione>> delle azioni: i patti che limitano il trasferimento di tali strumenti **limitano anche il trasferimento delle azioni** acquisibili nel momento della conversione, e pertanto sembrano rientrare nella previsione dell'art. 2341 bis, pur in assenza di un riferimento espresso⁸⁰. In tale previsione potrebbero inoltre rientrare i patti che limitino il trasferimento degli <<strumenti finanziari>> previsti dagli artt. 2346, 6° co., e 2349, 2° co., c.c., cui sia attribuito (ex art. 2351) il diritto di voto su particolari argomenti o il diritto di nomina di un componente dell'organo amministrativo o di controllo: l'applicazione dell'art. 2341 bis è stata infatti proposta in dottrina in via analogica, in quanto tale norma contempla i patti limitativi del voto, indipendentemente dal fatto che questo spetti agli azionisti propriamente detti; del resto, anche i patti limitativi del trasferimento delle azioni sono in ultima analisi considerati da tale norma in quanto incidenti sul trasferimento del voto⁸¹. Potrebbe peraltro dubitarsi della possibilità di ricorso all'analogia, se si considera che l'art. 2341 bis prevede una regola (la limitazione temporale dei patti) che si pone come eccezione al principio della libertà contrattuale.

La rilevanza dei patti di consultazione e dei patti di acquisto, anche per le società non quotate, non può comunque essere esclusa a priori. Tali accordi potrebbero infatti avere <<per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante>> e dunque rientrare **nella relativa categoria residuale** prevista dall'art. 2341 bis, lett. c): è ad esempio il caso di un patto di consultazione che risulti accompagnato da altri accordi o comportamenti concertati degli aderenti, tali da provocare come effetto l'esercizio di un controllo congiunto sulla società.

b) Patti relativi alle o.p.a.

L'art. 122 t.u.f. prevede una quarta categoria di patti, recentemente introdotta (art. 4.1 d.lgs. 19 novembre 2007, n. 229), quelli <<volti a favorire o a contrastare il conseguimento degli obiettivi di un'**offerta pubblica di acquisto o di scambio**, ivi inclusi gli impegni a non aderire ad un'offerta>> (5° co., lett. d-bis). Questa fattispecie sembra in gran parte sovrapporsi agli altri casi previsti dallo stesso art. 122: gli accordi

⁸⁰ In questo senso FIORIO, sub *artt 2341 bis e ter*, in COTTINO *et al.* (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, Bologna 2004, 146, seppure argomentando precipuamente dall'ulteriore requisito normativo dell'incidenza (per il futuro appunto) sugli <<asseti proprietari>>.

⁸¹ FIORIO, *op. ult. cit.*, 147.

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

relativi alla promozione di un'o.p.a. corrispondono infatti a quelli volti all'acquisto concertato di azioni, o all'esercizio congiunto di influenza dominante, mentre gli accordi limitativi dell'adesione all'o.p.a. corrispondono alle limitazioni al trasferimento delle azioni. Tuttavia, in passato erano stati sollevati dubbi in merito ad alcuni patti, quali l'impegno ad aderire ad una delle offerte concorrenti, o l'obbligo di offrire le azioni agli altri contraenti in caso di recesso dal patto. Pertanto si ritiene in dottrina che la previsione in esame, formulata in termini ampi e con riferimento alla finalità del patto, non al suo oggetto, estenda l'ambito applicativo della disciplina dei patti parasociali anche ad accordi altrimenti esclusi dall'art. 122: ad es. quelli riguardanti l'esercizio del recesso (ex art. 123, 3° co.), od operazioni collaterali alle offerte pubbliche (quale l'impegno a finanziare l'offerta), o ancora a vincoli comunque incidenti sull'adesione all'offerta (quale l'impegno a finanziare la società o alla distribuzione di utili)⁸².

Va fin d'ora segnalato che in presenza di un'offerta pubblica di acquisto (o di scambio) i patti parasociali delle società quotate sono inoltre soggetti ad alcune norme speciali, volte a neutralizzarne gli effetti (*infra*, par. 5).

c) Patti accessori alla cooperazione imprenditoriale

Infine, vi è un'ulteriore fattispecie, questa volta prevista **solo per le s.p.a. non quotate**, che porta a disapplicare i limiti di durata dei patti: l'**esenzione** è prevista dall'art. 2341 bis, 3° co., c.c., per i <<patti strumentali ad accordi di collaborazione nella produzione o nello scambio di beni o servizi e relativi a società interamente possedute dai partecipanti all'accordo>>; tale esenzione non è infatti prevista o richiamata dal t.u.f.

Il riferimento è **alle joint ventures**, e in particolare alle imprese comuni esercitate **in forma societaria**, essendo appunto prescritto che la società comune appartenga interamente alle parti del patto parasociale; l'esenzione invece non opera se alla società comune partecipano altri soggetti estranei al patto. Nel caso in cui invece la *joint venture* abbia **forma solo contrattuale**, senza società comune, potrebbero comunque andare esentati quei patti che riguardino le società cooperanti, se queste non siano partecipate da soggetti estranei alla collaborazione: invero, la norma non richiede che partecipino alla società tutti i soggetti cooperanti, purchè appunto **non vi siano soci estranei** all'accordo, interessati alla contendibilità della società. In quest'ottica, pare evidente il motivo per cui l'esenzione non è prevista per le società quotate, essendo esse strutturalmente aperte al mercato e alla platea degli investitori; per lo stesso motivo l'esenzione di fatto non si applica neppure alle società diffuse, ma riguarda **solo le società chiuse**.

⁸² FIORIO, *I patti parasociali*, in COTTINO *et al.* (diretto da), *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza 2004-2009*, Bologna, 2009, 88 ss., anche per ulteriori riferimenti.

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

L'esenzione dei patti parasociali relativi a *joint ventures* riguarda solamente il limite legale di durata dei patti stessi (<<le disposizioni di questo articolo>>, recita l'art. 2341 bis, al 3°co.), che quindi **possono avere durata superiore** ai cinque anni anche senza diritto di recesso, peraltro configurabile in virtù dei principi generali in caso di patti con durata indeterminata. L'esenzione invece non opera rispetto alla disciplina della pubblicità (prevista dal successivo art. 2341 ter). Tale distinzione può lasciare a prima vista perplessi, ma a ben vedere è spiegabile in concreto: infatti, gli obblighi pubblicitari sono riferiti alle sole s.p.a. diffuse, le quali come si diceva sono per loro natura partecipate anche da soci estranei alla collaborazione imprenditoriale, essendo di fatto improbabile che la moltitudine dei soci finanziatori partecipi alla *joint venture*.

4.3 Il connotato funzionale della stabilizzazione del governo; i patti fra soci di minoranza

Il testo delle norme in esame presenta ancora una differenza, fra la fattispecie dei patti rilevanti per le società quotate e quella relativa alle altre s.p.a.: l'art. 2341 bis c.c. prevede un connotato funzionale, assente nella disciplina del t.u.f., il <<fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società>>.

a) Rilevanza della funzione di stabilizzazione

Parte della dottrina ritiene invero questo requisito del tutto pleonastico, considerando che <<le finalità indicate siano **insite in re ipsa**, ossia nella stessa definizione strutturale degli accordi parasociali rilevanti>>⁸³.

Sulla scorta di considerazioni in parte analoghe, per cui <<la funzione propria dei patti parasociali>> sarebbe appunto quella <<di dare un indirizzo unitario all'organizzazione e alla gestione sociale>> e <<di "cristallizzare" determinati assetti proprietari>>, la Consob ha ritenuto che il requisito in esame sia implicitamente richiesto **anche per le società quotate**, nonostante non sia espressamente menzionato dalle norme del t.u.f. Su questa premessa, ha affermato la non applicazione della disciplina sulla durata e sulla pubblicità agli accordi stipulati in fase di ammissione delle azioni alla quotazione, tra gli aderenti al consorzio di collocamento (c.d. **sindacati finanziari**), prevedenti l'obbligo degli offerenti di non alienare le azioni e di non votare determinate delibere senza il consenso degli organi del consorzio, in quanto tali accordi servirebbero il diverso fine di stabilizzare l'andamento dei titoli nella fase dell'offerta al mercato⁸⁴. La tesi è stata criticata per la sua difformità dal testo legislativo⁸⁵, in una

⁸³ MONTALENTI, *La società quotata*, cit., 153.

⁸⁴ Si tratta della comunicazione Consob, 18 aprile 2000, n. DIS/26486. Il concetto è ripreso nella successiva comunicazione del 28 novembre 2003, n. DEM/3077483, con riferimento ad un sindacato di blocco ritenuto accessorio a contratti di lavoro (divieto di alienazione di azioni attribuite ai calciatori di società sportiva).

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

prospettiva evidentemente contraria a ritenere la funzione stabilizzatrice quale requisito intrinseco dei patti rilevanti.

Secondo altra parte della dottrina, infatti, la finalità stabilizzatrice sarebbe la <<causa concreta>> richiesta dalla norma quale requisito ulteriore per la rilevanza dei patti parasociali ⁸⁶.

Sostiene in particolare questa dottrina che <<è insomma la volontà contrattuale dei pattisti di stabilizzare assetti proprietari o governo della società (e così di incidere attraverso il patto parasociale anche sugli interessi altrui o sull'organizzazione sociale) a dare, in concreto, specificità alla fattispecie soprattutto in ragione delle istanze di tutela dei soci estranei al patto>> ⁸⁷. Quindi, solo in presenza della finalità stabilizzatrice un patto parasociale relativo a s.p.a. non quotata, che rientri nelle categorie ex art. 2341 bis lett. a, b e c, sarebbe oggetto della disciplina sulla durata e pubblicità; peraltro la presenza della predetta finalità, secondo l'*id quod plerumque accidit*, sarebbe da presumere fino a prova contraria ⁸⁸.

Aldilà di questa enunciazione di principio, sembra comunque che il requisito funzionale della stabilizzazione abbia **in concreto una rilevanza piuttosto limitata**, per selezionare i patti parasociali rilevanti ai fini della disciplina in esame. Seppur intesa <<in concreto>>, la causa di un patto è pur sempre un elemento desumibile in via interpretativa, non certo uno stato soggettivo dei suoi partecipanti; i propositi di stabilizzazione emergono dagli obblighi concordati e dalla loro idoneità ad incidere, se adempiuti, sulla vita sociale. Ebbene, a parte casi limite quali quello considerato nella comunicazione Consob sopra citata, dove il patto riguardava il collocamento azionario e gli aderenti allo stesso, in pratica la finalità di stabilizzazione della società potrebbe avere una portata selettiva se consentisse di escludere i patti stipulati da soci di minoranza, riservando le prescrizioni di legge ai soli patti che consentano di acquisire o mantenere il controllo della società: il che tuttavia non pare essere.

b) I patti di minoranza

Infatti, si precisa in dottrina che in <<un patto parasociale **tra soci di minoranza** che contenga una convenzione di voto e un patto di lock-up diretto alla formazione di una **minoranza di blocco**>> i partecipanti perseguono pur sempre <<la finalità di poter esercitare congiuntamente quei diritti sociali che richiedono partecipazioni

⁸⁵ SANTONI, sub art. 122, in CAMPOBASSO (diretto da) *Testo Unico della Finanza*, II, cit., 1006.

⁸⁶ CHIONNA, *op. cit.*, 115 e ss., ove anche la critica alla diversa tesi per cui la finalità stabilizzatrice dovrebbe essere valutata in modo oggettivo, quale effetto dell'accordo.

⁸⁷ CHIONNA, *op. cit.*, 125, ove anche la precisazione che la stabilizzazione degli assetti, mediante il patto parasociale, si ha rispetto al <<naturale stato di precarietà in cui possono versare proprietà e gestione della società (...) quando, tra l'altro, il loro naturale divenire è rimesso alle ordinarie regole sociali (legali o statutarie)>>.

⁸⁸ PROVERBIO, *I patti parasociali*, cit., 16, ove altri riferimenti.

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

qualificate>>; siffatto accordo rientra così nell'ambito della norma, che <<sembra diretta ad evitare un'eccessiva cristallizzazione degli assetti proprietari, non solo nel gruppo di comando, ma anche tra gli azionisti di minoranza>>⁸⁹.

Altra parte della dottrina tende invece ad escludere la rilevanza (sempre ai fini dell'applicabilità dei limiti temporali e degli obblighi pubblicitari) degli accordi fra soci di minoranza, almeno laddove <<non coinvolga azioni in quantità sufficiente per incidere sulla *governance* della società>>⁹⁰.

Dunque, la finalità di <<stabilizzare gli assetti proprietari>> non implica affatto che il patto sia volto a conservare o acquisire un vero e proprio **controllo** della società; e lo stesso può dirsi per la finalità alternativamente enunciata dall'art. 2341 bis, di stabilizzare il <<governo della società>>, perché anche la formazione tramite patto parasociale di una minoranza di blocco può incidere sulle decisioni sociali. Il requisito funzionale prescritto dall'art. 2341 bis può quindi dirsi quantomeno **presunto** nei patti parasociali indicati dalla norma stessa, salva l'emergenza di specifiche circostanze che escludano una portata stabilizzatrice del singolo patto.

La rilevanza dei patti parasociali anche fra soci di minoranza è poi sostanzialmente pacifica **riguardo alla disciplina delle società quotate**, anche sulla scorta di specifici indici normativi⁹¹. In particolare, sono specificamente regolate dall'art. 141 t.u.f. le <<associazioni di azionisti>> di minoranza⁹², quanto alla loro attività della raccolta delle deleghe di voto: in precedenza, la norma espressamente le esentava da talune sanzioni previste dall'art. 122 (la nullità e la sospensione del voto, ferma restando la sanzione amministrativa per omessa pubblicità ex art. 193). Tale esenzione presupponeva quindi la rilevanza dei patti di minoranza stipulati in seno all'associazione. Oggi è stata eliminata (dal d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 27), e dunque tali patti risultano a maggior ragione equiparati agli altri.

Un secondo indice normativo, che conferma l'applicazione della disciplina in esame anche ai patti fra soci di minoranza, è stato recentemente introdotto (dall'art. 3

⁸⁹ FIORIO, sub *artt* 2341 bis e ter, in COTTINO *et al.* (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, 2004, cit., 143.

⁹⁰ ABRIANI, in ABRIANI *et al.*, *La società per azioni*, in COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, IV, 1, Padova, 2010, 549, ove ulteriori riferimenti. Sembra di questa opinione anche LIBERTINI, *I patti parasociali nelle società non quotate*, in ABBADESSA e PORTALE (diretto da) *Il nuovo diritto*, IV, cit., 489, ove ulteriori riferimenti sulla distinzione fra patti meramente difensivi, che si affermano esclusi dall'art. 2341 bis, e patti idonei ad incidere (anche in negativo) sul governo della società.

⁹¹ SANTONI, sub *art.* 122, in CAMPOBASSO (diretto da) *Testo Unico della Finanza*, II, cit., 1003.

⁹² Le associazioni ex art. 141 t.u.f. devono infatti essere <<composte da almeno cinquanta persone fisiche ciascuna delle quali è proprietaria di un quantitativo di azioni non superiore allo 0,1 per cento del capitale sociale>>.

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

d.lgs. 25 settembre 2009, n. 146) all'art. 122, co. 5 ter, t.u.f.: questa norma **esclude dagli obblighi pubblicitari** i patti <<aventi ad oggetto partecipazioni complessivamente inferiori>> alla **soglia di rilevanza del 2%** (ex art. 120 t.u.f.). L'intento del legislatore era proprio quello di semplificare gli oneri in caso di patti coinvolgenti partecipazioni di minore rilievo per il controllo della società (*infra*, par. 6.2), quindi muovendo dal presupposto che questi patti sarebbero altrimenti soggetti agli oneri. Del resto, l'esclusione avrebbe scarso significato, se la disciplina dei patti parasociali fosse già per principio generale circoscritta agli accordi fra i soci maggioritari.

La predetta esenzione dagli obblighi pubblicitari dimostra che non a caso il legislatore ha ritenuto di non prevedere il superamento di soglie di rilevanza (quali quella prevista ai fini del regime di comunicazione alla Consob dal citato art. 120 t.u.f.), per l'applicazione della disciplina sui patti parasociali⁹³: la *ratio* pare cioè quella per cui ogni patto è idoneo a incidere sui rapporti sociali e quindi va assoggettato a quella disciplina.

4.4 L'ipotizzata estensione degli obblighi pubblicitari a tutti i patti nelle società aperte

L'esposizione che precede presuppone un dato che non è del tutto pacifico in dottrina: che le fattispecie dei patti parasociali rilevanti ai fini della disciplina sulla durata e sugli obblighi pubblicitari siano circoscritte nelle definizioni date dagli artt. 122 t.u.f. e 2341 bis c.c. (peraltro in gran parte coincidenti), rispettivamente per le società quotate e per le altre s.p.a. Tuttavia, occorre ora puntualizzare che **l'art. 2341 ter c.c.** (che disciplina la pubblicità) è formulato in modo non del tutto univoco, perché **si riferisce genericamente ai <<patti parasociali>>** e non espressamente alle categorie previste dal precedente art. 2341 bis (che detta anche la disciplina della durata). Più precisa è la disciplina delle società quotate, dove l'art. 123 t.u.f. (che disciplina la durata) si riferisce espressamente ai <<patti indicati nell'art. 122>> (che appunto definisce i patti rilevanti, oltre a disciplinare la pubblicità).

a) La tesi estensiva

Una parte della dottrina ha colto questo rilievo, sulla formulazione **letterale** della norma, per sostenere che i patti soggetti agli obblighi pubblicitari stabiliti dall'art. 2341 ter non sarebbero solo quelli contemplati dall'art. 2341 bis, 1° co.

Oltre all'argomento testuale, viene addotta in tal senso la considerazione che quest'ultima disposizione avrebbe una *ratio* sua propria: <<il precetto sull'efficacia temporale limitata dei patti parasociali nell'ambito di una società chiusa ... ha

⁹³ La mancata previsione delle soglie quantitative era già stata evidenziata da MONTALENTI, *La società quotata*, cit., 140.

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

probabilmente la principale funzione di garantire al socio estraneo al patto parasociale di non “subire” – per un tempo eccessivo e senza alcuna via d’uscita – l’esecuzione del contratto di società (o il funzionamento dell’organizzazione sociale) ... dipendenti dai poteri altrui in ragione di un patto parasociale>>⁹⁴. Siffatta *ratio* renderebbe plausibile <<un ambito di applicazione “su misura” in ragione di particolari esigenze di tutela>> e spiegherebbe anche il motivo per cui l’esenzione prevista dallo stesso art. 2341 bis, ult. co., per gli accordi parasociali delle *joint ventures* riguardi solo la disciplina della durata, non quella della pubblicità stabilita dall’art. 2341 ter⁹⁵.

D’altro canto, la tesi in esame si fa carico anche di recuperare una certa coerenza sistematica fra le due norme codicistiche, rilevando che lo stesso art. 2341 bis, al 2° co., laddove ammette (in alternativa al limite di durata) la possibilità di patti a durata indeterminata, prevedendo in tal caso il diritto di recesso, non richiama espressamente i soli patti individuati al 1° co., ma esprime una regola generale **valida per tutti i patti** parasociali; quindi, ben potrebbe l’art. 2341 ter riferirsi a questa più ampia nozione di patti parasociali⁹⁶.

Ancora, ritiene questa dottrina che se l’ambito di applicazione dell’art 2341 ter fosse quello delineato dall’art. 2341 bis, 1° co., poiché questo a sua volta coincide sostanzialmente con quello dell’art. 122 t.u.f. per le società quotate, deriverebbe la <<inapplicabilità dell’art. 2341 ter c.c. alle società quotate che il legislatore ha invece espressamente considerato nella definizione di società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (art. 2325 bis c.c.), espressione che segna l’ambito di applicazione dell’art. 2341 ter>>⁹⁷.

Conseguenza di questa tesi è che il regime pubblicitario ex art. 2341 ter si applicherebbe **anche ai patti parasociali stipulati nell’ambito di società quotate**, diversi da quelli considerati dall’art. 122 t.u.f.: l’ultimo comma di questa norma chiarisce infatti che l’art. 2341 ter non si applica <<ai patti di cui al presente articolo>>, ammettendo così la sua applicazione agli altri patti.

b) Critica

A ben vedere, però, gli argomenti sopra riportati non sembrano convincenti.

Non convince anzitutto l’affermata specialità, quanto alla sua *ratio*, della prescrizione del limite di durata, rispetto alla complessiva disciplina dei patti parasociali: la tutela dei soci estranei al patto rappresenta pur sempre un aspetto del proposito di agevolare la contendibilità delle società, pur con le precisazioni più sopra indicate per le società non quotate; e tale **proposito è comune** alla disciplina pubblicitaria dell’art. 2341 ter, nel senso che la conoscibilità dei patti parasociali è un

⁹⁴ CHIONNA, *op. cit.*, 133.

⁹⁵ CHIONNA, *op. cit.*, 137.

⁹⁶ CHIONNA, *op. cit.*, 101 ss.

⁹⁷ CHIONNA, *op. cit.*, 140.

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

altro aspetto, accanto al limite di durata, della tutela dei terzi rispetto alle possibili interferenze dei patti sul governo e gli assetti proprietari della società. D'altro canto, per definizione ogni patto parasociale è idoneo a incidere sulla vita sociale e potrebbe incidere sulle aspirazioni dei terzi alla contendibilità della società; dunque non è agevole spiegare la ragione per cui sarebbe limitato l'ambito di applicazione della regola sulla durata e non invece quella della pubblicità⁹⁸. Né si spiegherebbe il motivo per cui il prospettato ampliamento del novero degli accordi da rendere noti non sia stato riferito agli obblighi pubblicitari previsti nel t.u.f. per le società quotate, come vedremo più completi di quelli stabiliti dall'art. 2341 ter.

In secondo luogo, l'osservazione per cui il diritto di recesso, per principio generale, è connaturato ai vincoli contrattuali di durata illimitata non pare sufficiente per riferire l'art. 2341 bis, 2° co., a tutti i patti parasociali: al contrario, l'*incipit* <<qualora il patto non preveda un termine>> pare più propriamente riferito ai <<patti>> indicati nel precedente 1° co. D'altronde, questa disposizione ha una sua valenza precettiva specifica, rispetto al principio generale, prevedendo uno specifico termine di preavviso per il recesso.

In terzo luogo, l'assunto per cui l'ambito di applicazione dell'art. 2341 ter debba essere più ampio, per potersi applicare anche alle società quotate, risulta in sostanza una petizione di principio, dando per scontato ciò che dovrebbe dimostrare. Se infatti è vero che l'art. 2341 ter di per sé è riferito anche alle società quotate, che sono comprese (ex art. 2325 bis) nel novero delle <<società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio>>, è anche vero che il legislatore ha poi delimitato questo riferimento alle sole società diffuse, con altra norma di chiusura che **esclude l'applicabilità alle quotate** di tutta la disciplina comune dei patti parasociali (*rectius*, di quelli rilevanti per tale disciplina)⁹⁹.

⁹⁸ Sul punto, CHIONNA, *op. cit.*, 138, sostiene che mentre la regola sulla durata come tale riguarda i patti parasociali intesi nella loro valenza contrattuale, nella regola sulla pubblicità <<il legislatore intende far rendere noto all'assemblea essenzialmente il fatto che alcuni soci ai una s.p.a. aperta abbiano dato vita ad una certa 'coalizione' (...) e ciò indipendentemente dal tipo di diritto individuale a rilevanza sociale che ha loro permesso di 'coalizzarsi'>>; sicché <<la funzione specifica della pubblicità prevista da questa disposizione sembra essere essenzialmente quella di favorire un voto consapevole>>. Ma in quest'ottica l'A. è portato ad ammettere che oggetto dell'informazione dovrebbero allora essere solo i patti aventi ad oggetto il diritto di voto, ossia categoria ancor più ristretta di quelli indicati dall'art. 2341 bis, 1° co., respingendo tale limitazione sull'assunto (indimostrato, come diremo nel testo) che l'art. 2341 ter debba includere anche patti diversi da quelli indicati dall'art. 122 t.u.f., dovendosi applicare anche alle società quotate.

⁹⁹ Si tratta del co. 5° bis dell'art. 122 t.u.f., che è stato aggiunto dall'art. 3.1 d.lgs. 37/2004, successivo dunque all'introduzione con la riforma del 2003 degli artt. 2341 bis e ter sui patti parasociali.

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

Si può discutere se la migliore tecnica normativa sarebbe stata quella di riferire nell'art. 2341 ter direttamente e solo alle società diffuse (escludendo esplicitamente quelle quotate), e si potrebbe anche osservare come sia conforme alla nostra tradizione giuridica l'inserimento nel codice di un principio (la pubblicità riferita a tutte le società aperte) e nella legge speciale (il t.u.f.) di una esenzione per l'intera fattispecie regolata da tale legge (le società quotate). Ma non sembra che la deroga disposta dalla legge speciale (esenzione delle quotate dalla disciplina codicistica) imponga di interpretare la legge generale in modo da limitare la portata di quella deroga, individuando ulteriori patti parasociali delle quotate cui debba applicarsi la norma codicistica: in altre parole, la deroga prevista per le società quotate non costringe di per sé ad allargare l'ambito della regola comune, solo perché quest'ultima è formulata anche con riferimento alle quotate.

Sembra così più persuasiva l'opinione di altra dottrina, per cui nell'art. 2341 ter <<il riferimento ai <patti parasociali> *tout court*, e senza ulteriori specificazioni, potrebbe essere giustificato dal fatto che **le rubriche** dell'intera sezione III bis e dell'art. 2341 bis sono proprio intitolate '(Dei) patti parasociali'. In tal senso l'art. 2341 ter potrebbe contenere un **riferimento implicito all'articolo precedente** ove il legislatore ha individuato le categorie di accordi>> che intende regolare ¹⁰⁰.

In tal modo viene anche risolta l'apparente ambiguità testuale, che rappresenta poi l'argomento principale dell'opposta tesi: un richiamo espresso all'articolo precedente non è necessario (anche se forse sarebbe stato più opportuno), perché **non vi sono altre definizioni** di patti parasociali rilevanti nel codice civile ¹⁰¹.

Per altro verso, la formulazione della norma non sembra giustificare una sua interpretazione restrittiva, pure autorevolmente proposta, per cui la pubblicità ex art. 2341 ter, passando attraverso la dichiarazione dei patti in assemblea, sarebbe limitata ai **solì patti che hanno per oggetto l'esercizio del voto**, e quindi possano incidere direttamente sullo svolgimento dell'assemblea ¹⁰².

¹⁰⁰ FIORIO, sub *artt. 2341 bis e ter*, in COTTINO *et al.* (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, 2004, cit., 153. L'Autore adduce anche l'incongruenza sistematica che l'opposta tesi porta nel considerare più estesi e quindi più gravosi gli adempimenti pubblicitari per le società non quotate rispetto a quelli per le quotate, ma come si è visto questa obiezione è superata dal fatto che anche queste ultime sarebbero assoggettate agli adempimenti dell'art. 2341 ter per i patti non indicati dall'art 122 t.u.f.

¹⁰¹ L'opportunità del richiamo espresso era stata indicata dalla dottrina e di ciò tuttavia non vi è cenno nella relazione illustrativa delle norme in commento, che nulla dice sull'ambito eventualmente diverso dell'art. 2341 ter, come riporta FIORIO, *op. loc. cit.*, ove ulteriori riferimenti.

¹⁰² PAVONE LA ROSA, *I patti parasociali nella nuova disciplina delle società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 11.

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

In definitiva, la pubblicità prescritta dall'art. 2341 ter riguarda i patti definiti dall'art. 2341 bis e non si applica alle società quotate, che sono invece soggette alle prescrizioni dell'art. 122 t.u.f. Siffatta interpretazione ha anche il pregio di evitare le incertezze (e i rischi di impugnabilità delle delibere in difetto degli adempimenti), tanto nella individuazione dei patti parasociali da pubblicare quanto nella individuazione di quello corretto fra i due regimi pubblicitari alternativi (quello dell'art. 122 t.u.f. e quello dell'art. 2341 ter), cui sarebbero altrimenti soggette le società quotate in virtù della tesi sopra criticata.

4.5 L'ambito soggettivo di applicazione della disciplina: società quotate, s.p.a. di diritto comune e loro controllanti

La sostanziale unitarietà delle fattispecie di patti parasociali rilevanti, ai fini della disciplina in esame, si accompagna ad una differenziazione di tale disciplina sotto il profilo soggettivo, **corrispondente alle diverse tipologie di s.p.a.** previste dall'ordinamento.

a) Tripartizione delle s.p.a.

Si osserva in sintesi che la disciplina dei patti parasociali consta di un <<**regime tripartito**: a) nelle società chiuse trova applicazione solo l'art. 2341 bis sulla durata; b) alle società con titoli diffusi si applicano>>, oltre alla suddetta norma sulla durata, <<anche gli obblighi pubblicitari e le sanzioni previste dall'art. 2341 ter; c) nelle società quotate in borsa i patti parasociali restano disciplinati unicamente dal t.u.f.>>, in modo (più o meno) diverso sia quanto alla durata sia quanto alla pubblicità¹⁰³.

b) L'estensione alle controllanti

Va poi rimarcato che tali regole per le società chiuse, diffuse e quotate si applicano **anche alle rispettive società controllanti, indipendentemente dal tipo sociale cui appartengono**. Lo prevedono espressamente gli artt. 2341 bis c.c. e 122 t.u.f., riferendosi rispettivamente alle s.p.a. comuni e a quelle quotate, unitamente appunto alle <<società che le controllano>>.

Per alcuni aspetti della disciplina, tuttavia, il riferimento alle controllanti appare testualmente meno certo e rende necessarie alcune distinzioni.

c) Limiti veri e apparenti

La prima norma da considerare è l'art. 2341 ter, che prescrive gli obblighi di pubblicità dei patti alle <<società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio>>, senza replicare il riferimento alle loro controllanti, che nell'articolo precedente integra la più generale categorizzazione delle s.p.a.; sembra così che **le controllanti di s.p.a. diffuse**, a differenza da quelle delle s.p.a. quotate, siano esenti da **obblighi pubblicitari**.

¹⁰³ FIORIO, sub *artt 2341 bis e ter*, in COTTINO *et al.* (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, 2004, cit., 142.

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

Siffatta conclusione è stata però **respinta** dalla dottrina, sulla scorta di due ordini di considerazioni. La prima è che sarebbe <<irragionevole ... che la sola disciplina dei rapporti interni e non pure quella dei rapporti esterni si applichi anche alle controllanti>> delle società diffuse, <<oltre a creare una non chiara differenziazione con la disciplina delle società quotate>>; la seconda considerazione muove da quanto si è argomentato per la <<individuazione delle categorie di patti ai quali si applica l'art. 2341 ter>>, ritenendo che sarebbe coerentemente <<preferibile interpretare l'art. 2341 ter nel senso che lo stesso contenga un, seppur implicito, ma **integrale rinvio all'art. 2341 bis**>>¹⁰⁴.

Il primo argomento appare invero poco decisivo, perché nel contesto di una disciplina “per gradi”, qual è quella in esame, dove le s.p.a. chiuse sono del tutto esentate da obblighi pubblicitari, nulla impedirebbe al legislatore di esentare anche le controllanti delle società diffuse, i cui patti incidono in modo solo indiretto su queste società. Più convincente appare invece il secondo.

In effetti, se come già detto <<i patti parasociali>> cui si riferisce l'art. 2341 ter sono quelli indicati dall'art. 2341 bis, e poiché quest'ultima norma comprende nella definizione della fattispecie il riferimento alle società controllanti [<<i patti (...) che (...) hanno per oggetto l'esercizio del diritto di voto nelle società per azioni o nelle società che le controllano (...)>>] pare logico ritenere che il rinvio comprenda anche tale riferimento.

Questa tesi è peraltro condivisa anche da chi nega l'identificazione dell'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 2341 ter con quello dell'art. 2341 bis, 1° co. (ritenendo che il primo sia più ampio e comprenda tutti i patti parasociali), perché tale più ampio novero comprenderebbe comunque l'intera fattispecie dell'art. 2341 bis, e dunque anche il suo riferimento alle controllate¹⁰⁵.

Il riferimento alle controllanti pare invece con maggiore certezza escluso nella previsione della **sanzione del divieto di voto**, e della conseguente impugnabilità della delibera, per i soci inadempienti agli obblighi pubblicitari dei patti parasociali cui aderiscono.

L'art. 2341 ter, dopo aver disposto la pubblicità anche dei patti relativi alle società controllanti delle s.p.a. diffuse, come si diceva, impone il divieto del voto ai possessori delle <<**azioni**>> cui si riferisce il patto non pubblicizzato; quindi, **esclude** testualmente che il divieto possa applicarsi alle partecipazioni nelle società controllanti aventi forma diversa da quella azionaria. Ancora più netta, in tal senso, è la formulazione dell'art. 122, 4° co., T.U.F., relativo alle società quotate: esso stabilisce l'analoga sanzione del divieto di <<voto inerente alle azioni quotate per le quali non

¹⁰⁴ FIORIO, *op. ult. cit.*, 155.

¹⁰⁵ CHIONNA, *op. cit.*, 151.

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

sono stati adempiuti gli obblighi>> di pubblicità del patto parasociale, espressione che esclude di per sé **le controllanti delle quotate**, che non siano a loro volta quotate.

In entrambi i casi sembra da respingere l'ipotesi, pur astrattamente prospettabile, che la legge abbia inteso vietare il voto rispettivamente solo nelle assemblee delle controllanti azionarie e quotate, ammettendolo nelle controllanti di altro tipo. Tale differenziazione, a seconda della veste sociale della controllante, sarebbe ben poco razionale e coerente col sistema, anche considerando che non si tratta di definire quali società sono tenute agli obblighi pubblicitari, ma solo dell'applicazione di una delle sanzioni connesse a tali obblighi. Più coerente è l'interpretazione per cui il divieto di voto è testualmente riferito alle azioni perché si applica **solo nell'assemblea della s.p.a. controllata**, ossia alle azioni detenute dalla controllante: ciò pare conforme alla *ratio* della disciplina in esame, per cui i patti parasociali delle controllanti rilevano solo in quanto incidono sulla contendibilità della controllata.

Dunque, gli obblighi pubblicitari si applicano anche ai patti parasociali stipulati con riguardo alle controllanti delle s.p.a. aperte, ma la sanzione del divieto di voto è **applicata 'a valle'**, appunto solo nell'assemblea della controllata. La sospensione del diritto di voto colpisce le azioni di cui è titolare la controllante oggetto del patto non comunicato, senza che in senso contrario possa addursi un'indebita applicazione analogica della norma sanzionatoria¹⁰⁶: come si diceva, infatti, la norma coinvolge le società controllanti negli obblighi pubblicitari solo in quanto i relativi patti incidono sulle controllate, e coerentemente riferisce la sanzione alle azioni della controllata, oggetto del patto in questo caso in modo indiretto (il patto riguarda partecipazioni nella controllante, per spiegare i suoi effetti sulla controllata).

In definitiva, quanto si parla della disciplina dei patti parasociali di s.p.a., chiuse, diffuse o quotate, il riferimento vale anche per le loro controllanti, salva l'applicazione del divieto di voto per omissione della pubblicità alle sole delibere della controllata.

¹⁰⁶ Di ciò invece dubita PROVERBIO, *I patti parasociali*, cit., 173, che invoca un intervento legislativo chiarificatore.

COMUNIONE DI AZIENDA E TRASFORMAZIONE

La trasformazione eterogenea di società di capitali in comunione di azienda e viceversa, introdotta dalla novella del 2003, ha rappresentato l'elemento di rottura più sostanziale rispetto alla tradizionale ricostruzione dell'istituto della trasformazione. Il presente studio delinea il quadro normativo di riferimento, analizzando la fattispecie anche alla luce della dottrina e della giurisprudenza, soffermandosi su alcuni spunti di criticità e su alcune soluzioni.

di **GABRIELE VARRASI**

1. Disciplina e principio di continuità

La previsione espressa della trasformazione di società di capitali in comunione di azienda e viceversa, introdotta dalla novella del 2003¹, ha rappresentato l'elemento di rottura più sostanziale rispetto alla tradizionale ricostruzione dell'istituto, "che mai si era spinta, neppure nelle sue espressioni più avanzate, ad immaginare l'ammissibilità di tali ipotesi"².

Immediatamente ne era stata rilevata l'incongruenza dal momento che la comunione di azienda è secondo l'opinione prevalente una "figura priva di soggettività giuridica in relazione alla quale, quindi, non sembra prospettabile l'applicazione della regola della continuità dei rapporti giuridici che, per il novellato art. 2498, c.c., costituisce la caratteristica dell'istituto sul piano della disciplina"³.

Parte della dottrina ha mosso critiche, mostrandosi contraria alla possibilità di

1 Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, "Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366", pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 17 del 22 gennaio 2003 - Supplemento Ordinario n. 8

2 M. SARALE, Commento sub. art. 2500 septies, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso e P. Montalenti, Bologna, 2004, p. 2277

3 Così G. MARASA', *Le trasformazioni eterogenee*, in *Riv. Not.*, 2003, p. 596 e ancora: "se non ci sono diritti ed obblighi imputabili alla comunione di azienda, cioè se la comunione non è un ente, quali sono le situazioni soggettive che si conserveranno in capo alla società di capitali all'esito della trasformazione? E, quando, invece, sia la società di capitali a trasformarsi in comunione di azienda, a che si imputeranno, se non a tutti i comunisti, i diritti e gli obblighi anteriori alla trasformazione?"; L. DE ANGELIS, *La trasformazione nella riforma del diritto delle società*, in *Le società*, 2003, p. 232

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE DI AZIENDA E TRASFORMAZIONE

considerare la fattispecie in esame come una trasformazione in senso tecnico: se l'azienda venisse gestita dai comproprietari⁴, si avrebbe conferimento di azienda e non una trasformazione di un'entità soggettiva in un'altra; se l'azienda fosse già gestita dai comproprietari⁵, si avrebbe trasformazione dell'esistente società di capitali⁶.

Seguendo tali prospettive, anche la trasformazione di società in comunione di azienda risulterebbe discussa, poiché verrebbe a risolversi in una situazione di comproprietà priva di qualsiasi forma di soggettività e sottoposta al regime di amministrazione e disposizione proprio dei beni comuni: non si avrebbe la trasformazione di una società per azioni in una comunione di azienda, ma l'attribuzione ai soci di una massa di beni non più utilizzati per l'esercizio di un'attività di impresa e conseguente assunzione di tutte le componenti attive e passive del patrimonio della disciolta società⁷.

In dottrina è pacifico che la comunione di azienda esprima una situazione di contitolarietà statica al solo scopo del godimento⁸.

La fattispecie della comunione di azienda risulta peculiare in quanto le facoltà inerenti alla titolarità dei beni comuni, nonché i pesi ed i vantaggi connessi o derivanti dal godimento dei beni comuni sono imputati, pro quota, direttamente ai singoli comproprietari.

L'azienda verrebbe nella circostanza goduta, alla stregua di qualunque bene, per i frutti che produce ex art. 820 c.c., ma non impiegata in via strumentale dai medesimi comproprietari per l'esercizio di un'attività di impresa⁹.

4 Magari perché concessa in affitto: M. MALTONI, La trasformazione da società di capitali in comunione di azienda e viceversa, in *Notariato e nuovo diritto societario*, a cura di G. Laurini, II ed., Milano, 2011, p. 364

5 Ad es. in un'ipotesi di società di fatto

6 A. PAVONE LA ROSA, *Comunione di azienda e società di capitali: ammissibilità di una trasformazione?*, in *Giur. Comm.*, 2005, p. 151 e A. PAVONE LA ROSA, *Ammissibilità della trasformazione di comunione di azienda in società di capitali: una questione ancora aperta*, in *Giur. Comm.*, 2009, p. 5

7 Così A. PAVONE LA ROSA, *Comunione di azienda e società di capitali: ammissibilità di una trasformazione?*, op. cit., p. 153

8 A. CETRA, *Le trasformazioni "omogenee" e "eterogenee"*, in *Il nuovo diritto societario, Liber amicorum G. F. Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, Milano, 2007, p. 186; M. MALTONI, *La trasformazione da società di capitali in comunione di azienda e viceversa*, op. cit., p. 364

9 M. MALTONI, *La trasformazione da società di capitali in comunione di azienda e viceversa*, op. cit., p. 365

STUDI ED OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

Infatti, dalla dottrina viene negata la cittadinanza nel nostro ordinamento della comunione di impresa, anche in virtù dell'art. 2248 c.c.: si ritiene che l'utilizzo dell'azienda comune per l'esercizio di una attività economica “comporti la soggezione automatica al regime della società e la cessazione della comunione di azienda”¹⁰.

L'esercizio di un attività di impresa segnerebbe il criterio discrezionale fra comunione di azienda a scopo di godimento e società. Perché si abbia la comunione di azienda occorre che non vi sia impresa.

Tale duplice rilievo ha messo in crisi la ricostruzione tradizionale della trasformazione, fondata sul principio di continuità, alternativamente, del soggetto o dell'impresa; “verrebbe da concludere che la trasformazione di società in comunione di azienda o viceversa si realizza nella totale discontinuità”¹¹.

Le considerazioni fin qui operate, hanno portato parte della dottrina a rivedere i tratti caratteristici dell'istituto¹².

L'idoneità delle diverse fattispecie accomunate dalla qualificazione di trasformazione a produrre risultati diversi, ha portato all'idea di una polivalenza funzionale del vocabolo trasformazione¹³: unica costante sembra essere quella della

10 Cass. 6 febbraio 2009, n. 3028, in *Giur. Comm.*, 2010, p. 649 (con nota di M. D'ATTORRE)

11 M. MALTONI, *La trasformazione da società di capitali in comunione di azienda e viceversa*, op. cit., p. 365

12 G. TANTINI, *La trasformazione di comunione di azienda in società, le inquietudini del giurista e la “magia” delle parole*, in *Contratto e impresa*, 2008, p. 813 e ss.

15 Occorre una premessa proprio sul vocabolo “trasformazione eterogenea”: prima della riforma del diritto societario del 2003, era disciplinata soltanto la trasformazione da società di persone in società di capitali. La vicenda trasformativa era concepita come atto di modificazione dell'atto costitutivo e, poteva avvenire (art. 2252 c.c.) soltanto con il consenso di tutti i soci (se non stabilito diversamente). Era prescritta la perizia del patrimonio sociale (art. 2343 c.c.) che doveva (e deve anche dopo la riforma) essere stimato da un esperto indipendente. Il valore delle azioni o delle quote, da assegnare ai soci, doveva essere proporzionale al valore della loro quota (risultante dall'ultimo bilancio approvato). Inoltre permaneva la responsabilità illimitata per le obbligazioni anteriori all'iscrizione della trasformazione nel Registro delle imprese, salvo consenso (esplicito o tacito) dei creditori specificamente informati. La riforma ha fatto sì che il principio della continuità a seguito della trasformazione, già desumibile dall'art. 2498 c.c., riguardasse non solo le c.d. trasformazioni omogenee, ma anche quelle eterogenee da individuare ex artt. 2500 septies e 2500 opties c.c.

Possibili tipi di trasformazione: trasformazione omogenea (restando in ambito societario); trasformazione omogenea progressiva: da società di persone a società di capitali; trasformazione omogenea regressiva: da società di capitali in società di persone.

Vi è poi la trasformazione eterogenea (art. 2500 septies, c.c.) nella quale le società disciplinate nei capi V, VI, VII possono trasformarsi in consorzi, società consortili, comunioni di azienda, società cooperative, associazioni non riconosciute e fondazioni, o (art. 2500 octies, c.c.) nella

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE DI AZIENDA E TRASFORMAZIONE

continuità patrimoniale, da intendersi come assenza di novazione soggettiva dei rapporti compendianti in un patrimonio dato e di circolazione degli stessi, nonostante l'avvicinarsi di qualificazioni organizzativamente e funzionalmente eterogenee dell'ente che ne è titolare o il subentro di enti a contitolarità o di contitolarità ad enti sempre con riguardo ad un patrimonio dato¹⁴.

Al fine di evitare inutili costi di cessazione di un'attività che si intende continuare con diverse modalità ed anche per scopi "diversi"¹⁵, attraverso la novella del 2003, si è inteso attribuire al concetto di continuità un'accezione nuova, come disapplicazione di tutte quelle norme che presuppongono un mutamento del centro di

quale i consorzi, le società consortili, le comunione di azienda, le associazioni riconosciute e le fondazioni possono trasformarsi in una delle società disciplinate nei capi V, VI, e VII; nonché quella di cui all'art. 2545 decies, c.c. per le cooperative ("Le società cooperative diverse da quelle a mutualità prevalente, possono deliberare con il voto favorevole di almeno la metà dei soci della cooperativa, la trasformazione in una società del tipo previsto dal titolo V capi II, III, IV, V, VI e VII o in consorzio").

In dottrina può ritenersi del tutto pacifico che il riconoscimento nella riforma della trasformazione eterogenea sancisce il definitivo superamento del limite della omogeneità causale che prima non consentiva la trasformazione di enti non societari, consentendo il mutamento dello scopo o della stessa natura dell'ente, talché organizzazioni non aventi causa societaria possono trasformarsi in società e viceversa. In tal modo, in armonia con la finalità della riforma di ampliare in questa materia l'autonomia negoziale, si è riconosciuta al privato la più ampia libertà di scelta del tipo contrattuale per realizzare gli scopi fissati dallo statuto, persino con una modifica dell'ente, anche se incompatibile con quella che era la causa tipica del contratto originariamente consentito.

14 P. SPADA, Dalla trasformazione delle società alle trasformazioni degli enti ed oltre, Scritti in onore di V. Buonocore, Miano, 2005, p. 3893: per il quale si profilano quattro distinte valenze sistematiche del termine trasformazione: a) trasformazione come modificazione organizzativa o funzionale dell'ente che comporta qualificazioni consecutive, senza che ciò pregiudichi la continuità dell'ente e dei rapporti; b) trasformazione come soppressione dell'ente senza liquidazione, senza preventivo riscontro ed estinzione delle passività: è il caso della trasformazione di società di capitali in comunione di azienda; c) trasformazione come costituzione di società di capitali patrimonializzate con le quote di proprietà aziendale senza soluzione di continuità: è il caso della trasformazione di comunione di azienda in società di capitali; d) trasformazione come riqualificazione autoritativa di una fondazione da iscriversi nel registro delle imprese come società di capitali e costituzione autoritativa di un rapporto associativo

15 A. PISANI MASSAMORMILE, Trasformazione e circolazione dei modelli organizzativi, in Riv. dir. comm., 2008, p. 79; A. CETRA, Le trasformazioni "omogenee" e "eterogenee", op. cit., p. 141 e ss.

STUDI ED OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

imputazione dei rapporti giuridici costituenti un patrimonio e che disciplinano quindi la loro circolazione fra sfere giuridiche autonome¹⁶.

Per la migliore dottrina, oggi, la trasformazione si configura come strumento tecnico per soddisfare l'interesse alla conservazione di un patrimonio funzionale all'esercizio di un'attività, pur mutando eventualmente il fine dell'attività medesima¹⁷.

2. Trasformazione, liquidazione e conferimento

Il passaggio da comunione di azienda a società e viceversa, genera un mutamento del centro di imputazione dei rapporti giuridici in cui si sostanzia, fra l'altro, l'attività.

Tale fattispecie attua infatti anche il mutamento funzionale della titolarità del patrimonio e non solo la mera modifica delle regole di organizzazione dell'attività, a differenza di quanto accade in ogni altra fattispecie di trasformazione, anche eterogenea¹⁸.

La trasformazione in oggetto si realizza, "almeno formalmente"¹⁹, nel segno della discontinuità soggettiva, così da rappresentare una soluzione, "alternativa"²⁰, alla liquidazione estintiva della società con assegnazione del complesso aziendale (cd. trasformazione regressiva)²¹ ovvero alla costituzione della società con conferimento dell'azienda (cd. trasformazione progressiva)²².

La vicenda trasformativa determinerebbe sia una sorta di estinzione dell'ente sia un risultato assimilabile, almeno dal punto di vista economico, ad un'assegnazione dell'azienda sociale ai soci: "effetto che fino ad oggi non poteva prodursi che al termine della fase di liquidazione in vista dell'estinzione dell'ente"²³.

La trasformazione di comunione di azienda in società di capitali, a sua volta, consentirebbe di derogare alle norme ed ai principi che regolano proprio il conferimento

16 G. TANTINI, La trasformazione di comunione di azienda in società, le inquietudini del giurista e la "magia" delle parole, op. cit., p. 814

17 M. MALTONI, La trasformazione da società di capitali in comunione di azienda e viceversa, op. cit., p. 367

18 A. CETRA, Le trasformazioni "omogenee" e "eterogenee", op. cit., p. 185

19 M. MALTONI, La trasformazione da società di capitali in comunione di azienda e viceversa, op. cit., p. 368

20 M. MALTONI, La trasformazione da società di capitali in comunione di azienda e viceversa, op. cit., p. 368

21 A. CETRA, Le trasformazioni "omogenee" e "eterogenee", op. cit., p. 186

22 P. SPADA, Dalla trasformazione delle società alle trasformazioni degli enti ed oltre, op. cit., 2005, p. 3893

23 M. MALTONI, La trasformazione da società di capitali in comunione di azienda e viceversa, op. cit., p. 368

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE DI AZIENDA E TRASFORMAZIONE

di azienda²⁴.

La trasformazione, a parere di autorevole dottrina, si presterebbe quindi a regolare anche fenomeni di costituzione di società di capitali patrimonializzate con le quote di comproprietà aziendale senza soluzione di continuità, creando un vincolo di destinazione (trasformazione di comunione di azienda in società), nonché fenomeni di soppressione dell'organizzazione sociale e del relativo vincolo di destinazione²⁵ (trasformazione di società in comunione di azienda)²⁶.

Il dato normativo ad oggi vigente, consentirebbe²⁷:

1) ai comproprietari di un'azienda²⁸ l'adozione di regole di organizzazione di una società, imprimendo quindi un vincolo di destinazione al patrimonio aziendale, avvalendosi indifferentemente dell'atto di trasformazione o dell'atto di conferimento nell'ambito di un ordinario procedimento costitutivo;

2) ai soci di una società la soppressione del vincolo di destinazione impresso al patrimonio sociale tramite la trasformazione in comunione di azienda o, indifferentemente, tramite l'assegnazione all'esito di un ordinario procedimento di liquidazione.

Appare spontaneo domandarsi quale sia il confine entro il quale è legittimo avvalersi della trasformazione come tecnica alternativa sia per l'estinzione o liquidazione di una società, sia per la sua costituzione.

Partendo dalla logica funzionale dell'istituto, si dovrebbe tracciare una linea di demarcazione ricercando nell'azienda il referente necessario della disciplina: ci si potrà quindi avvalere della trasformazione come procedimento tecnico di estinzione della

24 M. MALTONI, La trasformazione da società di capitali in comunione di azienda e viceversa, op. cit., p. 368

²⁵ Senza liquidazione e quindi senza preventivo appuramento ed estinzione delle passività

26 P. SPADA, Dalla trasformazione delle società alle trasformazioni degli enti ed oltre, op. cit., 2005, p. 3893

27 M. MALTONI, La trasformazione da società di capitali in comunione di azienda e viceversa, op. cit., p. 369

28 La dottrina, seppur con cautela, sembra ammettere la trasformazione di impresa individuale in società unipersonale e viceversa: M. SARALE, Commento sub. art. 2500 septies, op. cit., p. 2288 e ss.; F. GUERRERA, Trasformazione, fusione, scissione, in AA.VV., Diritto delle società di capitali, Milano, 2003, p. 207; M. PINARDI, La trasformazione, Milano, 2005, p. 329 e ss.; C. BENESPERI, Trasformazione eterogenea: da società di persone ad impresa individuale, in Giur. Comm., 2007, p. 1132; G. PALMIERI, Autonomia privata e tipicità nelle nuova trasformazione, in Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, IV, 2007, p. 127

STUDI ED OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

società solo qualora esista un'azienda²⁹.

Negli altri casi³⁰ si potrà giungere all'assegnazione dei diritti ed all'estinzione dell'ente solo al termine del procedimento di liquidazione ordinaria.

Se al medesimo risultato può giungersi tramite l'istituto della trasformazione, deve ritenersi che tra i due procedimenti intercorra un rapporto di regola ed eccezione, tale per cui alla trasformazione potrà addivenirsi solo nei casi ed alle condizioni previste dalla legge; così, nel caso opposto di trasformazione di comunione di azienda in società di capitali, la disciplina di quest'ultima operazione consentirebbe di derogare alle norme ed ai principi che regolano il conferimento di azienda.

In conclusione, per aversi un'operazione di trasformazione, si dovrà presupporre l'esistenza di un'azienda comune, idonea di per sé allo svolgimento di un'attività di impresa e di cui si vuole assicurare la continuità, non essendo diversamente ammissibile la deroga alle norme in materia di conferimenti in natura e che, oggetto della fattispecie siano tutti i beni, diritti od obblighi inerenti l'azienda comune³¹.

3. L'attività d'impresa

Come affermato dalla dottrina, uno degli elementi caratterizzanti la comunione di azienda è l'assenza di esercizio di attività di impresa da parte dei comproprietari.

L'inammissibilità della comunione di impresa, fondata sui principi desumibili e x artt. 2247 et 2248 c.c., comporta l'automatica soggezione dell'impresa comune alle regole proprie dei tipi elementari di società, a seconda della natura dell'attività effettivamente posta in essere³².

La legittimità della trasformazione di società di capitali in comunione di azienda, dovrebbe presupporre una qualche interruzione dell'attività dell'impresa o tale effetto

29 Intesa come complesso di beni idonei all'esercizio di un'attività di impresa dalle caratteristiche definite; oggetto dell'attribuzione alla contitolarità dei soci dovrà essere l'azienda complessivamente considerata, nessun cespite o diritto o debito escluso. M. MALTONI, La trasformazione da società di capitali in comunione di azienda e viceversa, op. cit., p. 369

31 Quale per esempio l'esistenza di un unico bene immobile concesso in godimento o la ricorrenza di una pluralità di diritti ed obblighi non connessi funzionalmente all'esercizio di un'attività definibile

31 M. MALTONI, La trasformazione da società di capitali in comunione di azienda e viceversa, op. cit., p. 370

32 F. GALGANO, Comunione di impresa, società di fatto e conferimento immobiliare, in Contratto e impresa, 1988, p. 799 e ss.; A. CARRATO, Comunione incidentale ereditaria e società di fatto, in Vita not., 1999, p. 631 e ss. Contra A. PAVONE LA ROSA, Ammissibilità della trasformazione di comunione di azienda in società di capitali: una questione ancora aperta, op. cit., 2009, p. 5 e ss.

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE DI AZIENDA E TRASFORMAZIONE

potrà seguire la creazione della situazione di contitolarità statica in capo agli eredi?³³.

Parte della dottrina sostiene che la trasformazione regressiva di società di capitali con un'impresa operante debba seguire le regole proprie della trasformazione in società di persone³⁴ e che, solo in caso di impresa non operante, si possa addivenire all'estinzione dell'ente tramite la procedura della trasformazione in comunione di azienda; tale ricostruzione, a dire di altra dottrina, pare tortuosa e non necessaria, nemmeno dal punto di vista della tutela degli interessi generali³⁵.

Alla luce dell'estensione, alla fattispecie in esame, delle regole di tutela dei terzi³⁶, si registra addirittura, tramite il diritto di opposizione, un incremento di protezione. Ne consegue che la questione si sposta completamente sul piano degli interessi dei soci³⁷.

Nell'eventualità che la compagine sociale opti per la trasformazione della società di capitali in una comunione di azienda, pur nella piena operatività dell'impresa, ci si assume comunque il rischio di una riqualificazione della medesima comunione in una società di fatto regolata dalle norme dei tipi elementari con effetti conseguenti, tra cui la possibile soggezione al fallimento³⁸.

Nel caso in cui i soci, divenuti comproprietari, continuino ad esercitare l'attività di impresa con l'azienda in comunione, sorgerà il problema del tempo entro il quale gli stessi dovranno cessare la gestione diretta.

Quindi, la situazione certa in cui può procedersi ad una trasformazione in comunione di azienda, ricorrerà solamente qualora la società di capitali abbia concesso in affitto l'unica azienda sociale³⁹: in questo caso la creazione di una situazione di

33 G.M. PLASMATI, La trasformazione eterogenea in comunione di azienda e in altre entità prive di continuità d'impresa, in Tratt. dir. comm e dir. publ. econ., diretto da F. Galgano, Padova, 2011, p. 39 e ss. Quesito sentito anche in giurisprudenza dove sono intervenute pronunce che riqualificano una situazione di comunione di azienda ereditaria in società di fatto: Cass. 6 febbraio 2009, n. 3028, cit.

34 G. CARRARO, Le trasformazioni eterogenee, Torino, 2010, p. 33

35 M. MALTONI, La trasformazione da società di capitali in comunione di azienda e viceversa, op. cit., p. 371

38 Tramite anche il rinvio ex art. 2500 sexies, c.c., operato dall'art. 2500 septies, c.c.

37 M. MALTONI, La trasformazione da società di capitali in comunione di azienda e viceversa, op. cit., p. 371

38 Oltre al danno fiscale connesso al diverso trattamento delle due diverse fattispecie

39 Eventualmente anche qualora l'affitto decorra dalla data di efficacia della trasformazione: G. FRANCH, commento all'art. 2500 septies, in Trasformazione, fusione e scissione,

STUDI ED OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

contitolarietà avrà ad oggetto un'azienda non gestita direttamente dai comproprietari⁴⁰.

Per quanto sopra, non sembrerebbe che la cessazione dell'attività di impresa possa essere elevata a presupposto di legittimità della deliberazione di trasformazione in comunione di azienda e tale questione non potrebbe nemmeno proporsi nell'ipotesi inversa di trasformazione in società di capitali.

L'effettivo svolgimento dell'attività di impresa da parte dei comunisti potrà certamente avere solo valore programmatico, senza elevarsi a requisito per la trasformazione in società: al massimo si tratterà di valutare, nel protrarsi di una situazione di mancato esercizio dell'attività di impresa, se vi siano gli estremi di una riqualificazione della fattispecie ai sensi dell'art. 2248 c.c., fermo restando che si tratta di una conseguenza rilevante solo per i soci e non per i terzi e comunque successiva all'avvenuta trasformazione⁴¹.

4. Confronto con l'azienda

Parte della dottrina vedrebbe nella vicenda modificativa in oggetto, in entrambi i sensi trasformativi, un'elusione delle discipline rispettivamente dell'assegnazione liquidativa e del conferimento⁴² e quindi nella sottrazione della fattispecie sia dalle regole di circolazione dell'azienda e dei singoli beni che la compongono, sia dai rimedi ed alle tutele riconosciuti ai terzi⁴³.

Proseguendo nel solco tracciato da tale dottrina, ne deriverebbe che il mutamento di titolarità, cui pur si assiste, sarà soggetto:

- 1) alla regola della continuità ex art. 2498 c.c.;
- 2) all'opposizione dei creditori ex art. 2500 novies, c.c.;

Commentario alla riforma delle società, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, 2006, p. 300

40 G. CARRARO, *Le trasformazioni eterogenee*, op. cit., p. 34: laddove alla trasformazione eterogenea non si accompagnasse un reale mantenimento dell'efficienza produttiva, si verrebbe a verificare un negozio in fraudem legis, per contrasto con le norme imperative sulla liquidazione, previste non solo e non tanto per la tutela dei soci, ma soprattutto a presidio dei terzi che hanno intrattenuto rapporti con l'ente

41 M. MALTONI, *La trasformazione da società di capitali in comunione di azienda e viceversa*, op. cit., p. 372

42 M. MALTONI, *La trasformazione da società di capitali in comunione di azienda e viceversa*, op. cit., p. 372. Contra M. SARALE, *Commento sub. art. 2500 septies*, op. cit., p. 2290; R. WEIGMANN, *Luci e ombre del nuovo diritto societario*, in *Le società*, 2003, p. 272

43 G. TANTINI, *La trasformazione di comunione di azienda in società, le inquietudini del giurista e la "magia" delle parole*, op. cit., p. 816 e s.; G. FRANCH, *commento all'art. 2500 septies*, op. cit., p. 383; vicenda traslativa di carattere derivativo in applicazione della regola di continuità ex art. 2498 c.c.

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE DI AZIENDA E TRASFORMAZIONE

3) all'effetto sanante dell'invalidità determinato dalla pubblicità ex art. 2500 bis, c.c.⁴⁴.

Non troverebbero invece applicazione le norme che presuppongono una vicenda traslativa di natura derivativa, a cominciare dalla cessione di azienda, fino a quelle poste a tutela dei creditori, quale l'azione revocatoria, od ancora le azioni contrattuali, quali nullità, annullabilità e rescissione⁴⁵.

Di conseguenza muterà un contraente in tutti i contratti stipulati per l'esercizio dell'impresa, compresi quelli di carattere personale⁴⁶.

La tutela del ceto creditorio sarebbe assicurata dalla disciplina della trasformazione "ad un duplice livello, tramite il quale si realizza un sistema più efficiente di quello proposto ex art. 2560, c.c. in tema di cessione di azienda"⁴⁷.

Le norme sulla trasformazione in esame affidano tale tutela all'istituto dell'opposizione ex art. 2500 novies, c.c. e, una volta divenuta efficace la trasformazione, trovano applicazione diretta o analogica, le norme ex artt. 2500 sexies, ultimo comma e 2500 quinquies, comma 1, c.c.⁴⁸.

Punto interessante e dibattuto è quello della possibilità o meno della trascrizione dell'atto di trasformazione.

La dottrina ritiene irrilevante la pubblicità immobiliare e dei beni mobili registrati, poiché l'atto di trasformazione non determina alcun effetto circolatorio del patrimonio, ma comporta solamente un mutamento formale dell'organizzazione già esistente, senza la creazione di un soggetto distinto da quello originario⁴⁹.

44 M. MALTONI, La trasformazione da società di capitali in comunione di azienda e viceversa, op. cit., p. 373

45 A. CETRA, Le trasformazioni "omogenee" e "eterogenee", op. cit., p. 185; G. TANTINI, La trasformazione di comunione di azienda in società, le inquietudini del giurista e la "magia" delle parole, op. cit., p. 820

46 Senza che si possa invocare la tutela del comma 2 dell'art. 2558, c.c., salvo che il contratto non sia condizionato risolutivamente all'evento trasformazione

47 M. MALTONI, La trasformazione da società di capitali in comunione di azienda e viceversa, op. cit., p. 373: tale norma, infatti, si limita ad assicurare la responsabilità dell'alienante per i debiti di impresa accollati dall'acquirente, salvo che i creditori non abbiano acconsentito alla liberazione

48 G. PALMERI, Anatomia e tipicità nella trasformazione, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum G. F. Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, Milano, 2007, p. 111 e ss.

49 O. CAGNASSO, Introduzione alla disciplina della trasformazione, della fusione e della scissione, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso e P. Montalenti, artt. 2484-2584, Bologna, 2004, p. 2220; G. LAURINI, Manuale breve della s.r.l. e delle operazioni straordinarie, Padova, 2004, p. 217 e ss.; A. PISANI

STUDI ED OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

La trascrizione, inoltre, non riuscirebbe ad assolvere il compito di assicurare il principio di continuità delle trascrizioni ex art. 2650 c.c. in quanto tale risultato é ottenuto mediante l'integrazione della pubblicità dei Registri Immobiliari con quella obbligatoria compiuta presso il Registro delle Imprese⁵⁰.

Riproporre però tali ragionamenti nella trasformazione in esame, solleverebbe alcune perplessità: l'effetto della continuità andrebbe riferito al complesso aziendale e non ai soggetti titolari del medesimo, tenuto anche conto che i comunisti non sono tenuti alla pubblicità al Registro delle Imprese.

La creazione di un nuovo soggetto giuridico come nella trasformazione di comunione di azienda, ovvero la creazione di una comunione di diritti nel caso di trasformazione di società di capitali, determinano circostanze avvicinati a quelle ex art. 2643, c.c. sotto il profilo del mutamento del centro di imputazione dei rapporti giuridici attivi e passivi e quindi anche sotto il profilo della titolarità dei singoli beni che risultano compresi nel complesso aziendale⁵¹.

Se l'operazione in esame è valutata sotto l'aspetto soggettivo, l'effetto che la stessa produce può essere considerato analogo a quelli propri degli atti ex art. 2643, c.c.; quindi si potrà concludere, nella fattispecie in esame, sulla necessità della trascrizione, per il tramite dell'art. 2645, c.c., con l'ulteriore effetto pratico di rendere evidente, con certezza per i terzi, le rispettive quote di partecipazione dei comunisti al bene comune, in conformità alle risultanze della delibera⁵².

5. Trasformazione e conferimento

Considerato quanto sopra esposto, viene da chiedersi se i comproprietari possano scegliere di applicare indifferentemente la disciplina dell'atto di conferimento o quella dell'atto di trasformazione per dar luogo o per sopprimere un'organizzazione societaria.

MASSAMORMILE, Trasformazione e circolazione dei modelli organizzativi, in Riv. Dir. Comm., 2008, p. 79, dove si fa leva soprattutto sulle esigenze di produttività e competitività; A. CETRA, Le trasformazioni "omogenee" e "eterogenee", in Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G. F. Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, IV, 2007, p. 141; P. SPADA, Dalla trasformazione delle società alla trasformazione degli enti ed oltre, op. cit., p. 3890; A. PARISELLA, Trasformazione, Rassegna di giurisprudenza, in Giur. Comm., II ed., 2010, p. 176; C. MOSCA, sub. art. 2498, op. cit., p. 26. Nonostante il dato letterale dell'art. 2498 c.c.

50 M. MALTONI, La trasformazione da società di capitali in comunione di azienda e viceversa, op. cit., p. 375

51 P. SPADA, Dalla trasformazione delle società alle trasformazioni degli enti ed oltre, op. cit., 2005, p. 3894

52 M. MALTONI, La trasformazione da società di capitali in comunione di azienda e viceversa, op. cit., p. 376

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE DI AZIENDA E TRASFORMAZIONE

Per una dottrina più accorta, resterebbe sempre ferma la possibilità di avvalersi dei procedimenti ordinari di costituzione⁵³ o di estinzione⁵⁴ della società, il cui ambito di applicabilità non conoscerebbe limiti⁵⁵.

Analizzando le norme, bisognerebbe indagare e capire i presupposti ed i limiti in cui risulterebbe legittimo avvalersi del procedimento “agevolativo di trasformazione”⁵⁶.

Poiché le norme che compongono una disciplina altro non sono che regole per la soluzione di conflitti di interessi, la possibilità di disapplicare l’una per applicarne un’altra presuppone la valutazione degli interessi coinvolti, che a sua volta dipende dalle modalità concrete di attuazione della vicenda economica.

La disciplina dell’atto di conferimento è sempre stata modellata su quella dei contratti di scambio⁵⁷.

Ai sensi degli artt. 2254 e 2255 c.c.⁵⁸, si applicano le norme dei contratti di vendita in materia di garanzie e di passaggio dei rischi o, in caso di conferimento in godimento, le norme sulla locazione e, infine, in caso di cessione del credito, la disposizione dell’art. 1267, c.c. in tema di garanzia circa l’insolvenza del debitore: il tutto per conservare l’equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni.

In una prospettiva di corretta e reale formazione del capitale sociale, la dottrina maggioritaria ritiene che in tutte le ipotesi di mancata attuazione del conferimento in natura caratterizzate dal non conseguimento (totale o parziale) da parte della società dell’apporto stabilito nell’atto costitutivo⁵⁹, si determini la conversione coattiva della prestazione in natura in prestazione per equivalente⁶⁰.

L’applicazione al conferimento in società delle regole dei contratti di scambio in

53 Tramite il conferimento

54 Tramite la liquidazione e l’assegnazione dell’azienda

55 Restano i metodi legali ordinari e generali di destinazione di un patrimonio ad un’attività o di soppressione della destinazione

56 M. MALTONI, La trasformazione da società di capitali in comunione di azienda e viceversa, op. cit., p. 377

57 G.B. PORTALE, La mancata attuazione del conferimento in natura, in Trattato delle Società per Azioni, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 2004, p. 583; O. CAGNASSO, Problemi interpretativi in tema di garanzia e rischi dei conferimenti in natura, in Riv. Soc., 1974, p. 757

58 Applicabili alle società di capitali in virtù del rinvio contenuto negli artt. 2342, comma 3 e 2464 comma 5, c.c.

59 Ad esempio l’evizione del bene o il perimento della cosa conferita in godimento

60 G.B. PORTALE, La mancata attuazione del conferimento in natura, op. cit., p. 572 e ss. Fermo sempre il diritto al risarcimento del danno

STUDI ED OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

ordine alla responsabilità per mancata o inesatta esecuzione della prestazione di dare è funzionale anche alla conservazione del rapporto di valore convenzionalmente determinato fra le prestazioni eseguite dai contraenti costituenti in funzione della formazione del patrimonio comune, rapporto di valore che fonda i reciproci rapporti di partecipazione all'attività comune ed ai risultati di essa.

Sul piano operativo “è evidente, infatti, che se si è deciso di accettare la partecipazione alla costituzione di una società (patrimonio autonomo) di un determinato soggetto in ragione del fatto che apporta beni a cui è attribuito uno specifico valore, la presenza di vizi nei beni conferiti (o un fatto evizionale o la perdita se concessi in godimento) comporta una diminuzione del valore degli stessi e quindi della misura, se non addirittura della ragione, della partecipazione del conferente”⁶¹.

La norme tratte dalla disciplina dei contratti di scambio sembrano funzionali anche alla soluzione dei conflitti fra più parti, e non solo volte ad assicurare l'effettività del capitale sociale⁶².

Qualora oggetto di conferimento sia un'azienda trovano altresì applicazione le norme sul trasferimento di tale complesso di beni, in particolare, gli artt. 2558, 2559 e 2560 c.c.

Le prime due disposizioni, esprimono un favor per la continuità dell'impresa e derogano alla disciplina del IV Libro del Codice Civile, comprimendo parzialmente le esigenze di protezione dell'autonomia individuale (contraente ceduto); tali deroghe però non si trasferiscono ai contratti a carattere personale, ma è altresì consentito al contraente ceduto di recedere dal contratto entro tre mesi, purché sussista una giusta causa, che si ritiene consistere in circostanze attinenti alla persona o al patrimonio dell'acquirente⁶³.

L'atto di conferimento determina la sostituzione dei beni con la partecipazione nella sfera patrimoniale del conferente e tale evento potrebbe risultare lesivo delle ragioni dei creditori personali del conferente medesimo interessati nella vicenda, le cui ragioni devono trovare tutela.

In tale prospettiva la giurisprudenza maggioritaria, ammette l'esperibilità dell'azione revocatoria nei confronti dell'atto di conferimento, considerato come “un atto di disposizione patrimoniale traslativo a titolo oneroso”⁶⁴.

61 M. MALTONI, La trasformazione da società di capitali in comunione di azienda e viceversa, op. cit., p. 379

62 G.B. PORTALE, La mancata attuazione del conferimento in natura, op. cit., p. 593

63 G.E. COLOMBO, L'azienda, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da F. Galgano, Padova, 1979, p. 98

64 Cass. 26 febbraio 2002, n. 2792; Cass. 19 febbraio 2000, n. 1904; Cass. 18 febbraio 2000, n. 1804; Cass. 22 novembre 1996, n. 10359

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE DI AZIENDA E TRASFORMAZIONE

La disciplina della trasformazione sancisce la continuità assoluta dei rapporti e si preoccupa solo della tutela dei creditori; questo assetto viene giustificato per l'assenza di conflitti di interessi, come considerati dalle norme sui contratti di scambio.

L'applicazione della disciplina della trasformazione ex art. 2500 septies, c.c. consente invece la sostituzione dei soci dell'ente, che si andrà ad estinguere senza liquidazione; inoltre non muteranno i rapporti fra i partecipanti, che conserveranno i reciproci rapporti proporzionali nella determinazione della contitolarità del patrimonio aziendale; mentre oggetto dell'atto di soppressione del vincolo di destinazione sarà l'intero patrimonio sociale.

Tale patrimonio, inteso come complesso di rapporti giuridici attivi e passivi, di beni e diritti, risulta "normativamente predicato di una qualifica, ossia è un'azienda, ergo un complesso di beni organizzati per l'esercizio di attività di impresa"⁶⁵.

Le norme dimostrano pertanto di consentire la soggezione del ceto creditorio dell'ente ad un trattamento nuovo e deteriore⁶⁶ generato dalla soppressione del vincolo di destinazione senza preventiva soddisfazione delle loro ragioni, nella sola ottica dell'impresa, scegliendo come valore prevalente quello della "libera fruizione della forma di organizzazione che nel tempo appare più adeguata allo svolgimento dell'attività di impresa"⁶⁷.

Risulta più arduo e complesso il tentativo di isolare le condizioni minime del procedimento opposto, trasformazione in società, vicenda funzionalmente contigua alla costituzione con conferimento in natura.

La possibilità di scegliere da parte della compagnie sociale in via sostitutiva al processo costitutivo, e quindi del conferimento, il procedimento evolutivo, sarebbe consentita solo in presenza di un patrimonio che, pur giuridicamente indistinto per quote astratte dai patrimoni dei singoli comproprietari, sia identificabile sulla base di una duplice caratteristica: qualitativa in quanto azienda e di imputabilità in quanto in comproprietà a tutti coloro che diverranno soci della nuova società.

Da questo assunto, la dottrina⁶⁸ desume alcuni corollari:

a) solo qualora tutti i comproprietari intendano mutare lo stato organizzativo del complesso dei beni che compongono l'azienda si potrà avere trasformazione, non

65 M. MALTONI, La trasformazione da società di capitali in comunione di azienda e viceversa, op. cit., p. 381

66 Poiché risulta ampliata la platea dei concorrenti

67 M. MALTONI, La trasformazione da società di capitali in comunione di azienda e viceversa, op. cit., p. 381

68 M. MALTONI, La trasformazione da società di capitali in comunione di azienda e viceversa, op. cit., p. 382

STUDI ED OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

essendo consentita una selezione soggettiva, per la quale deve ricorrersi al conferimento, poiché si genererebbe una compresenza di regole di organizzazione del patrimonio (quelle delle società e quelle della proprietà dominicale rispetto al non conferente) e non una sostituzione;

b) solo il complesso di beni funzionali all'esercizio dell'impresa tra la pluralità di beni potenzialmente in proprietà fra gli stessi soggetti potrà formare oggetto di trasformazione e non di conferimento, dovendosi avvalere per gli altri dell'atto di destinazione tradizionale, poiché non ricorrerebbe la ragione legale di privilegiare la continuità;

c) tutti i beni compresi nel compendio aziendale devono essere oggetto di mutamento di regime⁶⁹.

Per la dottrina, il legislatore si avvale nell'art. 2498, c.c., del termine "enti", "rinunciando a più complesse ed impegnative terminologie", poiché vuole limitarsi a richiamare le diverse regole di organizzazione messe a disposizione dall'ordinamento, tra le quali l'autonomia privata è abilitata a scegliere quella ritenuta idonea ad esercitare l'attività programmata⁷⁰.

Ciò che verrebbe concesso è solo il mutamento delle regole di gestione e di imputazione dei risultati, non la scomposizione o la ricomposizione del complesso produttivo, che non sarebbe più il medesimo di prima: mancherebbe la continuità, intesa in senso oggettivo⁷¹.

Rispetto al conferimento, secondo la dottrina dominante, la disciplina della cessione di azienda trova applicazione in ragione delle caratteristiche oggettive del compendio trasferito, a prescindere dal fatto che lo stesso fosse già stato utilizzato come tale, ossia per lo svolgimento di attività di impresa; la funzionalità della trasformazione al mutamento delle regole di esercizio di un'attività presuppone invece che l'azienda sia già stata utilizzata e continui a servire all'esercizio della medesima impresa seppur diversamente organizzata⁷².

69 Per la dottrina tutto il complesso aziendale deve essere oggetto di imposizione del vincolo di destinazione; mentre per aversi trasferimento di azienda, non occorre che siano ceduti tutti i beni aziendali, ma basta solamente che quanto ceduto sia sufficiente ed idoneo per l'esercizio di un'impresa: G.E. COLOMBO, *L'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 1979, p. 33

70 A. PISANI MASSAMORMILE, *Trasformazione e circolazione dei modelli organizzativi*, op. cit., p. 78 e ss.

71 M. MALTONI, *La trasformazione da società di capitali in comunione di azienda e viceversa*, op. cit., p. 383

72 S. PATRIARCA, *Rivisitazione (breve) del concetto di azienda ai fini della cessione*, in *Le società*, 2010, p. 703

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE DI AZIENDA E TRASFORMAZIONE

La continuità è un concetto che deve essere “declinato anche in senso soggettivo”: se la relazione tra patrimonio e destinatari finali dei risultati dell’attività è mediata dall’interposizione di un centro di imputazione autonomo, la continuità è verificata dalla persistenza di quest’ultimo nei casi in cui la trasformazione sia attuata mediante la creazione o la soppressione di un vincolo di destinazione; la continuità soggettiva non può che essere verificata rispetto ai destinatari finali dei risultati dell’attività, venendo a mancare il medio giuridico⁷³.

Quindi, sarebbe possibile sostituire la trasformazione al processo costitutivo od eliminativo del patrimonio autonomo, solo laddove si intenda mantenere la piena identità sia dei soggetti cui imputare il risultato finale dell’attività, sia del patrimonio condiviso predicato dalla qualità di azienda.

6. Patrimonio destinato

In assenza di una forma societaria, appare problematico individuare esattamente il patrimonio, inteso come complesso di beni, oggetto di trasformazione⁷⁴.

La destinazione dei beni all’esercizio dell’impresa è un fatto che non pretende una formalizzazione.

Quanto proposto ex art. 2555, c.c., sembra assumere rilievo solo in chiave circolatoria: definita convenzionalmente l’idoneità dell’azienda allo svolgimento di un’attività di impresa, il riferimento a quella azienda basta a rendere determinabili per relationem all’azienda stessa, i beni oggetto del contratto⁷⁵.

La possibilità di avvalersi dell’istituto della trasformazione è condizionata alla sussistenza di un’attività di impresa: quindi il complesso di beni è oggettivamente un’azienda; però non si potrà procedere ad alcuna selezione oggettiva, a seguito della quale domandarsi se il compendio oggetto della vicenda organizzativa sia o meno un’azienda.

L’attenzione dovrà spostarsi quindi sulla prova del fatto della destinazione dei singoli beni all’esercizio di un’attività di impresa.

Le scritture contabili potrebbero avere un ruolo fondamentale, le quali, hanno

73 M. MALTONI, La trasformazione da società di capitali in comunione di azienda e viceversa, op. cit., p. 383

74 Per esempio nei casi i cui i soggetti siano comproprietari di più beni o più aziende. Tale questione risulta amplificata in caso di impresa individuale: trasformazione che parte della dottrina ritiene ammissibile: M. MALTONI, La trasformazione da società di capitali in comunione di azienda e viceversa, op. cit., p. 384 in nota

75 S. PATRIARCA, Rivisitazione (breve) del concetto di azienda ai fini della cessione, op. cit., p. 703 e ss.

STUDI ED OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

proprio lo scopo di rappresentare fedelmente il movimento degli affari dell'imprenditore e la consistenza del suo patrimonio⁷⁶.

Tali scritture "si pongono come un fenomeno organizzativo, come una componente ineliminabile della struttura organizzativa minima dell'impresa: ineliminabile in quanto imposta dallo stesso legislatore per le imprese non piccole"⁷⁷.

"Le scritture contabili non rappresentano altro che uno dei momenti di emersione giuridica del disegno organizzativo dell'imprenditore, anzi della struttura portante in cui ed attraverso cui si concretizza il disegno organizzativo dell'imprenditore"⁷⁸.

Le norme di organizzazione non hanno lo scopo di costruire un apparato, ma piuttosto quello di darvi evidenza giuridica, di rendere le strutture giuridicamente rilevanti rispetto ad altri soggetti.

La normativa sulle scritture contabili dunque non è che "una normativa di organizzazione dell'impresa"⁷⁹.

Inoltre, "l'essere le scritture contabili, in quanto sistema stabile e standardizzato di informazione sulla consistenza e sullo svolgimento dell'impresa, certamente presenti in tutte le imprese aventi un coefficiente minimo di organizzazione, consente che proprio ad esse si faccia sempre riferimento tutte le volte che per le finalità più disparate, sia questione di trarre dati ed informazioni intorno a singole operazioni o all'intera attività di impresa"⁸⁰.

La disciplina delle scritture contabili è anche funzionale alla tutela dei terzi, ponendosi come limite al potere di auto-organizzazione dell'imprenditore⁸¹.

Ergo, per la presente analisi, nella prospettiva di un'identificazione del compendio aziendale rispetto al quale predicare la continuità oggettiva, assumerà rilevanza l'inventario ex art. 2217 c.c., nel quale dovranno essere indicati i beni aziendali e non.

7. Da società di capitali a comunione di azienda

76 M. MALTONI, La trasformazione da società di capitali in comunione di azienda e viceversa, op. cit., p. 385

77 A. NIGRO, Le scritture contabili, in Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ., diretto da F. Galgano, Padova, 1978, p. 294

78 A. NIGRO, Le scritture contabili, op. cit., p. 293

79 M. MALTONI, La trasformazione da società di capitali in comunione di azienda e viceversa, op. cit., p. 385

80 A. NIGRO, Le scritture contabili, op. cit., p. 299

81 M. MALTONI, La trasformazione da società di capitali in comunione di azienda e viceversa, op. cit., p. 386

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE DI AZIENDA E TRASFORMAZIONE

Il quadro normativo di riferimento si compone delle norme di applicazione generale, gli artt. 2498, 2499, 2500 e 2500 bis, c.c., che riguardano tutti i tipi di trasformazione, omogenea ed eterogenea, nonché di quelle disposizioni che sono state definite proprie e generali della trasformazione eterogenea di società di capitali⁸².

Si richiama l'importante principio per cui tutti i contitolari dell'azienda rispondono illimitatamente delle obbligazioni e la relativa deliberazione potrà essere efficacemente presa solo con il consenso di tutti soci ex art. 2500 septies, c.c.⁸³.

A favore del socio che non ha concorso alla delibera di trasformazione, oltre alle stesse tutele in caso di trasformazione di società di capitali in società di persone⁸⁴, troverà applicazione un'ulteriore tutela: il riconoscimento del diritto di recesso ex artt. 2437, comma 1, lett. b e 2473, c.c.

Da notare l'art. 2500, c.c., a norma del quale l'atto di trasformazione deve contenere "le indicazioni previste dalla legge per la costituzione del tipo adottato".

La forma risulta quindi vincolata dalla necessità di una delibera di trasformazione per atto pubblico, secondo le regole proprie delle società di capitali; quanto al contenuto ci si dovrà limitare a tener presente che la medesima delibera rappresenta il titolo costitutivo di una comunione del diritto di proprietà dell'azienda disciplinato dagli artt. 1100 e ss., c.c.⁸⁵; quindi, l'unico requisito essenziale della delibera sarà dato dalla puntuale indicazione dell'oggetto della comunione, ovvero del complesso di beni costituenti l'azienda, anche tramite l'allegazione di un inventario indicativo dei cespiti aziendali⁸⁶.

In virtù della trascrivibilità dell'atto, sarà opportuno essere precisi e rispettare le

82 M. SARALE, nel *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso e P. Montalenti, Torino, 2004, p. 2273 e ss.; C.G. CORVESE, *Commento all'art. 2500 octies*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, p. 401; F. GUERRERA, *Trasformazione, fusione, scissione*, in AA.VV., *Diritto delle società di capitali*, Milano, 2003, p. 323; G. FRANCH, *commento all'art. 2500 septies*, op. cit., p. 301 e ss.; A. CETRA, *Le trasformazioni "omogenee" e "eterogenee"*, in *Il nuovo diritto societario*, Liber amicorum G. F. Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, Milano, 2007, p. 175; E. CIVERRA, *Le operazioni di trasformazione*, Milano, 2004, p. 129

83 A. CETRA, *Le trasformazioni "omogenee" e "eterogenee"*, op. cit., p. 187

84 F. TASSINARI, *La trasformazione cd. regressiva (da società di capitali in società di persone)*, in *Notariato e nuovo diritto societario*, a cura di G. Laurini, Milano, 2011, p. 167 e ss.

85 M. MALTONI, *La trasformazione da società di capitali in comunione di azienda e viceversa*, op. cit., p. 387

86 Da non confondersi con la relazione di stima del patrimonio sociale nella circostanza non richiesta

STUDI ED OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

norme in materia di beni immobili e mobili registrati.

Sempre ai fini della pubblicità, sarebbe necessaria l'indicazione in atto delle quote di partecipazione alla comunione da parte dei contitolari e le eventuali norme regolatrici della comunione, a mente di quanto disposto dall'art. 1110 c.c. ed in ossequio al principio di proporzionalità ex art. 2500 sexies, c.c.⁸⁷.

I beni dell'azienda, in contitolarità ai comunisti secondo le regole di cui all'art. 2500 sexies, comma 4, c.c., saranno soggetti alla disciplina della comunione di cui agli art. 1100 e ss., c.c.

Appare complessa l'individuazione della disciplina applicabile ai debiti, crediti e posizioni contrattuali facenti parte dell'azienda, prima sociale, poi oggetto di comunione.

Quanto ai contratti, non essendo immaginabile un frazionamento della posizione contrattuale tra i contitolari dell'azienda saranno collettivamente parte cessionaria in luogo della società trasformanda⁸⁸.

Ma le posizioni creditorie e debitorie, una volta perfezionatasi la trasformazione, saranno imputabili ai comunisti pro-quota o in solido tra loro?

La problematica presenta analogie con l'ipotesi dell'istituto della trasformazione regressiva e della liquidazione della società, relativamente alla sorte delle sopravvenienze attive e passive, ignorate nella fase di liquidazione della società ed emerse successivamente all'estinzione ed alla cancellazione della stessa dal Registro delle Imprese⁸⁹.

Il dato normativo, sia ante che post riforma, non fornisce una risposta inequivoca sul punto: l'art. 2495, c.c.⁹⁰, si limita a prevedere una responsabilità dei soci e dei liquidatori per i crediti non soddisfatti, ma non chiarisce se, fermo il limite di quanto percepito dalla liquidazione, i soci rispondano pro quota o in via solidale.

A riguardo, nel silenzio della legge, la giurisprudenza e la dottrina hanno elaborato due tesi.

La prima che riconduce la responsabilità dei soci nell'alveo della successione a titolo universale: verrebbero ad applicarsi le regole dettate in materia successoria, ossia il principio ex art. 754, comma 1, c.c.: *nomina et debita hereditaria ipso jure dividuntur*; principio che deroga la regola generale della solidarietà passiva di cui all'art. 1294

87 G. FRANCH, commento all'art. 2500 septies, op. cit., p. 318

88 M. MALTONI, La trasformazione da società di capitali in comunione di azienda e viceversa, op. cit., p. 388

89 M. MALTONI, La trasformazione da società di capitali in comunione di azienda e viceversa, op. cit., p. 388

90 Prima art. 2456, comma 2

STUDI E OPINIONI

COMUNIONE DI AZIENDA E TRASFORMAZIONE

c.c.⁹¹. Una simile soluzione però, finirebbe per addossare eccessivamente al creditore sociale insoddisfatto l'insolvenza di un socio, oltre a gravare lo stesso dei costi di una pluralità di iniziative giudiziarie.

Una seconda tesi, proponendo una lettura maggiormente attenta alle esigenze dei terzi, conclude nel senso della solidarietà tra gli ex soci per i debiti della società estinta, anche in conformità alle norme generali in materia di obbligazioni⁹².

Quindi, nella comunione d'azienda formatasi a seguito della trasformazione, dei debiti aziendali risponderanno tutti i comunisti in solido⁹³, mentre per i crediti varrà la regola della parziarietà, la quale consentirà a ciascun comunista di agire pro quota nei confronti dei debitori della società trasformanda⁹⁴.

8. Da comunione di azienda a società di capitali

L'interessante dato di partenza di questa fattispecie trasformativa è la presenza di una comunione d'azienda.

Non si deve avere necessariamente un'azienda inattiva, ma potrà anche darsi il caso in cui l'azienda sia produttiva ed operi sul mercato⁹⁵.

La norma di riferimento è l'art. 2500 octies, c.c., che statuisce che nelle comunioni d'azienda, l'approvazione della deliberazione avente ad oggetto la trasformazione deve avvenire all'unanimità.

L'inesistenza di un ente collettivo personificato di partenza, fa sì che l'atto di trasformazione non sia riconducibile al genus delle delibere, quanto piuttosto sia assimilabile ad un contratto per il perfezionamento del quale risulta imprescindibile il consenso di tutte le parti interessate⁹⁶.

91 M. PORZIO, L'estinzione della società per azioni, Napoli, 1959, p. 206 e ss.

92 G. NICCOLINI, Scioglimento, liquidazione ed estinzione della società per azioni, in Trattato delle Società per Azioni, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 7, Torino, 1997, p. 710 e ss.

93 A. CETRA, Le trasformazioni "omogenee" e "eterogenee", op. cit., p. 187; G. FRANCH, commento all'art. 2500 septies, op. cit., p. 304

94 M. MALTONI, La trasformazione da società di capitali in comunione di azienda e viceversa, op. cit., p. 389. Contra G. FRANCH, commento all'art. 2500 septies, op. cit., p. 303 il quale propende per una solidarietà attiva

95 Ipotesi di azienda pervenuta per successione in capo ad una pluralità di eredi, i quali continuano a gestirla nell'attesa di prendere provvedimenti in ordine alla stessa, senza al contempo divenire imprenditori e quindi soci di una società di fatto: M. MALTONI, La trasformazione da società di capitali in comunione di azienda e viceversa, op. cit., p. 389

96 G. FRANCH, commento all'art. 2500 septies, op. cit., p. 381

STUDI ED OPINIONI

COMUNIONE D'AZIENDA E TRASFORMAZIONE

Questo contratto sarà al tempo stesso anche l'atto costitutivo della società nata dalla trasformazione e pertanto dovrà contenere tutti gli elementi richiesti dalla legge per il tipo sociale adottato ex art. 2500 c.c.

Da questo contratto dovrà risultare la ripartizione delle azioni o quote di partecipazione degli ex comunisti alla società: nel silenzio della legge sarebbe estensibile la regola di cui all'art. 2500 quater, comma 1, c.c., con la conseguenza che le partecipazioni al capitale sociale della società risultante saranno corrispondenti alle quote di partecipazione dei comunisti alla cosa comune.

Nell'eventualità in cui dalla fonte della comunione non risulti l'entità delle quote, esse, secondo quanto prevede l'art. 1101, comma 1, c.c., si dovranno presumere uguali e, uguali saranno anche le quote di partecipazione dei nuovi soci al capitale sociale⁹⁷. Trattandosi non di conferimento, ma di atto di trasformazione caratterizzato dal principio di continuità, non sarà infatti applicabile la regola per la quale le partecipazioni possono essere non proporzionali ai conferimenti.

Sarà comunque necessaria la redazione di una perizia di stima attestante l'effettivo valore del patrimonio aziendale, redatta in conformità a quanto disposto ex art. 2500 ter, c.c.⁹⁸.

97 G. FRANCH, commento all'art. 2500 septies, op. cit., p. 382

98 Considerato applicabile per analogia alla fattispecie in esame: M. MALTONI, La trasformazione da società di capitali in comunione di azienda e viceversa, op. cit., p. 390

RIFLESSIONI IN TEMA DI GLOBAL ECONOMIC GOVERNANCE: DALLA CRISI DELLA FINANZA ISLAMICA ALLE PROSPETTIVE DI RIFORMA COMUNITARIE

Per quanto assunto da molti esperti quale modello di eticità e stabilità economica, il sistema Shari'a compliant ha mostrato, al pari delle realtà c.d. occidentali, profonde tensioni ed una reale esposizione ai rischi derivanti dalla crisi finanziaria internazionale. Gli elementi di peculiarità propri del sistema islamico si propongono, però, quali attori principali di quel ridisegno del sistema di global economic governance che dovrà essere ispirato, nell'intento dei Regolatori, da un nuovo ruolo dell'etica all'interno delle transazioni bancarie e finanziarie.

di **FEDERICO RIGANTI**

“In our more cynical moments, we caricature the canonical view that has taken hold in the economics literature and policy world with the following simple equation: good law + good enforcement = good economic outcomes. This view, which they call the “endowment perspective”, depicts law as a kind of technology that can be inserted in the proper places - and imported from abroad when necessary - to accomplish an important task”¹

1. Generalità: l'attuale evoluzione della crisi finanziaria dal debito pubblico alle istituzioni bancarie.

Per quanto affrontata in modo coordinato e sistematico, la crisi economica e finanziaria che nel corso del 2007 ha trovato le banche centrali e i regolatori ampiamente impreparati alla gestione dell'“effetto domino”, scaturito dal mercato dei

¹ C. MUKHAUPT E K. PISTOR, *Governance in the ruins, law and capitalism: what corporate crises reveal about legal system and economic development around the world*, Chicago, University of Chicago Press, 2008, p. 5 ss..

STUDI E OPINIONI

GLOBAL ECONOMIC GOVERNANCE

finanziamenti c.d. *subprime*² e dal conseguente trasferimento del rischio per il tramite delle operazioni di cartolarizzazione^{3,4,5}, si presenta, ancora oggi, come foriera di externalità negative difficilmente risanabili dagli enti a ciò preposti.

Basata su una strategia a “due stadi”⁶, incentrata *in primis* su un risanamento pubblico delle passività degli intermediari privati, per il tramite altresì di iniezioni di denaro a basso costo e, *in secundis*, su un ridisegno sistemico dell’apparato di regolamentazione e controllo dei mercati internazionali, la risposta dei maggiori attori economici è stata caratterizzata, fin da subito, da un’intrinseca debolezza.

Tale carenza, causata anche dalla mancata ripresa dell’attività produttiva e dal vertiginoso aumento del debito pubblico, ha fatto sì che gli effetti della crisi, in un primo momento sopportati dagli stati sovrani, retroagissero nuovamente al settore bancario, dando luogo “*ad un pericoloso circolo vizioso, che non si è riusciti finora ad arrestare.*”⁷

Nello specifico, se da un lato il salvataggio delle istituzioni bancarie e finanziarie dava luogo, soprattutto negli Stati Uniti d’America e nel Regno Unito, principali paesi “responsabili” della crisi, a un profondo dibattito sulla necessità di separare il c.d. *utility banking* tradizionale dal c.d. *casino banking*, caratterizzato da un altissimo livello di rischio, i principali elementi necessari al risanamento finanziario⁸ non venivano

² I finanziamenti *subprime* o *b-paper* o *near-prime* si caratterizzano come prestiti rischiosi sia per gli enti creditori che per i soggetti debitori vista la pericolosa combinazione di alti tassi di interesse, cattiva storia creditizia dei beneficiari e mancata effettiva regolamentazione da parte dei soggetti di vigilanza individuati dai rispettivi ordinamenti.

³ Gli impieghi cartolarizzati si riferiscono a tutti i tipi di credito, personale o societario. I relativi rischi sono presenti, oltre che nel veicolo che li ha originati, in migliaia di strumenti finanziari c.d. *tossici*.

⁴ La cartolarizzazione e la frammentazione del debito si sono dimostrate incapaci, in questi anni, di ridistribuire il rischio in modo efficiente in capo ai diversi investitori, facendo sì che le istituzioni finanziarie detenessero una porzione eccessiva di rischio nei loro bilanci.

⁵ A tali prassi è da aggiungere infine l’uso incontrollato della leva finanziaria, tipico delle banche d’investimento, che ha alimentato la bolla del credito, contribuendo così ad aumentare la portata della crisi del sistema.

⁶ Per un ulteriore approfondimento sul tema si rimanda a MARCO ONADO *Il banchiere di ferro di oggi: mi spezzo ma non mi piego (alle regole)*, in Mercato concorrenza regole, a. XIII n. 3 dicembre 2011.

⁷ MARCO ONADO, *Op. cit.*.

⁸ Come, ad esempio, le disposizioni contenute nel rapporto FSB presentato al G20 di Pittsburg e incentrate su una revisione delle regole sul capitale minimo e sui coefficienti di ponderazione di rischio, nonché sulla necessità di rafforzare la vigilanza del sistema finanziario internazionale e rivisitare profondamente le regole di *corporate goverance* delle banche.

STUDI E OPINIONI

GLOBAL ECONOMIC GOVERNANCE

nell'immediato concretizzati dai soggetti responsabili, le cui risposte si caratterizzavano sempre come “*too weak too late*”⁹ per essere realmente efficaci.

Proprio a causa di tale “indecisione”, le previsioni attuate dai governi nazionali e dalle istituzioni sovranazionali si presentavano quindi, di volta in volta, come semplici palliativi, non specificamente indirizzati alla soluzione del problema, individuato univocamente dalla comunità internazionale nell'eccessiva *deregulation* e nella mancanza di un sistema di vigilanza dei mercati realmente efficace¹⁰.

⁹ MARCO ONADO, *Op. cit.*.

¹⁰ Proprio con riferimento a tale fallimento del regolatore, tanto più se rapportato al graduale processo di globalizzazione, pare interessante a chi scrive riportare il pensiero di Dani Rodrik, economista attualmente professore di economia politica internazionale alla John F. Kennedy School of Government presso l'Università di Harvard negli Stati Uniti d'America, secondo cui “*il processo di globalizzazione presenta un trilemma, poichè non è possibile avere contemporaneamente un sistema di stati nazionali, integrazione economica e politiche economiche efficienti. In particolare, in un mondo integrato economicamente e decentrato politicamente, il problema delle esternalità di natura internazionale è accentuato. I singoli governi non percepiscono correttamente i costi ed i benefici delle proprie scelte perchè ne internalizzano solamente l'effetto sul proprio elettorato. Per questo motivo i “policy maker” nazionali hanno la tentazione di attuare politiche che possono beneficiare il proprio paese a discapito di altri. I mercati finanziari rappresentano un caso estremo di come la globalizzazione abbia drasticamente ridotto, se non addirittura annullato, i confini economici. E' sufficiente il clic di un mouse per spostare grandi quantità di denaro da una parte all'altra del globo. Tuttavia, nonostante i confini economici si siano allentati, quelli politici, ed in particolare quelli relativi alla regolazione finanziaria, rimangono invariati e strettamente nazionali. I sostenitori delle liberalizzazioni finanziarie hanno sempre affermato che mercati dei capitali più integrati avrebbero reso i mercati finanziari nazionali più stabili, grazie ad una maggiore concorrenza internazionale. I fatti hanno smentito quest'idea. L'integrazione economica senza integrazione politica ha indotto i governi ad adottare politiche nazionali inefficienti per il mondo nel suo complesso. L'instabilità sistemica ne è il risultato. Crisi finanziarie di diversa natura sono un evento ricorrente nella storia. La differenza più evidente tra il periodo pre e post globalizzazione risiede nella regolamentazione. In un'economia sempre più integrata a livello globale, i costi di monitoraggio e di mancate opportunità legati ad una severa regolazione sono più elevati dei benefici derivanti dalla stabilità interna. La ragione è semplice: parte delle perdite derivanti da una crisi finanziaria sono percepite anche da creditori esteri e non solo da quelli nazionali, come nel caso di un'economia chiusa ai movimenti di capitale. I governi nazionali hanno pertanto l'incentivo a ridurre i costi attraverso una regolamentazione più lassista, che induce le istituzioni finanziarie ad intraprendere attività più rischiose e gli individui a indebitarsi più del livello ottimale, creando un'inefficienza a livello globale. Si parla, in tal senso, di una “overborrowing externality”, creata dalla globalizzazione, poichè l'effetto dell'inefficiente regolamentazione è di indurre le istituzioni finanziarie a offrire prestiti*”

Di tale questione risulta interessante un'ulteriore analisi comparativa, con mirato riferimento alla realtà, sì parallela, ma di contro non immune, del sistema economico-finanziario islamico.

2. La crisi del modello *Shari'a compliant* e i sistemi di regolamentazione e controllo delle Istituzioni Finanziarie Islamiche.

Assunto da alcuni come modello di stabilità ed eticità, il sistema economico-finanziario islamico, pur non perdendo la propria peculiare *vis expansiva* propria degli ultimi decenni, è stato oggetto, a partire dall'autunno del 2009, di una crisi, tanto profonda, da far riportare all'attualità la discussione, sorta a margine della depressione dei sistemi "occidentali", circa la capacità o meno delle soluzioni "*Shari'a compliant*" a presentarsi quali via d'uscita alla perdurante instabilità dei mercati internazionali.

Pur non avendo nei propri portafogli determinati titoli tossici, la profonda esposizione di alcune istituzioni finanziarie islamiche al rischio immobiliare¹¹ ha costretto queste ultime a ricorrere a una profonda ristrutturazione del debito ed a una conseguente richiesta moratoria ai creditori tale da creare, per la sua portata¹², una rilevante congiuntura negativa sui mercati locali, alimentando in tal modo un effetto a catena su scala globale e facendo venir meno la diffusa convinzione circa l'immunità del sistema islamico da speculazioni ed incertezze¹³.

Tale crisi, aggravata da un'intrinseca carenza regolamentativa del sistema islamico, riscontrata sia nella mancata attuazione di un sistema di *governance* interno alle istituzioni bancarie efficace, sia nella difficoltà di individuare, in molti casi, le autorità legalmente competenti ad attuare i controlli richiesti¹⁴, ha trovato massima espressione grazie alla mancata corretta vigilanza da parte di operatori nazionali e

maggiori del livello globalmente efficiente".

¹¹ Quali, ad esempio, la Dubai World e la sua controllata Nakheel. Tale crisi è stata riscontrata peraltro nella perdita di valore azionario degli indici di borsa e dei fondi di investimento islamici (oltre che nelle incerte situazioni di alcune società leader dell'area, quali la Saad Group e l'Investment Dar).

¹² Nel caso di specie, il debito riguarda un ammontare stimato all'epoca in 5,7 miliardi di dollari dei quali 3.5 appartenenti alla suddetta società controllata, emittente di *Sukuk*, contrattati al fine di finanziare lo sviluppo immobiliare dell'Emirato.

¹³ Senza ombra di dubbio, a monte di quella che da molti è stata definita "la prima bolla finanziaria islamica", troviamo altresì la politica di agevolazioni fiscali e legali volta ad attirare investitori esteri, troppo spesso attratti dal concetto di rischio condiviso e dalla stretta connessione tra attività finanziarie e progetti materiali, elementi caratterizzanti del sistema islamico.

¹⁴ E ciò anche in relazione al gran numero di realtà finanziarie islamiche che, avendo sede nel Regno Unito, sono regolate per taluni aspetti dalla legge inglese.

internazionali a ciò preposti, il cui eccessivo *laissez faire* regolamentativo ha fatto sì che le conseguenze della congiuntura negativa si propagassero anche su altri mercati.¹⁵

E' proprio in relazione all'attività di regolamentazione e vigilanza *Shari'a compliant* che pare opportuno soffermarsi per un'ulteriore analisi.

2.1 Elementi di regolamentazione e controllo delle istituzioni finanziarie islamiche (IFI). Il ruolo dell'Islamic Financial Services Board e le Linee Guida in tema di *Corporate Governance*.

Alla luce di quanto affermato da diversi studiosi, lo spirito etico-religioso proprio della finanza islamica nonché la condivisione dei rischi che caratterizza l'operatività delle IFI¹⁶ attenuerebbero o annullerebbero la necessità di vigilare sui relativi intermediari finanziari¹⁷.

Tale impostazione radicale però viene contraddetta dalla prassi propria delle istituzioni finanziarie islamiche, il cui modello operativo sempre più si conforma a modelli propri delle istituzioni convenzionali, richiedendo in tal senso l'applicazione di determinati requisiti prudenziali.

Questione centrale del dibattito in tema di vigilanza prudenziale delle IFI è, nello specifico, quella relativa alla funzione dei contratti (quali, ad esempio, il *Mudaraba*, o *Trust Finance Contract* e il *Musharaka* o *Equity Participation Contract*) e dei depositi partecipativi (che, contrariamente ai depositi delle banche convenzionali, "sarebbero destinati ad assorbire le eventuali perdite di gestione"¹⁸), nonché delle opzioni regolamentari a tal fine proposte.

Proprio con riferimento alle diverse soluzioni prospettate, è utile sottolineare come, ad oggi, tre siano le opzioni identificate dal regolatore islamico come

¹⁵ La crisi del modello islamico è quindi stata un ulteriore sintomo di quella più generale contrazione del mercato del debito che ha richiesto, e ad oggi richiede, al fine di ottemperare alla propria intrinseca carenza regolamentativa, una risposta non locale bensì globale e condivisa da parte dei diversi Regolatori del Mercato.

¹⁶ Con tale sigla si suole indicare un'istituzione che svolge attività di finanziamento e raccolta di fondi in maniera *Shari'a compliant*, senza operare sul mercato assicurativo.

¹⁷ Nello specifico, utile è sottolineare come l'analisi empirica fornisca una conferma circa la proporzionalità intercorrente tra complessità operativa degli intermediari finanziari islamici e maggior grado di rischio e instabilità rispetto ad un sistema c.d. tradizionale.

¹⁸ In tal senso si veda GIORGIO GOMEL (coordinatore), ANGELO CICOGNA, DOMENICO DE FALCO, MARCO VALERIO DELLA PENNA, LORENZO DI BONA DE SARZANA, ANGELA DI MARIA, PATRIZIA DI NATALE, ALESSANDRA FRENI, SERGIO MASCIANTONIO, GIACOMO ODDO E EMILIO VADALÀ, *Questioni di Economia e Finanza islamica e sistemi finanziari convenzionali. Tendenze di mercato, profili di supervisione e implicazioni per le attività di banca centrale*, Banca d'Italia, (Occasional papers), Ottobre 2010, N. 73.

maggiormente efficienti, in quanto tendenti rispettivamente a 1) assimilare i depositi partecipativi al capitale azionario, consentendo in tal modo di includerli nell'ambito dei fondi propri ai fini del calcolo dei coefficienti patrimoniali, 2) destinare i depositi partecipativi a copertura totale o parziale delle perdite derivanti dagli investimenti effettuati con contratti partecipativi 3) isolare dal punto di vista contabile e gestionale i depositi partecipativi rispetto alle altre passività per destinarli esclusivamente al finanziamento di operazioni strutturate in forma partecipativa.¹⁹

Ulteriore profilo di interesse, in relazione al sistema di vigilanza e regolamentazione islamica, è dato poi dal ruolo del Islamic Financial Services Board (IFSB), ente costituito nel 2002 sull'onda lunga di altri comitati internazionali, quali il Comitato di Basilea, con l'obiettivo di *“promuovere una crescita sana, prudente e trasparente dei servizi finanziari islamici attraverso l'introduzione di nuovi standard internazionali di vigilanza o l'adattamento di quelli applicabili alle istituzioni finanziarie convenzionali.”*²⁰

L'IFSB, a partire dalla sua creazione, ha formulato diversi approfondimenti nelle forme di standard, linee guida e note tecniche, riguardanti diverse macroaree tra le quali possiamo indicare, a titolo esemplificativo, *i) il risk management; ii) l'adeguatezza patrimoniale; iii) il governo societario; iv) il controllo prudenziale; v) la trasparenza e la disciplina di mercato.*

Con specifico riferimento all'adeguatezza patrimoniale, utile è poi notare come, per il tramite delle Linee Guide sul tema emanate nel 2005, l'IFSB abbia individuato *“standard” che “contengono regole per la determinazione del requisito patrimoniale a fronte del rischio operativo mutuate da quelle previste per le banche convenzionali da Basilea 2”*²¹. Proprio a tal proposito *“L'IFSB suggerisce l'applicazione di una capital charge pari al 15 per cento della media del reddito lordo annuale degli ultimi tre*

¹⁹ Per un'analisi più approfondita si rimanda a GIORGIO GOMEL (coordinatore), ANGELO CICOGNA, DOMENICO DE FALCO, MARCO VALERIO DELLA PENNA, LORENZO DI BONA DE SARZANA, ANGELA DI MARIA, PATRIZIA DI NATALE, ALESSANDRA FRENI, SERGIO MASCIANTONIO, GIACOMO ODDO E EMILIO VADALÀ, *Op. Cit.*.

²⁰ Come evidenziato dall'opera richiamata alla nota precedente, *“dell'IFSB fanno essenzialmente parte le Autorità di vigilanza preposte alla supervisione sulle IFI. Dall'esame dello Statuto di tale organismo emerge che esso è sprovvisto di poteri autoritativi, in grado cioè di modificare unilateralmente la sfera giuridica degli associati, i quali sono quindi giuridicamente liberi di osservare le linee guida dettate da tale organismo.”*

²¹ Per un'ulteriore approfondimento si rimanda a GIORGIO GOMEL (coordinatore), ANGELO CICOGNA, DOMENICO DE FALCO, MARCO VALERIO DELLA PENNA, LORENZO DI BONA DE SARZANA, ANGELA DI MARIA, PATRIZIA DI NATALE, ALESSANDRA FRENI, SERGIO MASCIANTONIO, GIACOMO ODDO E EMILIO VADALÀ, *Op. Cit.*.

STUDI E OPINIONI

GLOBAL ECONOMIC GOVERNANCE

anni²², riconoscendo che la definizione di rischio operativo e del relativo requisito, mutuati dalla disciplina convenzionale, non tengono conto delle conseguenze che possono derivare dalla mancata osservanza dei principi della Shari'a e rinviando l'analisi e la quantificazione di questa tipologia di rischio specifica delle IFI ad una fase di controllo prudenziale²³.

Con riferimento infine al tema riguardante il governo societario, le “Linee Guida sulla Corporate Governance” pubblicate dall'IFSB richiamano l'applicazione da parte delle banche operanti secondo i dettami islamici (e salvi opportuni adattamenti) dei principi internazionali in tema di governo societario elaborati dall'OCSE e dal Comitato di Basilea. Come prima previsione l'IFSB ha invitato pertanto i soggetti interessati ad istituire un comitato *ad hoc* cui demandare, in primo luogo, la tutela degli *stakeholder* diversi dagli altri azionisti e, in second'ordine, la gestione delle procedure amministrative e contabili affinché tengano conto degli interessi di quei soggetti non rappresentati in altri organi dell'impresa, quali i titolari dei depositi partecipativi, richiedendo inoltre, affinché le funzioni del *committee* non si sovrappongano a quelle dell'*audit committee* “che il primo si concentri sulle questioni attinenti alla specificità dell'intermediazione islamica e funga da contrappeso per quanto riguarda le decisioni prese a tutela degli azionisti”²⁴.

In conclusione, sempre con riferimento agli standard ISFB, importante è notare come sia raccomandato alle IFI di assicurare ai titolari di depositi partecipativi la possibilità di monitorare l'andamento degli investimenti e dei rischi connessi a questi ultimi attraverso l'istituzione di idonee procedure interne a tal fine demandate fin dalla fase pre-contrattuale del rapporto contrattuale.

²² Dato la particolarità del sistema finanziario islamico non è stato possibile elaborare coefficienti per le diverse linee di attività, lasciando però in tal modo la facoltà alle singole autorità che sono in grado di individuare tali linee di applicare coefficienti differenziati.

²³ In tal senso GIORGIO GOMEL (coordinatore), ANGELO CICOGNA, DOMENICO DE FALCO, MARCO VALERIO DELLA PENNA, LORENZO DI BONA DE SARZANA, ANGELA DI MARIA, PATRIZIA DI NATALE, ALESSANDRA FRENI, SERGIO MASCIANTONIO, GIACOMO ODDO E EMILIO VADALÀ, *Op. Cit.*.

²⁴ In tal senso GIORGIO GOMEL (coordinatore), ANGELO CICOGNA, DOMENICO DE FALCO, MARCO VALERIO DELLA PENNA, LORENZO DI BONA DE SARZANA, ANGELA DI MARIA, PATRIZIA DI NATALE, ALESSANDRA FRENI, SERGIO MASCIANTONIO, GIACOMO ODDO E EMILIO VADALÀ, *Ibid.*.

3. Comparative economic governance: il sistema americano e le previsioni comunitarie. Dall'European Systemic Risk Board alle ESAs.

Al fine di portare a termine un esame più approfondito delle tematiche connesse alla riformulazione del sistema di *governance* globale, è necessario approfondire, oltre alle dinamiche proprie dei sistemi *Shari'a compliant*, l'analisi delle strategie in tal senso adottate da due dei principali attori del mercato finanziario internazionale, gli Stati Uniti d'America e l'Unione Europea²⁵, interessati, a poco tempo di distanza, da progetti di riforma di regolamentazione bancaria e finanziaria.

Facendo specifico riferimento alle procedure proprie dei sistemi "occidentali", utile è infatti sottolineare come le previsioni statunitensi e comunitarie, pur connotate da elementi di forte assonanza quali, *in primis*, il principio di rafforzamento del capitale delle banche, il depotenziamento del ruolo delle agenzie di rating (!), l'attuazione di una maggiore trasparenza nelle operazioni finanziarie e nelle strutture di *governance* degli istituti di investimento e, infine, il rafforzamento della cooperazione internazionale per il tramite dell'intervento di organismi sovranazionali, quali il comitato di Basilea sulla supervisione bancaria, il *Financial Stability Board* e il Fondo Monetario Internazionale, presentino alcuni tratti di peculiarità, direttamente derivanti dalle particolarità proprie dei rispettivi substrati politici.

E' proprio con riferimento a tali divergenze che, con riguardo al ruolo assegnato dalle previsioni in oggetto alle banche centrali e fermo restando il grande rilievo che, in ambito comunitario, continuano ad assumere le singole Banche Centrali nazionali (comportando tale circostanza un'eccessiva frammentazione del sistema²⁶), viene in rilievo il grande *gap* intercorrente, ad oggi, tra la *Federal Reserve System* americana e la Banca Centrale Europea, essendo demandata, alla seconda, una semplice funzione di coordinamento dell' *European Systemic Risk Board*²⁷ (parte dell'*European System of Financial Supervision*), in nulla paragonabile alla diretta vigilanza del sistema

²⁵ Per un maggior approfondimento in merito alle questioni trattate, si rimanda a, RONY HAMAUI, *America in vantaggio nella partita della vigilanza finanziaria*, 2009, su lavoce.info.

²⁶ Come afferma Hamauì nel lavoro sopra citato, "in entrambi i casi, poi, la frammentazione delle autorità di vigilanza è vista come un elemento di debolezza da sanare. Ovviamente, nel caso europeo la frammentazione è dovuta al preponderante ruolo giocato dagli organi di vigilanza presenti nei diversi stati membri, mentre negli stati uniti il problema nasce da una pletera di organismi le cui competenze e raggio di azione sono spesso confusi e si sovrappongono. Infine, entrambe le proposte assegnano alle rispettive banche centrali un ruolo importante nella vigilanza: è una presa d'atto del fatto che hanno giocato una parte fondamentale nell'attuire, almeno, la fase più acuta dell'attuale crisi".

²⁷ Per un ulteriore approfondimento:

<http://www.esrb.europa.eu/about/background/html/index.en.html>,

<http://www.esrb.europa.eu/news/documents/html/index.en.html>.

finanziario propria del sistema statunitense.

Volendo approfondire la struttura di *governance* comunitaria, utile è sottolineare come, proprio al fine di dare piena attuazione alle disposizioni proprie del Trattato di Lisbona, tese ad una maggiore “unione” dello spazio comunitario, l’apparato europeo regolamentativo dei mercati finanziari si sia dotato altresì di ulteriori enti, quali le *ESAs*, volti a disciplinare, in maniera coordinata tra di loro, i singoli interventi nelle aree di propria specificità.

Entrate in vigore nel gennaio 2011, le *European Supervisory Authorities*, hanno sostituito i comitati di vigilanza di terzo livello della struttura Lamfalussy, identificati nel Comitato delle Autorità Europee di Vigilanza Bancaria (CEBS), nel Comitato delle Autorità Europee di Vigilanza sulle Assicurazioni e sui Fondi Pensione (CEIOPS) e nel Comitato delle Autorità Europee di Regolamentazione dei Valori Mobiliari (CESR), strutturando il proprio operato per il tramite delle tre nuove realtà regolamentative individuate nell’Autorità Bancaria Europea²⁸ (EBA), nell’Autorità Europea delle Assicurazioni e dei Fondi Pensione²⁹ (EIOPA) e nell’Autorità Europea degli Strumenti Finanziari e dei Mercati³⁰ (ESMA).

Proprio in capo a tali organismi³¹ è demandata, ad oggi, la principale funzione di sviluppare standard tecnici ed emettere linee guida e raccomandazioni. Laddove inoltre le *ESAs* valutino concretizzarsi un mancato corretto adeguamento delle singole realtà nazionali in ordine alle disposizioni comunitarie, queste potranno, per il tramite di poteri ispettivi a ciò finalizzati, non solo porre sotto esame determinate pratiche “scorrette”, ma altresì interdire dal mercato talune attività finanziarie per periodi di tempo prestabiliti.

E’ poi in caso di crisi che viene riconosciuta alle *ESAs* una funzione di raccolta di informazioni da parte delle realtà nazionali (informazioni che andranno altresì a fornire elementi per gli *stress test* comunitari e per le analisi macroprudenziali condotte dall’ESRB) e di raccordo delle normative vigenti, essendo individuata in capo a queste la possibilità di emettere, seppur entro certi parametri e a certe condizioni, decisioni vincolanti “*on national supervisors and on firms*”.

Le *ESAs*, per il tramite quindi della loro specificità, sono a pieno titolo identificabili come fulcro dell’ *European Supervisory Framework*, interagendo, all’interno dello stesso, secondo lo schema seguente:

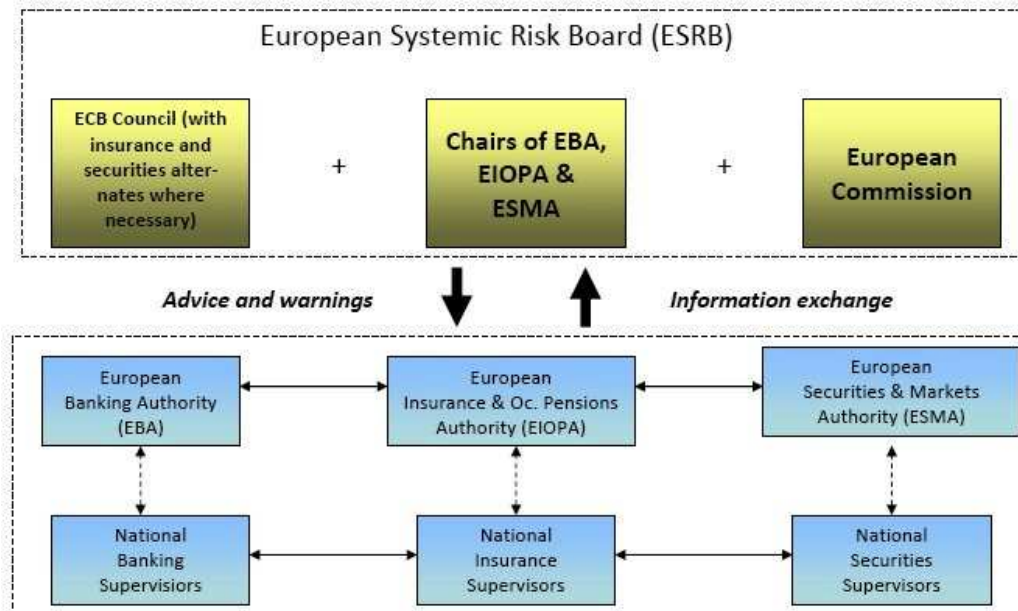
²⁸ <http://www.eba.europa.eu/Home.aspx>.

²⁹ <https://eiopa.europa.eu/home/index.html>.

³⁰ <http://www.esma.europa.eu/>.

STUDI E OPINIONI

GLOBAL ECONOMIC GOVERNANCE



fonte: <http://www.esma.europa.eu/page/European-Supervisory-Framework>

4. Alla ricerca di un'etica per il rafforzamento del sistema di governance finanziaria internazionale.

Al fine di apportare una reale riformulazione delle previsioni di *governance* finanziaria globale, è importante sottolineare come risulti preliminarmente necessario riconciliare tra di loro gli aspetti politici e gli ambiti propriamente economici della comunità internazionale, così che questa sia in grado di fornire una risposta concreta ed una reale alternativa agli attuali sistemi di regolamentazione e controllo.

Fatta diffusa la convinzione secondo cui una condotta finanziaria virtuosa richiede una stretta politica di cooperazione e vigilanza internazionale, è sorto negli ultimi anni un acceso dibattito relativo alla revisione del sistema di regole delineato da *Bretton Woods*³² e alla necessità di condivisione, al fine di rendere il sistema maggiormente

³² L'attuale sistema di *governance* economica mondiale risale agli accordi conclusi durante la conferenza di Bretton Woods del 1944 in cui si stabilirono le regole per le relazioni commerciali e finanziarie tra i principali paesi industrializzati dell'epoca e si istituì il c.d. *liberismo organizzato*. Con Bretton Woods il mercato doveva in qualche modo essere regolato attraverso la previsione di specifici obblighi giuridici, sanciti a livello sovranazionale, funzionali a realizzare la cooperazione economica, monetaria e finanziaria tra gli stati, allo scopo di consentire una crescita equilibrata dell'economia internazionale. Di conseguenza, con tale accordo, si è

STUDI E OPINIONI

GLOBAL ECONOMIC GOVERNANCE

competitivo e ridurre le possibili esternalità negative dello stesso, delle diverse esperienze regolamentative, comprese altresì quelle derivanti dal sistema *Shari'a compliant*, intrinsecamente connaturato da uno stretto rapporto tra ambito normativo e disposizioni etiche.

Tali principi, posti alla base della riformulazione del sistema di *governance* finanziaria internazionale, per quanto in continuo sviluppo e oggetto di aggiornamento nel corso degli incontri dei principali attori economici internazionali, hanno trovato una prima reale affermazione nel corso del G20 di Londra, in occasione del quale venivano stabiliti alcuni punti cardine a sostegno di una rinnovata strategia globale, finalizzata al rafforzamento della struttura economica finanziaria mondiale.

Proprio al fine di creare un nuovo *corpus* etico e normativo venivano quindi individuate diverse necessità, quali quella di portare il sistema bancario ombra sotto il manto di regolamentazione predisposto per le banche tradizionali, quella di regolamentare gli *hedge funds* e di abolire i paradisi fiscali attraverso una stretta condivisione d informazioni e un apposito sistema di collaborazione tra le diverse giurisdizioni, al fine di creare una lista c.d. “*name and shame*”, volta ad individuare eventuali evasori, quella di riscrivere le regole del *Financial Stability Board*, al fine di permettere una più stretta collaborazione con il Fondo Monetario Internazionale, finalizzata ad impostare un sistema di monitoraggio preventivo su realtà critiche e, infine, quella di riformare il criterio della rappresentanza e della struttura di governo del FMI e della Banca Mondiale.

E' poi con riferimento alle istituzioni economiche internazionali^{33,34} che il G20 di

assistito ad una “internalizzazione” delle funzioni “sovrane” degli stati nel campo economico, con una corrispondente limitazione dei loro poteri d'intervento, mediante il trasferimento dei medesimi ad istituzioni comuni quali la Banca Mondiale (BM) e il Fondo Monetario Internazionale (FMI). Questo sistema avrebbe dovuto coprire tre ambiti: quello della stabilità finanziaria, quello del finanziamento dello sviluppo e quello della libertà degli scambi attraverso la successiva istituzione dell'International Trade Organization (ITO) mediante l'adozione della Carta dell'Avana. Il sistema di *governance* internazionale, così come delineato dagli accordi di Bretton Woods, si presentò però, fin da subito, non immune da critiche rivolte in *primis* allo scarso potere di controllo e coordinamento riconosciuto e esercitato dall'ONU sul FMI e sulla BM, in *secundis* alla previsione di un meccanismo di voto ponderato, considerato da molti iniquo e non democratico, che privilegiava di fatto i paesi economicamente più forti.

³³ Per quanto riguarda l'FMI, una prima revisione generale delle quote è stata fissata al gennaio 2011; la nomina del *managing director* è invece stata riformulata e connotata da un meccanismo di selezione aperto, trasparente e basato sul merito.

³⁴ Anche la Banca Mondiale ha inoltre avviato un processo volto a rafforzare la rappresentanza dei c.d. *P.V.S.*, tramite una riforma articolata in due fasi: la prima, già in corso di attuazione, prevede il raddoppio dei voti base, l'assegnazione di alcune quote di partecipazione ancora non

STUDI E OPINIONI

GLOBAL ECONOMIC GOVERNANCE

Londra ha convenuto di procedere a una riforma incisiva dell'assetto in tema previsto da *Bretton Woods* con l'obiettivo di aumentare il peso dei paesi poveri ed emergenti nei processi decisionali, di modificare i criteri di selezione dei vertici e di chiarire le attribuzioni di responsabilità tra gli organi di governo e quelli di supporto tecnico.

Tra le sue decisioni, inoltre, il G20 di Londra ha concordato di espandere e istituzionalizzare il *Financial Stability Forum* (FSF), rinominato *Financial Stability Board* (FSB), composto da un *board* a partecipazione allargata. Sempre in relazione al FSB, utile è sottolineare come il mandato di tale istituzione sia stato significativamente ampliato, ricomprendendo, oltre ai compiti affidati originariamente al FSF, una nuova e più stretta collaborazione con l'FMI nella conduzione di quegli esercizi c.d. *early warning*, volti ad accrescere la consapevolezza circa le implicazioni sistemiche delle politiche macroeconomiche e finanziarie e a sollecitare appropriate misure correttive.

Sempre nel corso del meeting di Londra è stata poi considerata, al fine di una riforma incisiva, volta a rafforzare il quadro di vigilanza del sistema finanziario³⁵, la necessità di assoggettare ad appropriata regolamentazione tutte le istituzioni finanziarie, i mercati e gli strumenti con rilevanza sistemica, procedendo in tal modo a rivedere i requisiti minimi patrimoniali delle banche, a migliorare la qualità del capitale e armonizzarne la definizione.

E' in tale ottica infine che dovranno inoltre essere sviluppati *standard* per promuovere la costituzione di riserve di capitale eccedenti i minimi regolamentari nelle fasi espansive del ciclo, da utilizzare quando le condizioni dovessero richiederlo e che si introdurranno indicatori semplici, atti a precludere la possibilità di operare con una

allocate, l'aggiunta di un seggio presso il consiglio di amministrazione per i paesi dell'Africa sub-sahariana, la seconda ridefinirà i poteri di voto dei paesi membri, sulla base sia del peso relativo nell'economia mondiale, sia dei contributi di ciascuno al finanziamento dello sviluppo. Si affronteranno, inoltre, alcuni delicati aspetti di *governance* riguardanti l'efficacia dell'attività del consiglio di amministrazione, la diversificazione per nazionalità del personale, il processo di selezione del presidente.

³⁵ In tal senso bisogna sottolineare come, infine, gli organismi responsabili dell'emanazione degli *standard* contabili internazionali dovranno collaborare con le autorità di vigilanza onde migliorare i criteri di valutazione e le pratiche di accantonamento per perdite su crediti. Essi dovranno pertanto muovere verso un unico insieme di principi contabili internazionalmente validi. La cooperazione internazionale tra autorità di vigilanza sarà rafforzata attraverso la costituzione di collegi di supervisori, incaricati del controllo delle principali istituzioni finanziarie transfrontaliere e dell'attuazione dei principi sviluppati dal FSB per la gestione delle crisi *cross-border*. Saranno anche intraprese iniziative nei confronti delle giurisdizioni che non rispettano gli standard internazionali in materia di vigilanza prudenziale e di scambio di informazioni a fini fiscali.

eccessiva leva finanziaria.

I CONTRATTI DI APPALTO DISCIPLINATI DAL D.LG. 163/2006. LA NUOVA DIRETTIVA RICORSI (DIR. 2007/66/CE DELL'11-12-2007 E IL D.LG. 20 MARZO 2010, N. 53). IL NUOVO CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

L'Autore riesamina il problema della sorte del contratto pubblico di appalti alla luce degli artt. 121 e seguenti del Codice del processo amministrativo. I paragrafi più importanti sono quelli nn. 5. e 10.

di MARCO CASAVECCHIA

0. I contratti di appalto disciplinati dal d.lg. 163/2006

I vari contratti di appalto disciplinati dal d.lg. 163/2006 (art. 3/3 del detto testo normativo) appartengono alla categoria dei contratti privati a evidenza pubblica. Come tali sono disciplinati dalla normativa di *diritto speciale* di cui al d.lg. 163/2006 e dal dpr 207/2010, nonché, in via residuale, dalla normativa di *diritto comune* di cui al codice civile (art. 2/4 del d.lg. 163/2006)¹. Come tali, e sul versante del *diritto comune*, sono

¹ V.nsi: **L.V.Moscarini**, L'appalto nel codice civile e nel codice dei contratti pubblici, in "Trattato sui contratti pubblici" (diretto da **M.A.Sandulli**, **R.De Nictolis** e **R.Garofali**), Giuffrè, 2008, I, 42 e segg.; **R.E.Ianigro**, Codice degli appalti pubblici (a cura di **R.Garofali** e **G.Ferrari**), Nel diritto, I, 34 e segg. nonché **D.Bottura**, ibidem, 55. **Per la giurisprudenza**, v.nsi: **TAR Lombardia-Brescia**, I, 8-6-2006, n. 699 (applica l'art. 1366 ai bandi di gara); **TAR Lombardia-Milano**, III, 23-8-2006, n. 1930 (applica l'art. 1363 agli atti di gara); **TAR Lazio-Roma**, I-bis, 6-2-2008, n. 1069 (applica l'art. 1337 agli atti prodromici tesi alla stipulazione dei contratti pubblici); **TAR Puglia-Lecce**, III, 3-9-2008, n. 2448 (applica l'art. 1366 agli atti di gara); **Cons. St.**, V, 8-10-2008, n. 4947 (applica l'art. 1337 sulla responsabilità precontrattuale); **Cons. St.**, V, 10-1-2008, n. 5574 (in tema di responsabilità precontrattuale, applica i principi relativi al c.d. *interesse contrattuale negativo*). V.nsi, altresì, in tal senso: **TAR Lazio-Roma**, I-ter, 12-12-2008, n. 11343; **TAR Calabria-Catanzaro**, II, 14-1-2009, n. 7; **Cons. St.**, VI, 15-6-2009 n. 3827, **Cons. St.**, V, 7-9-2009, n. 5245; **TAR Toscana**, I, 12-5-2011, n. 818, **Cons.**

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

I CONTRATTI DI APPALTO

soggetti alle (relativamente) nuove interpretazioni in tema di *contratti* (ad esempio quelle basate sul venir meno del c.d. *dogma della volontà*)², mentre, sul versante del *diritto speciale*, risentono l'influenza della nuova normativa di cui alla nuova *direttiva ricorsi* (dir. 2007/66/CE e testi normativi nazionali di recepimento: d.lg. 53/2010 e d.lg. 104/2010).

1. Entrata in vigore della direttiva 2007/66/CE dell'11-7-2007 e del d.lg. 20-3-2010, n. 53.

1.1. La nuova direttiva ricorsi, i cui contenuti sono stati recepiti, prima, dal d.lg. 53/2010³, e, poi, dal nuovo codice sul processo amministrativo, è entrata in vigore, per effetto dell'art. 3 della medesima direttiva, il 20 dicembre 2009, almeno per le relative

St., V, 30-12-2011, n. 700; TAR Puglia-Lecce, III, 25-1-2012, n. 139; Cons. St., VI, 15-3-2012, n. 1441); Cons. St., V, 14-2-2012, n. 726 (applica le norme sull'interpretazione dei contratti fissate dal codice civile dei contratti pubblici di appalto). (La giurisprudenza sopra citata è ripresa da **O.Cutajar-A.Massari**, Codice dei contratti pubblici commentato con la giurisprudenza. Annotato con il Regolamento e la Prassi, Maggioli Ed., 2012, 45 e segg.).

² V.nsi: Cass. 24-9-1999, n. 10.51 (cost. **Morelli**): **F.Galgano**, La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio, Contr. e Impresa, 2000, 919 e segg.; nonché, per quanto concerne i contratti in Europa, **Alpa**, I contratti, in "Il diritto privato dell'Unione Europea" (a cura di **Tizzano**), Giappichelli, 2006, Tomo I, 713 e segg.; **Chinè**, Il diritto contrattuale europeo: riflessioni a margine di un tentativo di ricostruzione sistematica, in "Lezioni di diritto privato europeo" (a cura di **Alpa e Capilli**), Cedam, 2007, 273 e segg.; *Code europeen des contracts*, coordinato da **Gandolfi**, Giuffrè, 2004; **Trombetti**, I tentativi di uniformazione del diritto contrattuale a livello europeo. Prime riflessioni per un confronto tra il Draft of Common Frame of Reference ed il progetto preliminare del Code europeen des contracts, in "*Contratto e Impresa/Europa*, 1/2011, 168 e segg.; **Bortolotti**, Manuale di diritto commerciale internazionale, Cedam, 2011, volumi I, II e III (Il volume II, al Capitolo V, sono contenuti dei "Cenni sulla legislazione di paesi stranieri).

³ Il d.lg. 53/2010, in realtà, oltre a recepire nel nostro ordinamento le norme della direttiva 2007/66/CE, modifica normative che non hanno a che vedere con tale direttiva (es.: quelle sull'*accordo bonario*, sull'*arbitrato*, sull'abolizione del ricorso *straordinario al Capo dello Stato*).

Sulla direttiva 2007/66/CE, vnsi: **G.Greco**, La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitarie, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti, in Riv. it. dir. pubbl. comunitario, n. 5/08, pagg. 1029 e segg.; **A.Masera**, Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: le molte facce di un dialogo asincrono tra i giudici, ibidem, 2/2009, 285 e segg.; **G.Vivarelli**, Ancora sulla sorte del contratto in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione: nuove e vecchie prospettive, Riv. Trim. App., 2/09, 327 e segg.; **A.Carullo**, Gli appalti pubblici dopo l'entrata in vigore della direttiva 2007/66/CE: gli aspetti processuali che incidono direttamente sull'amministrazione aggiudicatrice, Riv. Trim. App., 1/2010, 287 e segg..

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

I CONTRATTI DI APPALTO

norme *self executing* (v.si, in tal senso: Corte Cass., SS.UU., ord. 10-2-2010, n. 2906)⁴. Il d.lg. 20-3-2010, n. 53 (GU 12-4-2010, n. 84) è entrato in vigore il 27 aprile 2010⁵.

⁴ Anzi: secondo le sezioni unite “la direttiva è applicabile, si noti bene, a tutte le procedure di gara bandite dopo la sua entrata in vigore (dicembre 2007) ancorchè anteriori alla data di scadenza della direttiva (dicembre 2009) e alla data del suo recepimento da parte del legislatore nazionale” (così **R. De Nictolis**, Il recepimento della direttiva ricorsi, in www.giustizia-amministrativa.it, maggio 2010, par. 1.1.1). (In effetti l’ordinanza della Cassazione applica la normativa della direttiva ricorsi ad un’aggiudicazione [alla srl Traso Costruzioni] del 20-2/23-2-2009). In tal senso, anche, TAR Lazio Roma, III-quater, 7-4-2010, n. 5759: la nuova normativa si applicherebbe anche qualora la procedura di gara si sia svolta precedentemente all’entrata in vigore della Direttiva 66/07/CE. Per il TAR Calabria, Catanzaro, II, 12-4-2010, n. 457, la nuova normativa si applicherebbe dal momento dell’entrata in vigore della direttiva.

⁵ Sul d.lg. 53/2010, v.si il numero unico di “Edilizia e Territorio”, n. 15 del 19-24 aprile 2010, con il titolo “*Appalti, le nuove regole sui ricorsi*”, nonché TRGA, sez. Trento, 7-6-2010, n. 151, per il quale: “*Nel caso di annullamento in s.g. dell’aggiudicazione di una gara, è possibile dichiarare anche, ai sensi dell’art. 245 ter del D.Lgs. n. 163 del 2006, come introdotto dall’art. 10, comma 1, del D.Lgs. 20 marzo 2010, n. 53 (con cui è stata trasposta nell’ordinamento nazionale la direttiva 2007/66/CE), l’inefficacia del contratto stipulato con l’aggiudicatario con decorrenza dalla data di pubblicazione della decisione, fermo restando il rapporto intercorso tra le parti, in analogia con i principi di cui all’art. 2126 c.c.; va peraltro precisato che il sopravvenuto D.Lgs. n. 53 del 2010 trova immediata applicazione, in virtù della sua natura processuale, applicandosi anche ai giudizi instaurati prima della sua entrata in vigore, in difetto di diversa disposizione transitoria e che la giurisdizione sulla sorte del contratto spetta al Giudice amministrativo, conformemente a quanto statuito dalla Corte di Cassazione con l’ordinanza delle Sezioni Unite 10 febbraio 2010, n. 2906*”.

Per altri commenti, v.nsi: **V. Lopilato**, Categorie contrattuali, contratti pubblici e i rimedi previsti dal decreto legislativo n. 53 del 2010 di attuazione della direttiva ricorsi, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, 2-9-2010, par. 6.1, pagg. 19-20; **M. Lipari**, Il recepimento della “direttiva ricorsi”: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l’inefficacia “flessibile del contratto”, in www.giustizia-amministrativa.it, aprile 2010; **R. De Nictolis**, Il recepimento della direttiva ricorsi, in www.giustizia-amministrativa.it, maggio 2010 e giurisprudenza citata in nota 4; **R. Calvo**, Appalti pubblici e <<decodificazione>> dei rimedi, in *Urbanistica e appalti*, 7/2010, 757 e segg.; **L. Miconi**, d.lgs. n. 53/2010 e attività del RP: prime valutazioni e cenni ai profili di responsabilità, UNITEL, Roma, 17-5-2010; **E. Cacciato**, La dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto pubblico e le altre sanzioni, <http://www.dimartinoavvocati.com>, 2-9-2010; **D. Torregrossa**, Osservatorio sul processo amministrativo, aggiornato al 15 giugno 2010, www.ildirittoamministrativo.it (a commento delle decisioni del TAR Lombardia Milano del 17-5-2010, n. 1524 e del Consiglio di Stato, VI, 15-6-2010, n. 3759), **R. Granata**, Sui rapporti tra la “sospensiva” dell’efficacia del contratto e l’attuazione della misura cautelare *Lex Italia.it*, 7-8/2010; **D. Rosato**, La nuova direttiva comunitaria . . . , federalismi.it, n. 11/2010, nonché (in giurisprudenza): TAR Lombardia, Milano, 17-5-2010, 1524 cit; C. di St., VI, sopra citate che, ambedue, hanno applicato la

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

I CONTRATTI DI APPALTO

1.1.1. Quale delle due date occorre tener presente? Dato il primato del diritto comunitario rispetto al diritto nazionale, occorre tener presente la data del 20-12-2009, almeno per le norme sicuramente *self executing* relative agli appalti comunitari e cioè, sostanzialmente, per quelle relative all'*inefficacia* del contratto per i c.d. casi di “gravi violazioni” di cui agli artt. 2-quinquies della direttiva (modificata) 89/665/CEE (su *appalti di lavori, servizi e forniture*) e 2-quinquies della direttiva (modificata) 91/13/CEE (su *appalti dei c.d. settori speciali: acqua, energia, trasporti*) nei termini di cui ai citati articoli per i quali, comunque, “*le conseguenze di un contratto considerato privo di effetti sono previste dal diritto nazionale*” (art. 2-quinquies, par. 2, delle due direttive modificate)⁶.

1.2. Tenendo conto dell'art. 15/6 del d.lg. 53/10⁷ si ha la seguente situazione:

(1) le norme *self executing* della direttiva 2007/66/CE sono entrate in vigore il 20-2-2009;

(2) le nuove norme di cui agli artt. 4 a 5 del d.lg. 53/2010 (sull'accordo bonario e sull'arbitrato) si applicano ai contratti pubblici di appalto consequenziali “*ai bandi, avvisi di gara e inviti pubblicati successivamente all'entrata in vigore*” del citato testo normativo e quindi a partire dal 27 aprile 2010;

(3) l'art. 11, commi 10, 10-bis e 10-ter del d.lg. 163/06 (secondo le modifiche intervenute ad opera del d.lg. 53/2010) “*si applica anche ai contratti di cui all'art. 20 del decreto legge n. 185 del 2008 [convertito nella legge 28-1-2009, n. 2], se*

normativa dell'art. 245 ter del Codice ai giudizi in corso, nonché –ancora– **D.Galli e C.Guccione**, La giurisprudenza sui contratti della pubblica amministrazione, Giornale di dir. Amm., 7/2010, 732 e segg..

⁶ L'elenco delle norme *self executing* della direttiva 2007/66/CE, in assenza di “*tavole di concordanza tra la . . . direttiva e i provvedimenti di recepimento*” (per l'Italia, il d.lg. 53/2010), si presenta problematico visto che le conseguenze per i casi di “gravi violazioni”, quelle a seguito di “inefficacia del contratto negli altri casi” (artt. 2-sexies delle direttive modificate; attuale art. 10 del d.lg. 53/2010) e quelle sulle “sanzioni alternative” (articoli 2-sexies citati e 11 del d.lg. 53/2010) sono di competenza degli Stati membri. L'innesto tra norme *self executing* (di carattere primario) e norme sulle “conseguenze” (non *self executing* e di carattere secondario), darà luogo a difficili problemi interpretativi. E ciò anche se l'applicazione dei principi relativi allo *ius superveniens* di cui all'art. 15/6 del d.lg. 53/2010 potrà rendere irrilevante tale problema per liti sorte dopo il 27 aprile 2010. In questi ultimi casi le liti sulla *inefficacia* per i casi sorti dopo il 20 dicembre 2009 sarà sicuramente disciplinata dalla intera normativa del d.lg. 53/2010.

⁷ L'art. 15/10 del d.lg. 53/2010 asserisce quanto segue: “*La disciplina introdotta dagli articoli 4 e 5 [quella, cioè, sull'accordo bonario e sull'arbitrato] si applica ai bandi, avvisi di gara e inviti pubblicati successivamente alla entrata in vigore del presente decreto, nonché ai contratti aggiudicati sulla base di essi e ai relativi giudizi arbitrali*”.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

I CONTRATTI DI APPALTO

l'aggiudicazione definitiva sia successiva" al 27-4-2010⁸;

(4) vi è poi la norma di cui al citato art. 15/4 del d.lg. 53/2010 che, coordinato con la prima parte del comma 1, asserisce che è abrogato l'art. 20, commi 8 e 8-bis, del d.l. 29-11-2008, n. 185, convertito dalla l. 28-1-2009, n. 2, salvo quanto previsto dall'art. 20, comma 8 "*limitatamente agli interventi previsti nel citato art. 20, per i quali siano già stati nominati i relativi commissari o vengano nominati entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del d.lg. 53/2010*";

(5) tutte le altre norme si applicano (*ius superveniens*) anche "*ai bandi, avvisi di gara e inviti*" pubblicati prima del 27-4-2010. (La normativa normalmente rilevante, salve le ipotesi di *ius superveniens*, è quella vigente al momento della pubblicazione del bando di gara, il tutto a sensi dell'art. 11 delle preleggi al codice civile, interpretato non secondo la teoria dei *diritti quesiti*, bensì secondo la teoria del *fatto compiuto*: (v.si: **V. Rizzo**, in Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza, a cura di **P. Perlingieri**, E.S.I. – Zanichelli, 1991, sub art. 11 disp. prel., pagg. 72 e segg.)⁹

(5.1) Sul punto, comunque, possono sorgere dubbi, visto che il principio per il quale si applica il *ius superveniens* viene in rilievo a proposito di norme processuali. Nel caso delle norme sulla pronuncia di *inefficacia del contratto*, non si tratta di norme processuali, bensì sostanziali¹⁰.

Se così fosse –e salva l'applicazione analogica- la nuova normativa sembrerebbe (a un primo esame) non trovare applicazione se non a partire dal 27-4-2010 e relativamente a contratti i cui bandi sono stati pubblicati a partire da tale data e ciò perchè le regole di cui agli artt. 11/10-ter, 245-bis e 245-ter¹¹ non sono di carattere

⁸ L'art. 20 del d.l. 185/2008, convertito nella l. 2/2009 riguarda: "*Nome straordinaria per la velocizzazione delle procedure esecutive di progetti facenti parte del quadro strategico nazionale e simmetrica modifica del relativo regime di contenzioso amministrativo*".

⁹ La teoria del "fatto compiuto" serve a risolvere i casi in cui un atto finale (**P**) –sia esso atto di natura amministrativa o negoziale- è effetto di una sequela di atti precedenti. In tali casi, se **P** è effetto di **a**, **b**, **c** . . . **n**., si applicherà la legge vigente al momento **a** (e non quella –se cambiata- vigente al momento **b**. o in qualche momento successivo), perché –in tal caso- **P** essendo logicamente dipendente da **a** è come se fosse compiuto al "tempo di **a**". E, cioè, il tempo che intercorre tra **a** e **P** è irrilevante perché **P** si considera come "fatto compiuto" al tempo di **a**.

¹⁰ In tal senso **V. Lopilato**, Categorie contrattuali, contratti pubblici e i rimedi previsti dal decreto legislativo n. 53 del 2010 di attuazione della direttiva ricorsi, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, 2-9-2010, par. 6.1, pagg. 19-20; **M. Lipari**, Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile del contratto", in www.giustizia-amministrativa.it, aprile 2010.

¹¹ Quando vengono citati gli articoli 245-bis e 245-ter del Codice degli appalti si fa riferimento alla loro formulazione anteriore alla modifica intervenuta da parte dell'allegato 4, art. 3, comma 19, del d.lg. 104/2010 (Codice del processo amministrativo). E ciò, salvi i casi in cui, prima del par. 9. Del presente scritto, già si faccia riferimento agli artt. 121 e 122 del Codice del processo

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

I CONTRATTI DI APPALTO

processuale: ad esse, quindi, non può applicarsi il principio del *ius superveniens*.

In realtà – e proprio a seguito di una corretta interpretazione dell’art. 11 delle preleggi al cc (in relazione anche alla norma di cui all’art. 15/6 del d.lg. 53/2010)- deve pervenirsi alla conclusione (opposta) per la quale la nuova normativa si applica se l’aggiudicazione definitiva è avvenuta dopo il 20-12-2009.

Si deve, infatti, tener presente che, in punto “privazione di effetti” del contratto, la normativa comunitaria è *self executing* ed è entrata in vigore, come già detto, il 20-12-2009 (Cass. SS.UU., ord. 10-2-2010, n. 2906)¹². Così come si deve tener conto del fatto che l’insieme dei vizi rilevabili alla luce della nuova normativa deve farsi risalire al momento dell’aggiudicazione definitiva. (E’ al momento di detto atto che la stazione appaltante “accerta” la correttezza o meno degli atti precedenti e, quindi, “accetta” definitivamente anche quelli viziati). Da qui il fatto che si applica la direttiva 2007/66/CE che, sul punto in questione, non è sostanzialmente diversa dalla normativa del d.lg. 53/2010 entrato in vigore il 27-4-2010. E ciò, ancora, perché la teoria del “fatto compiuto” esige che il provvedimento finale “P” sia conseguenza logica del primo atto “a” del procedimento. Se, invece, l’atto “P” (aggiudicazione definitiva) è viziato, non è più una conseguenza logica dell’atto “a” e dovrà essere valutato alla luce della normativa vigente al momento di esso atto “P”¹³. E’ a quel momento che il singolo atto viziato viene posto in essere; è a quel momento che si verificherebbe, secondo alcuni, la violazione dell’*ordine pubblico economico* che determina la illiceità (ex artt. 2043 e 1418/1 cc) del contratto¹⁴; è a quel momento che si interrompe la sequenza logica tra “a” e “P”.

Vi è poi una terza tesi per la quale la nuova normativa è applicabile a partire dall’entrata in vigore della direttiva 2007/66/CE dell’11-12-2007 o, addirittura, in data anteriore e cioè quando i bandi di gara siano stati pubblicati a partire dall’entrata in vigore della detta direttiva (dicembre 2007) o anche prima. Gli argomenti per tale tesi sarebbero dati (a) dalla sentenza della Corte di Giust. CE, 22-1-2005, C-144/04 per la quale gli Stati membri, in ossequio al leale principio di collaborazione di cui all’art. 10

amministrativo (articoli la cui formulazione è praticamente identica a quella degli artt. 245-bis e 245-ter del Codice degli appalti).

¹² Anzi – e lo si ripete- secondo le sezioni unite “la direttiva è applicabile, si noti bene, a tutte le procedure di gara bandite dopo la sua entrata in vigore (dicembre 2007) ancorchè anteriori alla data di scadenza della direttiva (dicembre 2009) e alla data del suo recepimento da parte del legislatore nazionale” (così **R. De Nictolis**, Il recepimento della direttiva ricorsi, in www.giustizia-amministrativa, maggio 2010, par. 1.1.1). (In effetti l’ordinanza della Cassazione applica la normativa della direttiva ricorsi ad un’aggiudicazione [alla srl Traso Costruzioni] del 20-2/23-2-2009).

¹³ In tal senso, **R. De Nictolis**, Il recepimento della direttiva ricorsi, in www.giustizia-amministrativa.it, maggio 2010.

¹⁴ In tal senso **V. Lopilato**, cit., par. 6.

del Trattato CE, non possono “*adottare, durante il termine di attuazione della stessa direttiva, misure incompatibili con gli obiettivi di quest’ultima*”; (b) dall’art. 10 delle preleggi al codice civile per il quale, analogamente, le PP.AA. non possono emanare atti in contrasto con una legge nel periodo che intercorre tra la data della sua pubblicazione sulla G.U. e quella della sua entrata in vigore¹⁵.

Potrebbe, addirittura, pervenirsi alla stessa conclusione anche se il bando di gara fosse stato pubblicato prima dell’entrata in vigore della direttiva 2007/66/CE e il momento del giudizio da parte del GA avvenisse dopo il 20-12-2009, allorquando si ritenga che ciò che rileva non è la normativa che disciplina l’atto viziato, bensì quella che attribuisce il potere (sostanzialmente di “merito”) al GA di dichiarare o meno l’inefficacia del contratto. In tal caso ciò che rilevarebbe sarebbe il momento della pronuncia in primo grado del GA. Conclusione, questa, che sarebbe coerente con il fatto che, con la nuova normativa, è la “sentenza” (con efficacia “costitutiva”) che decide se il contratto rimane efficace o no e con il fatto che fino a tale momento non è dato sapere quale ne sia la sorte.

(6) Quale influenza abbia, poi, l’art. 15/6 del d.lg. 53/2010 sul nuovo regime dei termini processuali, lo si vedrà in seguito sub. 3.2.¹⁶.

¹⁵ Circa l’immediata applicabilità della nuova normativa in giurisprudenza, v.nsi: TAR Lombardia, Milano, 17-5-2010, n. 1524; Cons. St., VI, 15-6-2010, n. 1524; TRGA, sez. Trento, 7-6-2010, n. 151; TAR Sicilia, Palermo, III, 6-5-2010, n. 6406; TAR Calabria, Catanzaro, II, 10-6-2010, n. 1107 (che ritiene applicabile alle ipotesi di cui all’art. 245-ter la normativa dell’art. 245 bis, 2° comma [“... è possibile preservare l’efficacia del contratto qualora lo richiedano esigenze imperative connesse ad un interesse generale”]).

¹⁶ * L’art. 15 del d.lg. 53/2010, intitolato: “*Abrogazione, nome di coordinamento e nome transitorie . . .*”, dispone quanto segue:

1. Salvo quanto previsto dal comma 4, e' abrogato l'articolo 20, commi 8 e 8-bis, del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2; l'articolo 11, commi 10, 10-bis e 10-ter, del decreto legislativo n. 163 del 2006, così come modificato dall'articolo 1, si applica anche ai contratti di cui all'articolo 20 del citato decreto-legge n. 185 del 2008, se l'aggiudicazione definitiva sia successiva alla data di entrata in vigore del presente decreto.

2. All'articolo 23-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) sono soppresse le lettere a) e c) del comma 1;

b) la lettera b) del comma 1 e' sostituita dalla seguente: « b) i provvedimenti relativi alle procedure di occupazione e di espropriazione delle aree destinate alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità;».

3. All'articolo 13, comma 6-bis, del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, le parole: «per i predetti ricorsi in materia di affidamento di lavori, servizi e forniture» sono sostituite dalle seguenti: «per i ricorsi in materia di procedure di affidamento di lavori,

servizi e forniture, ivi compresi quelli per motivi aggiunti e quelli incidentali contenenti domande nuove».

4. Resta ferma la disciplina di cui all'articolo 20, comma 8, del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, limitatamente agli interventi previsti nel citato articolo 20, per i quali siano già stati nominati i relativi commissari o vengano nominati entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto.

5. E' abrogato l'articolo 3, commi 19, 20 e 21, della legge 24 dicembre 2007, n. 244.

6. La disciplina introdotta dagli articoli 4 e 5 si applica ai bandi, avvisi di gara e inviti pubblicati successivamente alla entrata in vigore del presente decreto, nonché ai contratti aggiudicati sulla base di essi e ai relativi giudizi arbitrali.

(La **grassetatura** di questo e di altri successivi testi trascritti è degli scriventi).

* L'art. 23-bis della l. 1034/71, così come modificato dal d.lg. 53/2010, ha assunto la seguente formulazione:

1. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano nei giudizi davanti agli organi di giustizia amministrativa aventi ad oggetto:

a) i provvedimenti relativi a procedure di affidamento di incarichi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse] (1);

b) i provvedimenti relativi alle procedure di occupazione e di espropriazione delle aree destinate alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità' (2);

c) i provvedimenti relativi alle procedure di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di servizi pubblici e forniture, ivi compresi i bandi di gara e gli atti di esclusione dei concorrenti](3);

d) i provvedimenti adottati dalle autorità amministrative indipendenti;

e) i provvedimenti relativi alle procedure di privatizzazione o di dismissione di imprese o beni pubblici, nonché quelli relativi alla costituzione, modificazione o soppressione di società, aziende e istituzioni ai sensi dell'articolo 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142;

f) i provvedimenti di nomina, adottati previa delibera del Consiglio dei ministri ai sensi della legge 23 agosto 1988, n. 400;

g) i provvedimenti di scioglimento degli enti locali e quelli connessi concernenti la formazione e il funzionamento degli organi.

g-bis) i provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 12, comma 3, della legge 29 dicembre 1993, n. 580 (4).

2. I termini processuali previsti sono ridotti alla metà, salvo quelli per la proposizione del ricorso.

3. Salva l'applicazione dell'articolo 26, quarto comma, **il tribunale amministrativo regionale chiamato a pronunciarsi sulla domanda cautelare**, accertata la completezza del contraddittorio ovvero disposta l'integrazione dello stesso ai sensi dell'articolo 21, **se ritiene ad un primo esame che il ricorso evidenzia l'illegittimità dell'atto impugnato e la sussistenza di un pregiudizio grave e irreparabile, fissa con ordinanza la data di discussione nel merito alla prima udienza successiva al termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza**. In caso di rigetto dell'istanza cautelare da parte del tribunale amministrativo regionale, ove il Consiglio di Stato riformi l'ordinanza di primo grado, la pronunzia di appello è

2. Nuovi termini procedurali (negoziali) introdotti dal d.lg. 53/2010.

2.0. Per semplicità si tralascia, d'ora in poi, di menzionare la direttiva 2007/66/CE (di seguito, comunque, *direttiva*) e ci si concentrerà sul d.lg. 53/2010 (di seguito *d.lg.*), a sua volta emanato in base alla legge delega del 7-7-2009, n. 887 (artt. 1, 2 e 44): c.d. <<Legge comunitaria 2008>>.

2.1. Sulla base degli artt. 1, 2, 3, 9/1 lett. c) e d), 13 e 14 del d.lg. e, quindi, degli artt. 11-12, 79, 79-bis, 161, 195, 197, 206, 245-bis, lett. c) e d), del d.lg. 163/06 (di seguito *Codice*), i termini procedurali di tipo negoziale (e, con essi, i disposti tutti) ai quali si devono attenere le *amministrazioni aggiudicatrici* (art. 3/25 del Codice), le *imprese pubbliche* (art. 3/28 del Codice), gli *enti aggiudicatori* (art. 3/29 del Codice) e gli *altri soggetti aggiudicatori* (art. 3/32 del Codice) sono i seguenti¹⁷:

trasmessa al tribunale amministrativo regionale per la fissazione dell'udienza di merito. In tale ipotesi, il termine di trenta giorni decorre dalla data di ricevimento dell'ordinanza da parte della segreteria del tribunale amministrativo regionale che ne dà avviso alle parti.

4. Nel giudizio cautelare di cui al comma 3 le parti possono depositare documenti entro il termine di quindici giorni dal deposito o dal ricevimento delle ordinanze di cui al medesimo comma e possono depositare memorie entro i successivi dieci giorni.

5. Con le ordinanze di cui al comma 3, in caso di estrema gravità ed urgenza, il tribunale amministrativo regionale o il Consiglio di Stato possono disporre le opportune misure cautelari, enunciando i profili che, ad un sommario esame, inducono a una ragionevole probabilità sul buon esito del ricorso.

6. Nei giudizi di cui al comma 1, il dispositivo della sentenza è pubblicato entro sette giorni dalla data dell'udienza, mediante deposito in segreteria.

7. Il termine per la proposizione dell'appello avverso la sentenza del tribunale amministrativo regionale pronunciata nei giudizi di cui al comma 1 è di trenta giorni dalla notificazione e di centoventi giorni dalla pubblicazione della sentenza. La parte può, al fine di ottenere la sospensione dell'esecuzione della sentenza, proporre appello nel termine di trenta giorni dalla pubblicazione del dispositivo, con riserva dei motivi, da proporre entro trenta giorni dalla notificazione ed entro centoventi giorni dalla comunicazione della pubblicazione della sentenza.

8. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche davanti al Consiglio di Stato, in caso di domanda di sospensione della sentenza appellata (5) (6).

(1) Lettera soppressa dall'articolo 15 del D.Lgs. 20 marzo 2010, n.53.

(2) Lettera sostituita dall'articolo 15 del D.Lgs. 20 marzo 2010, n.53.

(3) Lettera soppressa dall'articolo 15 del D.Lgs. 20 marzo 2010, n.53.

(4) Lettera inserita dall'articolo 53, comma 2, della legge 23 luglio 2009, n. 99

(5) Articolo aggiunto dall'articolo 4 della legge 21 luglio 2000, n. 205.

(6) Vedi inoltre l'articolo 13 del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, come modificato dall'articolo 1 della legge 27 dicembre 2006, n. 296.

¹⁷ Si rammenta che l'art. 1/1 della direttiva (modificata) 89/665/CEE asserisce: "Gli Stati membri possono conferire all'organo di ricorso un'ampia discrezionalità al fine di tenere conto di tutti i fattori rilevanti, compresi la gravità della violazione, il comportamento

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

I CONTRATTI DI APPALTO

(1) *l'aggiudicazione provvisoria* deve essere normalmente approvata entro gg. 30 (artt. 11 e 12 e 12/1 del Codice); tale atto, così parrebbe, deve essere comunicato, a sensi e nei termini previsti dall'art. 79/1 del Codice (articolo che, nel suo complesso, riguarda, sostanzialmente tutti gli atti di una procedura di aggiudicazione)¹⁸;

dell'amministrazione aggiudicatrice e, nei casi di cui all'articolo 2 quinquies, paragrafo 2, la misura in cui il contratto resta in vigore", mentre l'art. 1/1 della direttiva (modificata) 92/12/CEE così prescrive: "1. La presente direttiva si applica agli appalti di cui alla direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, a meno che tali appalti siano esclusi a norma dell'articolo 5, paragrafo 2, degli articoli da 18 a 26, degli articoli 29 e 30 o dell'articolo 62 di tale direttiva. Gli appalti di cui alla presente direttiva comprendono gli appalti di forniture, di lavori e di servizi, gli accordi quadro e i sistemi dinamici di acquisizione.

Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalla direttiva 2004/17/CE, le decisioni prese dagli enti aggiudicatori possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, secondo le condizioni previste negli articoli da 2 a 2 septies della presente direttiva, sulla base del fatto che hanno violato il diritto comunitario in materia di aggiudicazione degli appalti o le norme nazionali che lo recepiscono.

¹⁸ L'art. 79 del Codice (Informazioni circa i mancati inviti, le esclusioni e le aggiudicazioni), così asserisce:

(art. 41, direttiva 2004/18; art. 49.1 e 49.2, direttiva 2004/17; art. 20, L. n. 55/1990; art. 21, commi 1, 2 e 3, D.Lgs. n. 358/1992; art. 27, commi 1 e 2, D.Lgs. n. 157/1995; art. 27, commi 3 e 4, D.Lgs. n. 158/1995; art. 76, commi 3 e 4, D.P.R. n. 554/1999; art. 24, co. 10, L. n. 62/2005; articolo 44, comma 3, lettere b) ed e), legge n. 88/2009; articoli 2-bis, 2-quater, 2-septies, paragrafo 1, lettera a), secondo trattino, direttiva 89/665/CEE e articoli 2-bis, 2-quater, 2-septies, paragrafo 1, lettera a), secondo trattino, direttiva 92/13/CEE come modificati dalla direttiva 2007/66/CE).

1. Le stazioni appaltanti informano tempestivamente i candidati e gli offerenti delle decisioni prese riguardo alla conclusione di un accordo quadro, all'aggiudicazione di un appalto, o all'ammissione in un sistema dinamico di acquisizione, ivi compresi i motivi della decisione di non concludere un accordo quadro, ovvero di non aggiudicare un appalto per il quale è stata indetta una gara, ovvero di riavviare la procedura, ovvero di non attuare un sistema dinamico di acquisizione.

2. Le stazioni appaltanti inoltre comunicano:

a) ad ogni candidato escluso i motivi del rigetto della candidatura;

b) ad ogni offerente escluso i motivi del rigetto della sua offerta, inclusi, per i casi di cui all'articolo 68, commi 4 e 7, i motivi della decisione di non equivalenza o della decisione secondo cui i lavori, le forniture o i servizi non sono conformi alle prestazioni o ai requisiti funzionali;

c) ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta selezionabile, le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto o delle parti

dell'accordo quadro.

3. Le informazioni di cui al comma 1 e di cui al comma 2 sono fornite:

- a) su richiesta scritta della parte interessata;
- b) per iscritto;
- c) il prima possibile e comunque non oltre quindici giorni dalla ricezione della domanda scritta.

4. Tuttavia le stazioni appaltanti possono motivatamente omettere talune informazioni relative all'aggiudicazione dei contratti, alla conclusione di accordi quadro o all'ammissione ad un sistema dinamico di acquisizione, di cui al comma 1, qualora la loro diffusione ostacoli l'applicazione della legge, sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di operatori economici pubblici o privati o dell'operatore economico cui è stato aggiudicato il contratto, oppure possa recare pregiudizio alla leale concorrenza tra questi.

5. In ogni caso l'amministrazione comunica di ufficio:

a) l'**aggiudicazione definitiva**, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a **cinque giorni**, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, o sono in termini per presentare dette impugnazioni, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se dette impugnazioni non siano state ancora respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva;

b) l'**esclusione**, ai candidati e agli offerenti esclusi, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni dall'esclusione;

b-bis) la decisione, a tutti i candidati, di non aggiudicare un appalto ovvero di non concludere un accordo quadro;

b-ter) la **data di avvenuta stipulazione del contratto** con l'aggiudicatario, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, ai soggetti di cui alla lettera a) del presente comma.

5-bis. Le comunicazioni di cui al comma 5 sono fatte per iscritto, con lettera raccomandata con avviso di ricevimento o mediante notificazione o mediante posta elettronica certificata ovvero mediante fax, se l'utilizzo di quest'ultimo mezzo è espressamente autorizzato dal concorrente, al domicilio eletto o all'indirizzo di posta elettronica o al numero di fax indicato dal destinatario in sede di candidatura o di offerta. Nel caso di invio a mezzo posta o notificazione, dell'avvenuta spedizione è data contestualmente notizia al destinatario mediante fax o posta elettronica, anche non certificata, al numero di fax ovvero all'indirizzo di posta elettronica indicati in sede di candidatura o di offerta. La comunicazione è accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione contenente almeno gli elementi di cui al comma 2, lettera c), e fatta salva l'applicazione del comma 4; l'onere può essere assolto nei casi di cui al comma 5, lettere a), b), e b-bis), mediante l'invio dei verbali di gara, e, nel caso di cui al comma 5, lettera b-ter), mediante richiamo alla motivazione relativa al provvedimento di aggiudicazione definitiva, se già inviata. La comunicazione dell'aggiudicazione definitiva e quella della stipulazione, e la notizia della spedizione sono, rispettivamente, spedita e comunicata nello stesso giorno a tutti i destinatari, salva l'oggettiva impossibilità di rispettare

(2) l'*aggiudicazione definitiva* deve intervenire, normalmente, nei successivi **30** gg. (artt. 11/8 e 12/1 del Codice). Va precisato che tale termine decorre dal momento in cui la stazione appaltante abbia perfezionato l'esame della congruità delle offerte (artt. 87-88 del Codice) e abbia disposto la verifica del possesso dei requisiti prescritti dagli artt. 11/8, 38, 39-43 del Codice (TAR Piemonte, I, 35 del 15-2-2010);

(3) l'avvenuta *aggiudicazione definitiva*, a sensi dell'art. 79/5, lett. a), del Codice deve essere effettuata entro un termine non superiore a giorni **5** con l'indicazione della "*data di scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto*" (art. 79/5-ter del Codice). (Per le altre *informazioni circa i mancati inviti, le esclusioni ecc.* e per l'*avviso volontario per la trasparenza preventiva* si rinvia a quanto disposto dagli artt. 79 e 79-bis del Codice, trascritto, quest'ultimo, in nota)¹⁹;

tale contestualità a causa dell'elevato numero di destinatari, della difficoltà di reperimento degli indirizzi, dell'impossibilità di recapito della posta elettronica o del fax a taluno dei destinatari, o altro impedimento oggettivo e comprovato.

5-ter. Le comunicazioni di cui al comma 5, lettere a) e b), indicano la data di scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto.

5-quater. Fermi i divieti e differimenti dell'accesso previsti dall'articolo 13, l'accesso agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione ai sensi del presente articolo è consentito entro dieci giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi mediante visione ed estrazione di copia. Non occorre istanza scritta di accesso e provvedimento di ammissione, salvi i provvedimenti di esclusione o differimento dell'accesso adottati ai sensi dell'articolo 13. Le comunicazioni di cui al comma 5 indicano se ci sono atti per i quali l'accesso è vietato o differito, e indicano l'ufficio presso cui l'accesso può essere esercitato, e i relativi orari, garantendo che l'accesso sia consentito durante tutto l'orario in cui l'ufficio è aperto al pubblico o il relativo personale presta servizio.

5-quinquies. Il bando o l'avviso con cui si indice la gara o l'invito nelle procedure senza bando fissano l'obbligo del candidato o concorrente di indicare, all'atto di presentazione della candidatura o dell'offerta, il domicilio eletto per le comunicazioni; il bando o l'avviso possono altresì obbligare il candidato o concorrente a indicare l'indirizzo di posta elettronica o il numero di fax al fine dell'invio delle comunicazioni.

¹⁹ L'art. 79 bis del Codice così prescrive:

1. L'avviso volontario per la trasparenza preventiva il cui formato è stabilito, per i contratti di rilevanza comunitaria, dalla Commissione europea secondo la procedura di consultazione di cui all'art. 3-ter, paragrafo 2, della direttiva 89/665/CE e di cui all'art. 3-ter, paragrafo 2, della direttiva 92/13/CE, contiene le seguenti informazioni:

a) denominazione e recapito della stazione appaltante;

b) descrizione dell'oggetto del contratto

c) motivazione della decisione della stazione appaltante di affidare il contratto senza la previa pubblicazione di un bando di gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia;

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

I CONTRATTI DI APPALTO

(4) il *contratto* non può, comunque, essere stipulato prima di gg. **35** dall'invio dell'ultima comunicazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva (art. 11/10 del Codice).

Per effetto dell'art. 12/2-3-4 del Codice:

2. Il contratto stipulato è soggetto all'eventuale approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, ovvero degli altri soggetti aggiudicatori, nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, decorrenti dal ricevimento del contratto da parte dell'organo competente. In mancanza, il termine è pari a trenta giorni. Il termine è interrotto dalla richiesta di chiarimenti o documenti, e inizia nuovamente a decorrere da quando i chiarimenti o documenti pervengono all'organo richiedente. Decorsi i termini previsti dai singoli ordinamenti o, in mancanza, quello di trenta giorni, il contratto si intende approvato.

3. L'approvazione del contratto di cui al comma 2 è sottoposta agli eventuali controlli previsti dagli ordinamenti delle amministrazioni aggiudicatrici, degli enti aggiudicatori, o degli altri soggetti aggiudicatori, nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, decorrenti dal ricevimento del contratto approvato da parte dell'organo di controllo. In mancanza, il termine è pari a trenta giorni. Il termine può essere interrotto, per non più di due volte, dalla richiesta di chiarimenti o documenti, e inizia nuovamente a decorrere da quando i chiarimenti o documenti pervengono all'organo richiedente. L'organo di controllo si pronuncia entro trenta giorni dal ricevimento dei chiarimenti. Decorsi i termini previsti dai singoli ordinamenti o, in mancanza, quello di trenta giorni, il contratto diventa efficace.

4. Restano ferme le norme vigenti che contemplano controlli sui contratti pubblici al fine di prevenzione di illeciti penali.

(5) A sensi dell'art. 11, comma 10-bis del Codice, il termine dilatorio di cui al comma 10 non si applica nei seguenti casi:

10-bis) a) se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso con cui si indice una gara o inoltro degli inviti nel rispetto del presente codice, è stata presentata o è stata ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito o queste impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva;

b) nel caso di un appalto basato su un accordo quadro di cui all'articolo 59 e in caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'articolo

d) denominazione e recapito dell'operatore economico a favore del quale è avvenuta l'aggiudicazione definitiva;

e) se del caso, qualunque altra informazione ritenuta utile dalla stazione appaltante.

60.

Lo stesso articolo, al comma 10-ter, afferma:

10-ter. Se è proposto ricorso avverso

so l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva. L'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'articolo 245, comma 2-quater, primo periodo, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare.

(6) Da notare che l'art. 11/9 del Codice prevede un termine più ampio di gg. **60** come segue:

9. Divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro il termine di sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario. Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, ovvero il controllo di cui all'articolo 12, comma 3, non avviene nel termine ivi previsto, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate. Nel caso di lavori, se è intervenuta la consegna **dei lavori in via di urgenza** e nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, **l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute** per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisorie. Nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, **l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate su ordine del direttore dell'esecuzione. L'esecuzione di urgenza** di cui al presente comma **non è consentita** durante il termine dilatorio di cui al comma 10 e durante il periodo di sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto previsto dal comma 10-ter, salvo che nelle procedure in cui la normativa vigente non prevede la pubblicazione del bando di gara, ovvero nei casi

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

I CONTRATTI DI APPALTO

in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari.

Quindi il termine di 35 gg. sub (4) è un *termine minimo*, mentre quello di 60 gg. (aumentato di ulteriori gg. 30 ove sia prevista l'approvazione del contratto [art. 12/3 del Codice]) sub (5) (c) è *massimo*, trascorso il quale “*l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto*” (v.nsi, altresì, art. 109 del dpr 554/99).

(6.1) Il termine di 35 giorni si prolunga nel caso dell'art. 11/10-ter del Codice sopra trascritto.

(7) A sensi degli artt. 11/12 del Codice:

L'esecuzione del contratto può avere inizio solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, salvo che, in casi di urgenza, la stazione appaltante o l'ente aggiudicatore ne chieda l'esecuzione anticipata, nei modi e alle condizioni previste dal regolamento.

(7.1) Notisi che, a sensi del dpr 207/2010 (artt. 109, *Stipulazione e approvazione del contratto*):

1. La stipulazione del contratto di appalto deve aver luogo entro sessanta giorni dall'aggiudicazione nel caso di pubblico incanto, licitazione privata ed appalto-concorso ed entro trenta giorni dalla comunicazione di accettazione dell'offerta nel caso di trattativa e di cottimo fiduciario.

2. Per gli appalti di competenza di amministrazioni statali, l'approvazione del contratto deve intervenire entro sessanta giorni dalla data di stipulazione.

3. Se la stipula del contratto o la sua approvazione, ove prevista, non avviene nei termini fissati dai commi precedenti, l'impresa può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, chiedere di sciogliersi da ogni impegno o di recedere dal contratto. In caso di mancata presentazione dell'istanza, all'impresa non spetta alcun indennizzo.

4. Qualora l'istanza di recesso sia accolta, l'appaltatore non ha diritto ad alcun compenso o indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali. Se è intervenuta la consegna dei lavori in via d'urgenza, l'impresa ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori ivi compresi quelle per opere provvisoriale.

2.2. Perplessità e dubbi non risolti dal d.lg. per quanto concerne i termini procedurali di tipo negoziale.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

I CONTRATTI DI APPALTO

Sorgono, tra altri, i seguenti problemi:

(1) parrebbe che il termine “*aggiudicazione*” di cui all’art. 79/1 del Codice si riferisca all’*aggiudicazione provvisoria*”, visto il tenore del successivo comma 5, lett. a) che parla di “*aggiudicazione definitiva*”;

(2) parrebbe che l’aggiudicazione provvisoria rimanga un atto endoprocedimentale il quale non necessita di una sua immediata impugnativa (C.si, 21-4-2010, n. 537; C. di St., V, 21-4-2010, n. 2254; *parzialmente contra*: Cons. St., V, 7-5-2008, n. 2089;

(3) l’art. 79 del Codice esige, comunque (anche alla luce della *direttiva*), che il termine per proporre il ricorso giurisdizionale non possa decorrere prima delle comunicazioni previste nel citato articolo (superandosi, così, quella giurisprudenza che faceva decorrere il termine procedurale da *conoscenze* avvenute da parte dei concorrenti in altre sedi, specie in sede in sedute pubbliche della stazione appaltante o della relativa commissione di gara);

(4) l’art. 79/4 del Codice in relazione all’art. 13 del medesimo testo normativo deve poi essere interpretato alla luce dell’art. 6 della direttiva 98/2004 e della sentenza della Corte di Giustizia CE, 14-2-2008, C-450 per la quale:

L’art. 1, n. 1 della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989 n.89/665/Cee, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, nel testo risultante dalla direttiva del consiglio 18 giugno 1992 n.92/50/Cee, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, letto in combinato disposto con l’art. 15, n. 2, della direttiva del consiglio 14 giugno 1993 n. 93/36/Cee, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, come modificata dalla direttiva del parlamento europeo e del consiglio 13 ottobre 1997 n. 97/52/Cee, deve essere interpretato nel senso che l’organo responsabile dei ricorsi previsti al detto art. 1, n.1, deve garantire la riservatezza e il diritto al rispetto dei segreti commerciali rispetto alle informazioni contenute nei fascicoli che gli vengono comunicati dalle parti in causa, in particolare dall’amministrazione aggiudicatrice, pur potendo esso stesso esaminare tali informazioni e tenerne conto; è compito dell’organo responsabile dei ricorsi decidere in che misura e secondo quali modalità occorra garantire la riservatezza e il segreto di tali informazioni, per le esigenze di tutela giuridica effettiva e dei diritti di difesa delle parti nella controversia e, in caso di ricorso giurisdizionale o di un ricorso presso un organo che è una giurisdizione ai sensi dell’art. 234 Cee, in modo che il procedimento rispetti, nel suo complesso, il diritto ad un equo processo.;

(5) l’art. 11/9 del Codice (in sintonia con l’art. 153 del dpr 207/2010) sembra dire che per “*spese maturate*” debbano intendersi le spese calcolate a prezzi di mercato vigenti al momento del rimborso e non ai prezzi stabiliti nel contratto non stipulato; così come la previsione per la quale all’appaltatore <<*non spetta alcun altro indennizzo*>>

(non presente nell'art. 337/2 della l. 2248/1865, All. F) presupponga una mancata stipula del contratto che sia motivata²⁰

3. Nuovi termini procedurali (processuali) introdotti dal d.lg. 53/2010.

²⁰ Notisi che l'art. 153/4 del dpr 207/2010, asserisce: “*Il responsabile del procedimento autorizza, ai sensi dell'articolo 11, comma 9, del codice, il direttore dei lavori alla consegna dei lavori subito dopo che l'aggiudicazione definitiva è divenuta efficace . . . omissis . . . 4. In caso di consegna ai sensi del comma 1, secondo periodo, il direttore dei lavori tiene conto di quanto predisposto o somministrato dall'esecutore, per rimborsare le relative spese nell'ipotesi di mancata stipula del contratto.* Per la tesi della remunerazione delle “spese”, secondo prezzi di mercato, v.si **A.Cianflone-G.Giovannini**, L'appalto di opere pubbliche, Giuffrè, 2003, 639 per il quale: “*Norme particolari, in aggiunta o in deroga di quelle normali disciplinano la consegna di urgenza. L'art. 33 (della l. 92248/1865, All. F) dispone infatti che il direttore dei lavori dovrà tenere conto di tutto ciò che venisse predisposto o somministrato dall'appaltatore; e ciò al fine di poter reintegrare quest'ultimo delle spese sostenute ove il contratto non dovesse essere approvato. Tale reintegrazione sarà effettuata in base ai costi di mercato e non in base ai prezzi stabiliti nel contratto poiché quest'ultimo, non avendo riportato l'approvazione, deve essere considerato come mai intervenuto. Ciò risulta chiaro anche dall'espressione usata dagli artt. 337 della legge sui ll.pp. del 1865 e 129, comma 4, del d.p.r. n. 554 del 1999, i quali parla di <<spese>> da reintegrare o rimborsare all'appaltatore. Ove invece il contratto riporti l'approvazione, il contratto stesso troverà integrale applicazione*” (in tal senso, anche –e per la passata normativa- **C.Carbone**, in “La legislazione civile annotata (a cura di **P.Perlingieri**, ESI, 1985, 61 e segg.). Se si segue detta tesi, l'appaltatore recupera tutti i costi sostenuti, inclusi quelli di progettazione (ove avvenuta e nelle varie ipotesi di cui all'art. 53 del Codice degli appalti) e di installazione cantiere e degli altri apprestanti preliminari (così **C.Carbone**, cit., pag. 62), senza detrazioni di sorta. Infatti, nel caso di specie, non si applica l'art. 2041 cc perché la norma che regola il “caso” e, quindi, costituisce “fonte” della relativa obbligazione ex art. 1173 cc è data dalle prescrizioni di diritto speciel sovra richiamate (contra, invece, **R.De Nictolis**, Manuale dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, EPC, 2010, 970). Circa, poi, la prescrizione per la quale (<<*all'appaltatore non spetta alcun altro indennizzo*>>), appare corretto asserire che detta ultima normativa si applica solo se la mancata stipulazione del contratto è motivata, visto che il risarcimento ex art. 1337 cc è motivata, visto che il risarcimento negativo spetta anche quando la gara viene revocata (Cons. St., VI, 5-9-201, n. 5002 per il quale, comunque: “*Il principio della risarcibilità dell'interesse negativo nella misura delle spese sopportate per la partecipazione alla procedura e della perdita dell'occasione di stipulare altri contratti, basato sui principi dell'art. 1337 c.c., non può essere applicato meccanicisticamente nel caso di revoca di gara pubblica, dove assume rilievo la particolare condizione implicita in ogni procedura pubblica, attinente alla valutazione dell'interesse, che necessariamente presenta elementi di mutevolezza ed è ancorato alla clausola rebus sic stanti bus: per questo motivo la mancata aggiudicazione di una gara d'appalto è un'evenienza per il cui ristoro è adeguata, nella fattispecie in esame, la valutazione equitativa.*”).

3.1. L'art. 245 del Codice²¹ determina nuovi termini processuali come segue:

245. Strumenti di tutela.

(art. 81, direttiva 2004/18; art. 72, direttiva 2004/17; artt. 1 e 2, direttiva 1989/665; art. 14, D.Lgs. n. 190/2002; art. 5, co. 12-quater, D.L. n. 35/2005, conv. nella L. n. 80/2005; articolo 44, comma 3, lettere a), b), c), f), g), legge n. 88/2009; articolo 2, paragrafi 3 e 4, articolo 2-quater, direttiva 89/665/CEE e articolo 2, paragrafi 3 e 3-bis, articolo 2-quater, direttiva 92/13/CEE come modificati dalla direttiva 2007/66/CE (407)

1. Gli atti delle procedure di affidamento, ivi comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse, relativi a lavori, servizi o forniture, di cui all'articolo 244, nonché i connessi provvedimenti dell'Autorità, sono impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente.

2. Nel caso in cui sia mancata la pubblicità del bando, il ricorso non può comunque essere più proposto decorsi trenta giorni decorrenti dalla data di pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione definitiva di cui all'articolo 65 e all'articolo 225, a condizione che tale avviso contenga la motivazione dell'atto con cui la stazione appaltante ha deciso di affidare il contratto senza previa pubblicazione del bando. Se sono omessi gli avvisi o le informazioni di cui al presente comma oppure se essi non sono conformi alle prescrizioni ivi contenute, il ricorso non può comunque essere proposto decorsi sei mesi dalla data di stipulazione del contratto.

2-bis. Salvo quanto previsto dal presente articolo e dagli articoli seguenti si applica l'articolo 23-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034.

2-ter. Quando è impugnata l'aggiudicazione definitiva, se la stazione appaltante fruisce del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, il ricorso è notificato, oltre che presso detta Avvocatura, anche alla stazione appaltante nella sua sede reale, in data non anteriore alla notifica presso l'Avvocatura, e al solo fine dell'operatività della sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto.

2-quater. La competenza territoriale del tribunale amministrativo regionale è inderogabile e il relativo difetto è rilevato, anche d'ufficio, prima di ogni altra questione, e pronunciato, con ordinanza in sede di primo esame della domanda cautelare ovvero, in mancanza di questa, nella prima udienza di merito. L'ordinanza indica il tribunale amministrativo regionale competente, davanti al quale il processo deve essere riassunto entro quindici giorni decorrenti da quando diventa definitiva l'ordinanza che declina la competenza. **L'ordinanza del giudice adito che dichiara la propria incompetenza è impugnabile nel termine di quindici giorni dalla comunicazione o notificazione con il regolamento di competenza.** Il regolamento può essere altresì richiesto d'ufficio alla prima udienza dal giudice indicato come competente dal tribunale adito. La questione di

²¹ V.si, in punto, nota 11.

competenza inderogabile può comunque essere fatta valere anche con il regolamento di competenza.

2-quinquies. I termini processuali sono stabiliti in:

a) **trenta giorni** per la notificazione del ricorso e per la proposizione di motivi aggiunti avverso atti diversi da quelli già impugnati, decorrenti dalla ricezione della comunicazione degli atti ai sensi dell'articolo 79 o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8;

b) **dieci giorni** per il deposito del ricorso principale, del ricorso incidentale, dell'atto contenente i motivi aggiunti, dell'appello avverso l'ordinanza cautelare;

c) **trenta giorni** per la proposizione del ricorso incidentale, decorrenti dalla notificazione del ricorso principale;

d) **quindici giorni** per la proposizione dei motivi aggiunti avverso gli atti già impugnati;

e) **quindici giorni** per l'appello avverso l'ordinanza cautelare decorrenti dalla sua comunicazione o, se anteriore, notificazione.

2-sexies. In luogo della prova della notificazione può essere depositata la prova che il ricorso è stato consegnato per le notifiche o spedito; la prova delle eseguite notifiche va depositata appena è disponibile e comunque entro l'udienza o camera di consiglio in cui la causa è discussa.

2-septies. I nuovi atti attinenti la medesima procedura di gara devono essere impugnati con ricorso per motivi aggiunti.

2-octies. Il processo, ferma la possibilità della sua definizione immediata nell'udienza cautelare ove ne ricorrano i presupposti, viene comunque definito ad una udienza fissata d'ufficio e da tenersi entro sessanta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Della data di udienza è dato avviso alle parti a cura della segreteria, anche a mezzo fax o posta elettronica, almeno venti giorni liberi prima della data dell'udienza.

2-nonies. In caso di esigenze istruttorie o quando è necessario integrare il contraddittorio o assicurare il rispetto di termini a difesa, la definizione del merito viene rinviata, con l'ordinanza che dispone gli adempimenti istruttori o l'integrazione del contraddittorio o dispone il rinvio per l'esigenza di rispetto dei termini a difesa, ad una udienza da tenersi non oltre sessanta giorni.

2-decies. Il dispositivo della sentenza che definisce il giudizio è pubblicato entro sette giorni dalla data dell'udienza.

2-undecies. Tutti gli atti di parte devono essere sintetici e la sentenza che decide il ricorso è redatta, ordinariamente, in forma semplificata.

2-duodecies. In caso di domanda cautelare, le parti a cui è notificato il ricorso possono presentare istanze e memorie, in relazione ad essa, **entro cinque giorni dalla ricevuta notificazione.** La domanda cautelare è comunque trattata alla prima udienza

utile in camera di consiglio, decorso il predetto termine di cinque giorni. Il giudice decide interinalmente sulla domanda cautelare, anche se ordina adempimenti istruttori, se concede termini a difesa, o se solleva o vengono proposti incidenti processuali.

2-terdecies. Le disposizioni dei commi che precedono si applicano anche nel giudizio di appello innanzi al Consiglio di Stato, proposto avverso la sentenza o avverso l'ordinanza cautelare, e nei giudizi di revocazione o opposizione di terzo. La parte può proporre appello avverso il dispositivo al fine di ottenerne la sospensione.

3. In caso di eccezionale gravità e urgenza, tale da non consentire neppure la previa notifica del ricorso e la richiesta di misure cautelari provvisorie di cui all'articolo 21, comma 9, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, il soggetto legittimato al ricorso può proporre istanza per l'adozione delle misure interinali e provvisorie che appaiono indispensabili durante il tempo occorrente per la proposizione del ricorso di merito e della domanda cautelare di cui ai commi 8 e 9 del citato articolo 21.

4. L'istanza, previamente notificata ai sensi dell'articolo 21, comma 1, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, si propone al Presidente del Tribunale amministrativo regionale competente per il merito. Il Presidente, o il giudice da lui delegato, provvede sull'istanza, sentite, ove possibile, le parti, e omessa ogni altra formalità. Le questioni di competenza di cui al presente comma sono rilevabili d'ufficio.

5. Il provvedimento negativo non è impugnabile, ma la domanda cautelare può essere riproposta dopo l'inizio del giudizio di merito ai sensi dell'articolo 21, commi 8 e 9, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034.

6. L'efficacia del provvedimento di accoglimento può essere subordinata alla prestazione di una adeguata cauzione per i danni alle parti e ai terzi. Esso è notificato dal richiedente alle altre parti entro un termine perentorio fissato dal giudice, non superiore a cinque giorni. Il provvedimento di accoglimento perde comunque effetto con il decorso di sessanta giorni dalla sua prima emissione, dopo di che restano efficaci le sole misure cautelari che siano confermate o concesse ai sensi dell'articolo 21, commi 8 e 9, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034. Il provvedimento di accoglimento non è appellabile, ma, fino a quando conserva efficacia, è sempre revocabile o modificabile senza formalità dal Presidente, d'ufficio o su istanza o reclamo di ogni interessato, nonché dal Collegio dopo l'inizio del giudizio di merito.

7. Per l'attuazione del provvedimento cautelare e per la pronuncia in ordine alle spese si applica l'articolo 21 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034.

8. Le disposizioni recate dai commi da 3 a 7 non si applicano ai giudizi davanti al Consiglio di Stato, per i quali le istanze cautelari restano disciplinate dai restanti commi del presente articolo e dalle vigenti disposizioni relative al giudizio cautelare nel processo amministrativo ordinario in quanto da detti commi richiamate.

3.2. Questioni dubbie circa i nuovi termini processuali.

(1) A sensi dell'art. 15/6 del d.lg. anche i nuovi termini processuali di cui all'art.

8 del medesimo d.lg. (e, quindi, i termini di cui agli artt. 245 del d.lg. 163/06 e 23-bis della l. 1034/71) si applicano alle procedure di gara iniziate prima del 27-4-2010.

Come si coordina la nuova normativa (con un termine di gg. 30 per il ricorso al TAR) con quella vecchia che prevedeva un termine di 60 giorni?

Supposto che al 27-4-2010 per il completo decorso dei 60 gg., ne mancasse uno, quale è il termine processuale? Se si applicasse la vecchia normativa l'interessato avrebbe un giorno per proporre ricorso. Se, invece (e come dispone l'art. 15/6 del d.lg.) si applica quella nuova, parrebbe inevitabile asserire che l'interessato che al 27-4-2010 abbia ancora un giorno per ricorrere, in realtà ne goda di ulteriori trenta a partire dal 27-4-2010.

(2) Mentre è apprezzabile la norma dell'art. 245/2-nonies (specie in processi di *giurisdizione esclusiva*), non è facilmente comprensibile la successiva norma del comma 2-duodecies che imporrebbe all'Autorità che ha emanato l'atto impugnato e ai controinteressati di costituirsi "*entro cinque giorni dalla ricevuta notificazione*" del ricorso. E ciò quando il ricorrente dispone di 10 giorni per il deposito del ricorso. Ovviamente trattasi di una svista del legislatore. Quindi o detto termine è puramente sollecitatorio, ovvero decorre dal perfezionarsi del termine di 10 giorni per il deposito del ricorso²².

(3) Dubbi, infine, sorgono in merito al termine di 60 giorni di cui al comma 2-octies. Sicuramente, comunque, non trattasi di termine perentorio, bensì ordinario. Infatti se il termine fosse perentorio, il relativo decorso impedirebbe al Giudice di emanare qualsiasi provvedimento.

4. Informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale.

4.1. L'art. 243-bis del Codice asserisce:

243-bis. Informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale.

(articolo 44, comma 3, lettere b) e d), legge n. 88/2009; articolo 1, paragrafo 4, direttiva 89/665/CEE e articolo 1, paragrafo 4, direttiva 92/13/CEE come modificati dalla direttiva 2007/66/CE)

1. Nelle materie di cui all'articolo 244, comma 1, i soggetti che intendono proporre un ricorso giurisdizionale informano le stazioni appaltanti della presunta violazione e della intenzione di proporre un ricorso giurisdizionale.

2. L'informazione di cui al comma 1 è fatta mediante comunicazione scritta e sottoscritta dall'interessato, o da un suo rappresentante, che reca una sintetica e

²² Va, comunque, tenuto presente che a decorrere dal 16 settembre 2010, è entrato in vigore il d.lg. 2-7-2010, n. 104 il quale, agli artt. 119-125, assorbe la normativa del d.lg. 53/2010, lasciandola inalterata. Il termine, però, di 5 giorni non è ripetuto.

sommatoria indicazione dei presunti vizi di illegittimità e dei motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio, salva in ogni caso la facoltà di proporre in giudizio motivi diversi o ulteriori. L'interessato può avvalersi dell'assistenza di un difensore. La comunicazione può essere presentata fino a quando l'interessato non abbia notificato un ricorso giurisdizionale. L'informazione è diretta al responsabile del procedimento. La comunicazione prevista dal presente comma può essere effettuata anche oralmente nel corso di una seduta pubblica della commissione di gara ed è inserita nel verbale della seduta e comunicata immediatamente al responsabile del procedimento a cura della commissione di gara.

3. L'informativa di cui al presente articolo non impedisce l'ulteriore corso del procedimento di gara, né il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto, fissato dall'articolo 11, comma 10, né il decorso del termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale.

4. La stazione appaltante, entro quindici giorni dalla comunicazione di cui al comma 1, comunica le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela. L'inerzia equivale a diniego di autotutela.

5. L'omissione della comunicazione di cui al comma 1 e l'inerzia della stazione appaltante costituiscono comportamenti valutabili, ai fini della decisione sulle spese di giudizio, nonché ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile.

6. Il provvedimento con cui si dispone il non luogo a provvedere, anche ai sensi dell'ultimo periodo del comma 4, non è impugnabile autonomamente e può essere contestato congiuntamente all'atto cui si riferisce o con motivi aggiunti al ricorso avverso quest'ultimo, da proporsi nel termine di quindici giorni (405).

4.2. Problematiche relative all'art. 243-ter del Codice.

Le comunicazioni dell'art. 243-bis del Codice non hanno effetti sospensivi sui termini procedurali sub 2. e 3. Rilevano solo ai fini dell'applicazione del comma 5.

5.A. La sorte del contratto a seguito dell'annullamento degli atti di gara e in particolare dell'aggiudicazione definitiva.

5.1. La sorte del contratto sino all'entrata in vigore della direttiva ricorsi.

a. Prima dell'entrata in vigore della l. 205/2000, si rintracciano le seguenti posizioni.

(i) Sino agli anni '50 del secolo scorso, prevale la tesi della **nullità del verbale di aggiudicazione** (che, ex art. 16 del rd 2440/23, equivaleva a contratto) e, con esso, del "**contratto**" (ex artt. 93 e segg. del rd 827/24) come negozio riproduttivo del citato verbale.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

I CONTRATTI DI APPALTO

(ii) A partire dalla sentenza della Cassazione del 18-7-53, n. 2390²³ prevale la tesi dell'**annullabilità** che può essere fatta valere solo dalla PA (v.si, per tutte, Cass. 20-11-85, n. 5712 e Cass. 8-5-96, n. 4269)²⁴, anche se non mancano pronunce che parlano di **inefficacia relativa** che può essere fatta valere da entrambe le parti (Cass., III, 8-7-91, n. 7529).

a.1. Le varie tesi trovano fondamento nel fatto di voler separare la serie degli atti amministrativi da quella degli atti negoziali e di vedere come i vizi degli atti

²³ **Cass. 18-7-1953, n. 2390** in Foro it. 1953, I, 1583, con nota di commento di **A.M. Sandulli**, *Spunti sul regime dei contratti di diritto privato della Pubblica Amministrazione*. La nullità viene ricondotta o a un "vizio di forma" (Cass. citata) o alla violazione di norme imperative ex art. 1418 (**Ingresso**, Vizi dei contratti degli enti pubblici. Nullità o annullabilità? in Riv. Amm. 1954, 457; **App. Roma**, 29-12-80, n. 2719, in Arch. Giur. OO.PP., 1981, II, 339; **Marzuoli**, Principio di legalità e attività di dir. privato della PA, Mi 1982, 186 e segg.). Vi è anche chi parla di "nullità relativa" (**Trib. Napoli**, 15-5-1951, in Giur. Cass. Civ. 1951, 1156).

Alla tesi della nullità, potevano altresì ricondursi quelle della **caducazione automatica** del contratto (**Forti**, In tema di competenza negli annullamenti dei contratti degli enti locali, Foro it. 1932, I, 13; **Forti**, Ancora del cosiddetto annullamento dei contratti e della competenza amministrativa, Foro it., 1936, III, 284-287) e della **disapplicazione dell'atto amministrativo** viziato da parte dell'A.G.O. (**App. Roma**, 7-12-81, n. 2276 in Arch. Giur. OO.PP. 1982, II, 217 e segg.).

²⁴ Cass. 20-11-85, n. 5712, in Riv. Trim. App. 1987, 84 e segg., con nota critica di **R. Esposito**, *La traduzione dei vizi del procedimento amministrativo in vizi del negozio nelle controversie contrattuali delle PA: la mediazione del giudice ordinario*.

All'interno della tesi dell'**annullabilità** vi sono, ancora, tre posizioni: (a) quella per la quale i vizi degli atti amministrativi (autoannullati o annullati dal TAR-Consiglio di Stato) si traducono in una causa di incapacità dell'ente pubblico ex art. 1325 cc; (b) quella per la quale il vizio si traduce in un difetto di presupposto (ex artt. 322, 377, 396, 424 della legge oo.pp. e 1441, 1442/4 cc) e quindi in un difetto di legittimazione; (c) quella basata sugli artt. 23/2 e 25/2 cc. **La prima** parrebbe rintracciarsi in Cass. 30-1-78, n. 2726 (che parla di un "vizio attinente alla legittimazione a contrattare, che si ripercuote sulla capacità giuridica dell'ente pubblico e, quindi, determina annullabilità del contratto") e in Cass. 8-7-91, n. 7529 (che, comunque, parla di **inefficacia relativa**). **La seconda** (divenuta poi prevalente, con la conseguenza che la prescrizione per l'azione di annullamento viene disciplinata dall'art. 1442/2 cc) la si può leggere in Cass. 20-11-85, n. 5712 (**Morelli**, *Profili sostanziali e processuali di rilevanza dei vizi del procedimento sui contratti della P.A.*, in Rass. Lavori Pubblici, 1989, 375/1 e segg.). **La terza tesi** è patrocinata da **G. Greco**, *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti a evidenza pubblica*, Mi 1986, 138. Lo studio del **Greco** è rilevante oltre che per un'approfondita disamina delle varie tesi relative alle conseguenze sul contratto dei vizi procedurali (v.si, in particolare, Cap. III, par. 6, pag. 130 e segg.), anche per una critica del concetto (dovuto a **MS. Giannini**) di "evidenza pubblica" (v.si Cap. I).

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

I CONTRATTI DI APPALTO

amministrativi influiscano sugli atti negoziali²⁵.

b. Con l'entrata in vigore della l. 205/2000 si possono elencare le seguenti posizioni:

b.1. tesi della **nullità** (es.: TAR Trentino Alto Adige, 12-2-03, n. 48; TAR Bari, I, 394, 28-1-03; Cons. St., V, 13-11-02, 6281 [seppur in tema di divieto di "rinegoziazione"]; Cass., III, 9-1-02 n. 193 [l'annullamento, da parte del Co.Re.Co., di una delibera di una GP che "autorizza la stipula di un contratto [di locazione] con un privato [rende] giuridicamente inesistente detta delibera] con conseguente nullità – e non semplice annullabilità- del contratto . . . per assenza del requisito dell'accordo delle parti"; TAR Campania Napoli, I, 29-5-02, n. 3177: [*"L'invalidità di cui è affetto il contratto stipulato dalla p.a. con chi è illegittimamente aggiudicatario assume la connotazione della nullità ex articolo 1418 cc per contrasto con le norme di disciplina del procedimento di evidenza pubblica e non della sola annullabilità su azione giurisdizionale della parte nel cui interesse è stabilito dalla legge (e cioè della p.a. appaltante). Ne consegue che l'annullamento dell'aggiudicazione implica la declaratoria di nullità, per contrasto con le norme imperative violate, del contratto nelle more stipulato con l'illegittimo aggiudicatario."*]; Cons. St., V, 5-3-03, n. 1218 [nullità per violazione dell'art. 1418]; TAR Marche, 20-1-03, n. 9 [per nullità per "illiceità dell'oggetto, derivante dalla violazione delle norme imperative dettate dalle leggi in materia di pubblici appalti"]];

b.2. tesi della **caducazione automatica** (per tutte Cass. 9906 del 15-4-08 per la quale: "*Nella giurisprudenza di questa Corte è consolidato il principio secondo cui, il sopravvenuto annullamento giurisdizionale del verbale di aggiudicazione comporta che nessun effetto può essere riconosciuto al provvedimento invalido (ed agli atti presupposti ad evidenza pubblica su cui era fondato) fin dal momento del suo venire in essere e ai diritti soggettivi dallo stesso attribuiti in quanto sorti da un atto non conforme alle condizioni prescritte dalla legge per la sua operatività. L'annullamento del verbale di aggiudicazione, infatti, pone nel nulla l'intero effetto –vicenda derivato dall'aggiudicazione, a cominciare quindi dal contratto di appalto che vi è insito o che, ove stipulato in successivo momento, non ha alcuna autonomia propria e non costituisce la fonte dei diritti ed obblighi tra le parti, ma, assumendo il menzionato*");

²⁵ **Lo schema del duplice procedimento parallelo era dominante sia in dottrina, che in giurisprudenza.** V.nsi: **M.S. Giannini**, L'attività amministrativa, Roma 1966, 15 e segg., Dir. Amm. 1970, 677 e segg.; Istituzioni di dir. amm., Mi 1981, 459 e segg.; Dir. Amm. 1988, 797 e segg.; **A.Cianflone**, Mi 188, 426-427 (e successive edizioni); **F.Iraci**, Natura ed effetti del collegamento dei contratti della P.A. tra fase negoziale e fase provvedimentale ed inammissibilità della c.d. esecuzione anticipata, in Foro Amm., 1970, II, 1409 e segg., **D.Bortolotti**, Contratti della Pubblica Amministrazione, in Digesto delle Discipline Pubblicistiche, To 1989, IV, 36 e segg.. In giurisprudenza, chiarissima, sul punto, è Cass. 5-4-76, n. 1197, in Arb. e App. 1975, 386.

valore di mero atto formale e riproduttivo, è destinato a subire gli effetti del vizio che affligge il provvedimento cui è inscindibilmente collegato e a restare automaticamente e immediatamente caducato, senza necessità di pronunce costitutive del suo cessato effetto o di atti di ritiro dell'amministrazione, in conseguenza della pronunciata inefficacia del provvedimento amministrativo ex tunc, travolto dall'annullamento giurisdizionale (ex plurimis, Cass., n. 7481 del 2007; Cass. n. 12629 del 2006; Cass. n. 17673 del 2004). La caducazione, in sede giurisdizionale o amministrativa, di atti della fase della formazione, attraverso i quali si è cioè formata in concreto la volontà contrattuale dell'Amministrazione, invero, priva quest'ultima, con efficacia ex tunc, della legittimazione a negoziare; in sostanza, l'organo amministrativo che ha stipulato il contratto, una volta che viene a cadere, con effetto ex tunc, uno degli atti del procedimento costitutivo della volontà dell'Amministrazione, come la deliberazione di contrattare, il bando o l'aggiudicazione, si trova nella condizione di aver stipulato in iure, privo della legittimazione che gli è stata conferita dai precedenti atti amministrativi. L'annullamento della fase sostanziale dell'aggiudicazione segna, in via retroattiva, la carenza di uno dei presupposti di efficacia del contratto, che, pertanto, resta definitivamente privato dei suoi effetti giuridici. L'automatica invalidità degli atti del procedimento incisi dalla pronuncia giurisdizionale è idonea a mutare i termini dell'ipotesi contrattuale intorno alla quale si è determinata la volontà dei partecipanti e la formazione delle singole offerte, e ciò anche nel caso in cui l'aggiudicatario abbia poso in essere, nelle more del giudizio, un'attività riconducibile alla prestazione dovuta in forza della relazione contrattuale instaurata per effetto dell'aggiudicazione. Tale attività – a parte il fatto di costituire evento temporalmente successivo ed esterno allo svolgimento della procedura (che ne ha costituito il presupposto) – una volta annullata l'aggiudicazione, è, infatti, destinata ad assumere le connotazioni di un'attività di fatto, in forza della proiezione ex tunc degli effetti dell'annullamento. Quanto dovuto all'aggiudicatario per i lavori posti in essere risponde a logiche totalmente diverse da quelle che presiedono alla controprestazione, così da non potersi definire "prezzo" o comunque corrispettivo della prestazione resa, bensì, esclusivamente indennità, cui l'escluso ha titolo secondo le regole del diritto comune, derivanti dall'art. 2041 c.c. (così, Cass. n. 7481 del 2007). Correttamente, dunque, la Corte d'appello ha rigettato la domanda di risoluzione del contratto di appalto, giacché l'annullamento dell'aggiudicazione ha comportato il venir meno, senza necessità di alcuna pronuncia costitutiva, quale quella richiesta dal ricorrente");

b.3. tesi della risoluzione o, ancora, della caducazione automatica (Cons. St., VI, 14-1-00, 244 e 3-4-03, n. 1716; Cons. St., V, 1518/2003: in analogia a quanto disposto dall'art. 14/2 del d.lg. 190/02);

b.4. tesi della inefficacia sopravvenuta ma con effetti ex tunc (Cons. St., VI, 5-5-03, n. 2332: "Il previo esperimento delle fasi di evidenza pubblica, che mirano a tutelare interessi obiettivi dell'ordinamento anche in prospettiva comunitaria, assume

la fisionomia propria di un presupposto o di una condizione legale di efficacia del contratto, con la conseguenza che l'annullamento dell'aggiudicazione fa venir meno, in via retroattiva, uno dei presupposti di efficacia del contratto successivamente stipulato, che pertanto resta definitivamente privo dei suoi effetti"; sentenza confermata da altra della sez. IV, 27-10-2003, n. 6.666)²⁶.

c. A seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004, vanno tenute presenti:

c.1. le pronunce della Cassazione a SS.UU: del 28-12-07, n. 27.169, del 23-4-08, n. 10.443 e del 18-7-08, n. 19805, per le quali l'esame della sorte del contratto a seguito dell'annullamento degli atti di gara da parte del GA appartiene all'AGO;

c.2. le pronunce del Consiglio di Stato AP 30-7-08, n. 9 e, 21-11-08, n. 12.

La prima pronuncia ha asserito:

(1) Nel caso in cui, a seguito dell'annullamento in s.g. dell'aggiudicazione di una gara di appalto, **l'Amministrazione non si conformi puntualmente ai principi contenuti nella sentenza oppure non constati le conseguenze giuridiche che da essa discendono, ovvero ancora nel caso di successiva sua inerzia, l'interessato può instaurare il giudizio di ottemperanza, nel quale il giudice amministrativo – nell'esercizio della sua giurisdizione di merito- ben può sindacare in modo pieno e completo (e satisfattivo per il ricorrente) l'attività posta in essere dall'amministrazione o anche il suo comportamento omissivo, adottando tutte le misure (direttamente o per il tramite di un commissario) necessarie ed opportune per dare esatta ed integrale esecuzione alla sentenza e per consentire una corretta**

²⁶ Secondo **P. Carpentieri** (Aggiudicazione e contratto), giustizia-amministrativa.it, **si possono enumerare ben 14 interpretazioni:** (1) **annullabilità** per vizio di consenso della PA ex art. 1441 cc; (2) annullabilità per vizio di consenso per errore essenziale e riconoscibile (perché di regola bilaterale) sulla qualità (di legittimo aggiudicatario), dell'altro contraente ex art. 1428 e 1429, n. 3) cc; (3) annullabilità ex art. 1425/1 per una sorta di incapacità a contrarre della p.a. ove sia caducata la delibera a contrarre; (4) annullabilità per difetto di legittimazione negoziale della PA (come ipotesi concreta di incapacità rispetto allo specifico negozio, pur di fronte ad una generale capacità giuridica e di agire del soggetto); (5) **inefficacia** ex art. 1398 cc, configurandosi una sorte di ipotesi di contratto concluso dal rappresentante senza potere; (6) **nullità** strutturale per mancanza originaria di consenso ex artt. 1418/2 e 1325 n. 1 cc; (7) nullità per mancanza di causa ex artt. 1418/2 e 1325 n. 2 cc; (8) nullità per violazione di norme imperative ex art. 1418/1 cc; (9) **caducazione automatica**; (10) **annullamento** ex art. 23/2 e 25/2 cc ai fini della salvezza dei diritti acquistati dai terzi in buona fede; (11) **inefficacia relativa sopravvenuta** dal contratto (per difetto di presupposto legale costituito dalla rituale procedura di scelta in evidenza pubblica: "*mancanza legale del procedimento*"); (12) **nullità relativa speciale**; (13) **tesi intermedie** basate sulla "giurisprudenza degli interessi" e più attente ai risultati pratici delle varie fattispecie concrete; (14) **nullità relativa** per difetto di titolo a contrarre.

riedizione del potere amministrativo; tra tali misure vi è anche quella di disporre la sostituzione dell'aggiudicatario, quale "reintegrazione in forma specifica" del soggetto che ha ottenuto la statuizione di annullamento

e ciò dopo aver asserito che:

(2) L'art. 244, comma 1, del D.Lgs. n. 163 del 2006 (che ha sostituito, per l'abrogazione disposta dal successivo art. 256, l'art. 6, comma 1, della l. n. 205 del 2000), **va interpretato nel senso che: a) la giurisdizione del giudice ordinario sussiste** in ordine all'accertamento delle conseguenze provocate dalla sopravvenuta mancanza delle condizioni di legalità del vincolo contrattuale, essendo il criterio di riparto della giurisdizione basato unicamente sulla separazione imposta dall'art. 103, comma 1, Cost. tra il piano procedimentale del diritto pubblico e quello negoziale, retto interamente dal diritto privato; **b) la giurisdizione del giudice ordinario sussiste** anche quando si tratti di individuare, con statuizioni idonee a passare in giudicato, **le conseguenze prodotte sul contratto dalla sentenza amministrativa di annullamento della aggiudicazione della gara;**

c.3. la pronuncia della Cassazione (ordinanza n. 10-2-2006 n. 2906) che – copovolgendo il precedente indirizzo- ha asserito quanto segue:

1. Il giudice amministrativo adito per l'annullamento degli atti di una gara di appalto, che abbia deciso su tale prima domanda, può conoscere pure della domanda del contraente pretermesso dal contratto illecitamente, di essere reintegrato nella sua posizione, con la privazione di effetti del contratto eventualmente stipulato dall'aggiudicante con il concorrente alla gara scelto in modo illegittimo.

2. La posizione soggettiva del ricorrente, che ha chiesto il risarcimento in forma specifica delle posizioni soggettive a base delle sue domande di annullamento dell'aggiudicazione e di caducazione del contratto concluso dall'aggiudicatario, è da trattare unitariamente dal G.A. in sede di giurisdizione esclusiva ai sensi della Direttiva CE n. 66/2007, che riconosce il rilievo peculiare in tal senso alla connessione tra le due indicate domande, che pertanto vanno decise di regola da un solo giudice. Tale soluzione è ormai ineludibile per tutte le controversie in cui la procedura di affidamento sia intervenuto dopo il dicembre 2007, data dell'entrata in vigore della richiamata normativa comunitaria del 2007 e, comunque, quando la tutela delle due posizioni soggettive sia consentita dall'attribuzione della cognizione al giudice amministrativo di esse nelle materia di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

(e ciò secondo la massimazione Lex Italia.it, 42/2010).

5.2. La sorte del contratto alla luce della direttiva e del d.lg. 53/2010.

5.2.0. Tralasciando il periodo che va dal 20 dicembre 2009 al 27 aprile 2010 nel

quale, a sensi dell'ordinanza della Cassazione a sezioni unite del 10-2-2010, n. 2906, si doveva applicare, per le norme *self executing*, la direttiva 2007/66/CE (la cui disciplina è stata recepita nel d.lg. 53/2010) e venendo alla normativa di quest'ultimo, si può dire che vi sono quattro casi di gravi violazioni della normativa comunitaria che comportano normalmente l'*inefficacia dei contratti*. Vi sono poi altri casi in cui la sorte del contratto (se renderlo inefficace o meno) è rimessa al giudice amministrativo.

5.2.1. I primi quattro casi sono previsti, attualmente, dall'art. 245-bis del Codice (*Inefficacia del contratto in caso di gravi violazioni*) come segue²⁷:

245-bis. Inefficacia del contratto in caso di gravi violazioni.

(articolo 44, comma 1, lettera f) e lettera h), legge n. 88/2009; articoli 2, paragrafi 6 e 7, 2-quinquies, 2-sexies, 3-bis, direttiva 89/665/CEE e articoli 2, paragrafi 1 e 6, 2-quinquies, 2-sexies, 3-bis, direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE; 23° considerando, direttiva 2007/66/CE)

1. Il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto nei seguenti casi, precisando in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva:

a) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal presente codice;

b) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal presente codice;

c) se il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'articolo 11, comma 10, qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento;

d) se il contratto è stato stipulato senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, ai sensi dell'articolo 11, comma 10-ter, qualora tale

²⁷ V.si, sempre, in ordine agli articoli del Codice (trascritti per una lettura storica della normativa, ma attualmente superati dagli artt. 121 e segg. del Codice del processo amministrativo), nota 11.

violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

2. Il contratto resta efficace, anche in presenza delle violazioni di cui al comma 1 qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti. Tra le esigenze imperative rientrano, fra l'altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale. Gli interessi economici possono essere presi in considerazione come esigenze imperative solo in circostanze eccezionali in cui l'inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate, avuto anche riguardo all'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara. Non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia.

3. A cura della segreteria, le sentenze che provvedono in applicazione del comma 2 sono trasmesse alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le politiche comunitarie.

4. Nei casi in cui, nonostante le violazioni, il contratto sia considerato efficace o l'inefficacia sia temporalmente limitata si applicano le sanzioni alternative di cui all'articolo 245-quater.

5. La inefficacia del contratto prevista dal comma 1, lettere a) e b), non trova applicazione quando la stazione appaltante abbia posto in essere la seguente procedura:

a) abbia con atto motivato anteriore all'avvio della procedura di affidamento dichiarato di ritenere che la procedura senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana sia consentita dal presente codice;

b) abbia pubblicato, rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia, nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana un avviso volontario per la trasparenza preventiva ai sensi dell'articolo 79-bis, **in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto;**

c) il contratto non sia stato concluso prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di cui alla lettera b).

5.3. L'art. 245-ter (*Inefficacia del contratto negli altri casi*) afferma:

245-ter. Inefficacia del contratto negli altri casi.

(articolo 44, comma 1, lettera f) e lettera h), legge delega; articoli 2, paragrafi 6 e 7, 2-quinquies, 2-sexies, 3-bis, direttiva 89/665/CEE e articoli 2, paragrafi 1 e 6, 2-quinquies, 2-sexies, 3-bis, direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE; 23° considerando, direttiva 2007/66/CE)

1. Fuori dei casi indicati dagli articoli 245-bis e 245-quater, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la relativa domanda sia stata proposta.

5.4. L'art. 246 (*Norme processuali per le controversie relative a infrastrutture e insediamenti produttivi*), infine, prescrive quanto segue:

246. Norme processuali ulteriori per le controversie relative a infrastrutture e insediamenti produttivi.

(art. 81, direttiva 2004/18; art. 72, direttiva 2004/17; artt. 1 e 2, direttiva 1989/665; art. 23-bis, L. n. 1034/1971; art. 14, D.Lgs. n. 190/2002; art. 5, co. 12-quater, D.L. n. 35/2005, conv. nella L. n. 80/2005; articolo 4, comma 3, lettera h), legge delega; articolo 2, paragrafo 7, direttiva 89/665/CEE e articolo 2, paragrafo 6, direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE) (427)

1. Nei giudizi davanti agli organi di giustizia amministrativa che comunque riguardino le procedure di progettazione, approvazione, e realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi e relative attività di espropriazione, occupazione e asservimento, di cui alla parte II, titolo III, capo IV, oltre alle disposizioni degli articoli 244, 245, 245-bis, 245-quater e 245-quinquies si applicano le previsioni del presente articolo (428).

2. [Non occorre domanda di fissazione dell'udienza di merito, che ha luogo entro quarantacinque giorni dalla data di deposito del ricorso] (429).

3. In sede di pronuncia del provvedimento cautelare, si tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, si valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure.

4. Ferma restando l'applicazione degli articoli 245-bis e 245-quater, al di fuori dei casi in essi contemplati, la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non

comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente (430).

5. Le disposizioni del comma 4 si applicano anche alle controversie relative alle procedure di cui all'articolo 140.

5.5. Problemi non del tutto risolti dalla nuova normativa. Problemi nuovi di teoria generale del diritto.

5.5.0. Il parere del Consiglio di Stato (Commissione speciale, 1-2-2010, n. 368/2010)- sul termine *inefficacia*- si è espresso come segue:

5. Prima di affrontare le specifiche previsioni contenute nell'art. 10, si devono svolgere alcune considerazioni sul termine utilizzato nello schema per denominare l'intervento da parte del giudice sul contratto.

La traduzione italiana della direttiva e la legge delega hanno utilizzato il termine "privazione di effetti" e lo schema non si è discostato dal tale locuzione.

Tuttavia, si osserva che non si tratta di una scelta obbligata, sia perché le direttive comunitarie spesso volutamente usano termini generici idonei ad essere adattati ai singoli ordinamenti degli Stati membri, sia perché la traduzione in altre lingue della stessa direttiva 2077/66 non è esattamente coincidente con il termine "privazione di effetti".

In primo luogo, deve ritenersi che il termine "privazione di effetti" del contratto sia volutamente generico proprio perché destinato ad incidere su ordinamenti, ispirati a principi anche molto diversi fra loro su tale materia.

Inoltre, i testi della direttiva tradotti in altre lingue fanno riferimento all'inefficacia: nella versione spagnola si utilizzano le parole "declare la ineficacia"; in quella inglese "is considered ineffective"; in quella francese, invece, si dice "déclare dépourvu d'effets".

Nella versione francese si parla però anche di "absence d'effets", in quella spagnola, nel considerando, "falta de efectos" e anche nella direttiva tradotta in italiano – al considerando 13 – si fa riferimento all'accertamento da parte del giudice della carenza di effetti.

In tale situazione, appare preferibile recepire la direttiva, utilizzando termini e istituti che il nostro ordinamento ha già approfondito e sperimentato con riguardo proprio alla questione della sorte del contratto all'esito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

Senza avere la pretesa di approfondire in questa sede i vari orientamenti giurisprudenziali sviluppatasi sul punto, ci si limita a ricordare che **la tradizionale tesi dell'annullabilità** del contratto in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione sia stata superata da orientamenti tendenti ad una caducazione automatica del contratto, che hanno sviluppato in vario modo le tesi della nullità e soprattutto della inefficacia (a

partire da Cons. Stato, VI, n. 2332/2003).

Tale ultimo sviluppo giurisprudenziale appare maggiormente coerente con la ratio della direttiva comunitaria, che mira a colpire, soprattutto in caso di violazioni gravi, il contratto stipulato in base ad una aggiudicazione viziata.

In particolare, l'inefficacia meglio si presta a correggere il difetto di una locuzione atecnica e generica, quale è la "privazione di effetti" e a comprendere le diverse possibilità di incidere sul contratto con effetti ex tunc o ex nunc.

E' noto che la categoria dell'inefficacia non è disciplinata dal codice civile, che però se ne occupa con riferimento a istituti di carattere sia generale (ad es. la condizione ex art. 1353 c.c.), che particolare (ad es. azione revocatoria ex artt. 2901 e ss.).

Spetta al legislatore disciplinare i presupposti e le condizioni perché possa essere dichiarata l'inefficacia e, con riferimento alla materia qui in esame, la declaratoria di inefficacia presuppone l'accertamento del vizio dell'aggiudicazione e dell'assenza degli elementi, che sotto diversi profili – nei limiti di quanto previsto dalla direttiva – possono determinare che il contratto resti efficace.

Si ritiene, quindi, maggiormente coerente con il nostro ordinamento, oltre che compatibile con la direttiva e con la legge delega, che il termine "privazione di effetti" sia sostituito con il riferimento alla dichiarazione di inefficacia del contratto.

5.5.1. Allorquando sono stati superati i termini di cui all'art. 11 del Codice, commi 10 (stipulazione del contratto dopo i 35 giorni di legge) e/o 10-ter (stipulazione del contratto venti giorni dopo il ricevimento del ricorso giurisdizionale senza richiesta di istanza cautelare o con istanza cautelare rinunciata o respinta), il contratto è al riparo dalla sanzione di inefficacia? Parrebbe doversi dare una risposta negativa alla luce degli artt. 245 bis (per il quale: "*L'inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni è disciplinata dal Codice del processo amministrativo*") e 245 ter (per il quale: "*L'inefficacia dei contratti nei casi diversi da quelli previsti dall'art. 245 bis è disciplinata dal Codice del processo amministrativo*"). E ciò alla luce del fatto che – a seguito degli artt. 245 bis e 245 ter (aggiunti dal comma 1 degli artt. 9 e 10 del d.lg. 53/2010 e poi sostituiti dalle lettere e) e f) del comma 19 dell'art. 3 dell'allegato 4 del d.lg. 104/2010 e ciò a decorrere dal 16 settembre 2010, ai sensi di quanto disposto dall'art. 2 dello stesso provvedimento- si hanno confermate due situazioni. Quella dell'inefficacia del contratto "*nei casi di gravi violazioni*" (oggi disciplinata dall'art. 121 del codice del processo amministrativo [d.lg. 2-7-2010, n. 104]) e quella dell'inefficacia dei contratti "*nei casi diversi da quelli previsti dall'art. 245-bis*" (oggi disciplinata dall'art. 122 del Codice del processo amministrativo).

In realtà possono aversi due interpretazioni: (i) secondo la prima, il contratto dovrebbe essere al riparo dalla sostanziale sanzione di dichiarazione di inefficacia; in tal

caso, però, parrebbe non operare mai la norma di cui all'art. 245-ter (e, con essa, quella dell'art. 122 del Codice del processo amministrativo); (ii) in base alla seconda, la pronuncia di inefficacia sarebbe sempre possibile²⁸ (v.nsi, per l'approfondimento di problematica, i successivi par. 10. e segg.).

5.6. La normativa del d.lg., facendo venir meno ogni legame tra *aggiudicazione* e *contratto*, crea una nuova figura giuridica: quella del c.d. contratto valido ma con efficacia condizionata al giudizio positivo (o negativo) del giudice amministrativo. Nel contempo sembra cancellare la c.d. *giurisprudenza dei concetti* o, comunque, alternarne –e di molto- i principi.

5.6.0. Già in un precedente articolo del 2004 sulla sorte del contratto²⁹, si era asserito quanto segue:

Pare quindi, a conclusione del discorso e prima di parlare della tesi dell'**annullabilità**, che, già sulla base della c.d. "*giurisprudenza dei concetti*", non si possa trovare alcuna soddisfacente soluzione, sebbene vada dato atto che le decisioni VI, 2332/03 e IV 6666/03, cercano di evitare, da una parte, lo scoglio rappresentato dal termine decadenziale dell'azione amministrativa (vizio nel quale incorre la tesi della *nullità*) e, dall'altra, di valorizzare (nei limiti del buon senso) la nuova normativa sulla giurisdizione esclusiva del GA in tema di contratti a evidenza pubblica (esigenza di concentrazione). (Rimane, però, il fatto che, sul piano pratico [appalto di opere parzialmente eseguite], la tesi della "*inefficacia sopravvenuta del contratto medio tempore stipulato*" porta alle medesime conseguenze della *nullità* [salvo ovviamente il fatto di non "*pregiudicare [troppo] la certezza dei rapporti giuridici, atteso che [la tesi della nullità] esporrebbe il contratto, magari a distanza di molto tempo dalla sua conclusione ed in corso di avanzata esecuzione, al rischio di venire travolto con effetto retroattivo ad iniziativa di chiunque vi abbia interesse*": Cons. St., IV, 27-10-03, n. 6666]).

Rimane, allora, come residuale la tesi dell'**annullabilità** in ordine alla quale non vi è da spendere parola, tanto è nota³⁰.

Si può solo aggiungere questo. Tale tesi, che lascia la PA libera di attivare o meno l'azione civilistica di annullamento, presenta, essa pure, degli inconvenienti che non vanno sottaciuti: (1) sembrerebbe vanificare le esigenze di concentrazione di cui alla l. 205/2002; (2) costringerebbe la PA ad ottenere una sentenza (costitutiva dell'annullamento civilistico), prima di poter considerare il contratto annullato; (3)

²⁸ Così, ad esempio, TAR Piemonte del I, 62/2010 e, sostanzialmente, i primi scritti citati nelle note precedenti.

²⁹ V.si (di Marco Casavecchia), Riflessioni sulla pretesa caducazione del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, in Giustizia amministrativa on line, n. 2/2004 <http://www.giustamm.it/new2003/1493.htm>

³⁰ V.si, a proposito di tale tesi, **A.de Roberto**, Introduzione al tema su potere pubblico e responsabilità civile, in Cons. Stato, 2003, II, 391 e segg.

sembrerebbe vanificare il potere che l'art. 35/2 del d.lg. 80/98 (quale riscritto con l'art. 7 della l. 205/2000) accorda al GA di disporre “*anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto*” (ex art. 2058 cc).

Possono aversi, alle obiezioni di cui sopra (e altre eventuali), due possibili risposte:

(i) la normativa sulla giurisdizione esclusiva in merito ai contratti a evidenza pubblica è frutto di un equivoco (è incostituzionale: art. 103/1 Cost.) perchè nei contratti a evidenza pubblica di interessi legittimi non vi è nemmeno l'ombra. Infatti: (1) tutte le condizioni previste nei bandi per partecipare alle gare sono richieste, sotto alcuni aspetti, per controllare la sussistenza della capacità di agire speciale (ex art. 2 cc) dei concorrenti e, sotto altri, per valutare la congruità delle offerte, in funzione di “proposte contrattuali” (ex artt. 1321, 1324, 1326 cc) e, quindi, per valutare il *prezzo* proposto in ordine a uno degli *oggetti* del contratto (ex artt. 1325 e segg. cc) quale delineato dalla progettazione esecutiva approvata (ex art. 19/5-bis della Merloni); (2) quindi non vi è alcuna doppia serie procedimentale di atti, ma vi è solo una serie negoziale; (3) ergo l'art. 35/1 del d.lg. 80/98 non può applicarsi.

(Ovviamente, poi, il punto **sub (2)** [azione costitutiva per ottenere l'annullamento del contratto] può essere superato, avvalendosi dell'art. 1442/3 cc. La PA, forte della sentenza che annulla gli atti di gara, è libera di affidare il contratto [se ciò è ancora possibile] a chi ha agito per l'annullamento degli atti di gara e ciò perchè, se venisse convenuta in giudizio da chi ha perso la causa sugli atti di gara, eccepirebbe l'annullabilità).

(ii) Si potrebbe anche asserire, senza sollevare problemi di incostituzionalità, che: (1) per i contratti a evidenza pubblica il potere del GA si ferma al sindacato della serie di atti amministrativi; (2) per tali contratti non viene in rilievo il risarcimento in forma specifica (ex art. 2058 cc), ma solo quello pur equivalente.

Potrebbe, comunque, esserci anche un'altra strada e cioè quella della **inefficacia relativa** che può essere fatta valere da chiunque ha interesse (nei limiti che verranno precisati) e che lascia libero il GA di: (1) dichiarare, se ne sussistono le condizioni, l'inefficacia del contratto e quindi di accogliere la domanda di reintegrazione in forma specifica (artt. 7 l. 28-5-02, 2058 cc); (2) di limitarsi ad accogliere la domanda di risarcimento del danno ingiusto, qualora –pur a seguito dell'annullamento degli atti di gara- non sussistano le condizioni per l'accoglimento della reintegrazione ex art. 2058 cc.

(ii.a) Tale via d'uscita avrebbe i seguenti pregi: (1) non verrebbe a sollevare dubbi di costituzionalità in ordine dell'art. 7 l. 205/00; (2) non toccherebbe la costruzione della doppia serie di atti procedimentali, di cui l'una di carattere amministrativo e l'altra di carattere negoziale; (3) lascerebbe in piedi la giurisdizione del GA in ordine alle vicende del contratto, anche se il verbale di aggiudicazione ex art. 16 RD 2440/23 non fosse più (almeno in tema di normativa Merloni) ritenuto atto

equivalente a contratto; (4) eviterebbe le conseguenze pratiche alle quali porta la tesi dell'inefficacia sopravvenuta automatica ex tunc.

E' proprio su quest'ultimo punto che verrebbe evitato ciò che, attualmente, sono le conseguenze delle varie tesi relative alla **nullità, risoluzione o caducazione automatica, inefficacia** o ancora **nullità sopravvenuta**³¹. Nella sentenza del C. di St., Sez. IV, 27-10-2003, n. 6666, si legge quanto segue: *“la tesi della nullità del contratto . . . finirebbe per pregiudicare alquanto la certezza dei rapporti giuridici, atteso che esporrebbe il contratto, magari a distanza di molto tempo dalla sua conclusione e in corso di avanzata esecuzione, a rischio di venire travolto con effetto retroattivo . . .”*.

La citata sentenza, nell'accogliere la tesi **dell'inefficacia** (ma nei termini teorizzati dalla sez. VI nella sentenza 2332/03), dovrebbe comportare che **le stesse e identiche conseguenze normalmente derivano accogliendo proprio tale tesi**.

(Si pensi a quali conseguenze nefaste può portare la tesi dell'inefficacia automatica allorché le opere siano state praticamente ultimate o vengano in rilievo progetti architettonici assistiti dal diritto d'autore)³²

³¹ Sulla **nullità sopravvenuta del contratto**, v. si **A. Riccio**, in *Contr. e Impresa*, 2/00, pagg. 628 e segg.

³² Nel senso di quanto asserito, v. si **P. Carpentieri**, *Aggiudicazione e contratto*, relazione tenuta in occasione del seminario di aggiornamento e di studio organizzato dal Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa in Caserta il 6 e 7 giugno 2003. Asserisce il **Carpentieri**: **“In conclusione, sembra a chi scrive che la tesi più adeguata alle esigenze della giustizia amministrativa sia quella che configura la patologia del contratto – a seguito e per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione- in termini di nullità speciale relativa, azionabile dal soggetto legittimato all'impugnativa giurisdizionale dell'aggiudicazione medesima, determinata dalla violazione della normativa imperativa posta a tutela del mercato e dell'imparzialità e del buon andamento della p.a., nonché dal difetto (sopravvenuto) del titolo a contrattare in capo al soggetto illegittimamente selezionato. Il carattere relativo della nullità a contrattare in capo al soggetto illegittimamente selezionato. Il carattere relativo della nullità è ulteriormente rafforzato dalla necessità del filtro dell'impugnativa tempestiva dell'aggiudicazione, nel meccanismo della pregiudizialità amministrativa, nonché dall'incidenza costitutiva della nullità rivestita dal contenuto di accertamento della spettanza dell'aggiudicazione al ricorrente vittorioso, contenuta nella sentenza di annullamento dell'aggiudicazione. L'accertamento di tale nullità relativa speciale spetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulla scelta del contraente della pubblica amministrazione nelle procedure ad evidenza pubblica. La declaratoria di tale nullità costituisce una forma di tutela ripristinatoria con effetti indiretti di adempimento (in linea con l'effetto di annullamento-conformazione tipico della sentenza costitutiva del g.a.), cui segue un obbligo di conformarsi della p.a. che passa per il prioritario esame della possibilità di stipula del contratto con il (legittimo) aggiudicatario, pur sempre nei limiti dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza, desumibili analogicamente anche dalla previsione dell'articolo 2058 c.c. (benché dettata per la diversa fattispecie del risarcimento in forma**

(ii.b) Chi scrive è cosciente che anche la tesi della **inefficacia relativa** (e quindi su iniziativa del concorrente leso, nei termini decadenziali di 60 gg. e come effetto, non automatico, ma di una pronuncia costitutiva del GA: alla maniera di Cass. 8-7-91, n. 7529) presenta, essa pure, incoerenze e vizi logici (quelli, ad esempio, sub (i)).

Ma se incoerenze e vizi logici si presentano in tutte le interpretazioni offerte alla luce di questa o quella concettuologia, allora bisogna abbandonare tale strada e scegliere quell'interpretazione che, sul piano dei risultati pratici, è più convincente. Si noti che tale prospettazione è rispettosa dei principi comunitari (e di quanto asserito dalla Corte CE, VI, 19-6-03, C-249/01): si limita unicamente a seguire un altro tipo di interpretazione (se, si vuole, già presente nella c.d. "giurisprudenza degli interessi").³³

E, in nota, si era aggiunto:

Notisi che la scelta non è tra discorso logico e discorso pratico. Trattasi, in ambedue i casi, puramente e semplicemente di *discorso retorico*. E cioè l'attività ermeneutica (come metalinguaggio che fissa il significato del linguaggio prescrittivo) non è mai attività "logico matematica", bensì "retorico-argomentativa" (v.si il basilare testo, anche per i giuristi, di **C.Perlmann e L.Olbrechts-Tyteca**, Il Trattato dell'argomentazione, Einaudi 1966). In definitiva, escluso il campo delle discipline logico matematiche, negli altri campi "*ogni spiegazione è un'ipotesi*".

5.6.1. Riprendendo il discorso appena accennato al par. 5.6., si può asserire che:

(1) oggi il *contratto*, di per sé, rimane sempre valido; rimane, poi, *efficace*: (a) nei casi delle "gravi violazioni" di cui all'art. 245 bis del Codice degli appalti perché il criterio guida alla luce del quale pervenire o meno alla inefficacia è dato dall'art. 245 bis, 2° comma (sussistenza di ". . . esigenze imperative connesse ad un interesse generale [che] imponga che i suoi effetti siano mantenuti"³⁴); (b) nonché nei casi di violazioni meno gravi, sussistendo le condizioni fissate nell'art. 245 ter del Codice degli appalti (e dell'art. 122 del Codice del processo amministrativo);

(1.1) in definitiva, quindi, la "privazione di effetti del contratto" è rimessa al GA che, in detta materia, gode di un sostanziale potere di "*merito*";

(2) nell'interpretare la normativa connessa all'*inefficacia* o meno dei contratti e

specifica). La declaratoria di nullità (relativa speciale) del contratto sta fuori dall'ambito del risarcimento del danno, che potrà residuare, come diritto del ricorrente vittorioso, in forma specifica o per equivalente, se e solo se la tutela ripristinatoria adempitiva costituita dall'annullamento dell'aggiudicazione e dalla connessa declaratoria di nullità del contratto non abbia sortito effetti pienamente soddisfattivi per il ricorrente medesimo, lasciando residuare un'area di danno risarcibile.

³³ V.si in ordine alla *Interessenjurisprudenz* in contrapposizione alla *Begriffsjurisprudenz*, **MS. Giannini**, Dir. Amm., I, Giuffrè 1993, 111-12.

³⁴ V.si, attualmente, l'art. 121, comma 2 del Codice del processo amministrativo.

alle *sanzioni alternative* (artt. 245 bis, 245 ter, 245 quater, 245 quinquies, 246 del Codice degli appalti)³⁵, non valgono più in via esclusiva le norme sull'interpretazione dei contratti (artt. 1362 e segg. cc);

(3) sempre di più, nell'interpretare la "legge" (art. 12 delle preleggi al codice civile), occorrerà ricorrere a criteri extratestuali rispetto al testo normativo; criteri che potremmo definire economici in senso lato (per distinguerli da quelli vagamente descritti dall'art. 121/2, terzo periodo, del Codice del processo amministrativo)³⁶;

(4) sempre più si incrementa un'area di *diritto comune* costituita da principi e norme che appartengono al contempo al tradizionale campo del diritto privato e del diritto pubblico³⁷.

6. La giurisdizione, gli strumenti di tutela e le sanzioni alternative.

6.1. L'art. 244 del Codice (nella versione anteriore a quella dovuta al Codice del processo amministrativo), seguendo sul punto l'ultimo indirizzo della Cassazione, asserisce:

244. Giurisdizione.

(art. 81, direttiva 2004/18; art. 72, direttiva 2004/17; art. 4, co. 7, L. n. 109/1994; art. 6, co. 1, L. n. 205/2000; art. 6, co. 19, L. n. 537/1993)

1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale. La giurisdizione esclusiva si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative.

2. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative ai provvedimenti sanzionatori emessi dall'Autorità.

3. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti, quelle relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui all'articolo 115, nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell'articolo 133 commi 3 e 4.

³⁵ Si tenga sempre presente, a proposito di tali articoli, di quanto puntualizzato nella precedente nota 11.

³⁶ V.si, tra gli altri: **G.Napolitano M.Abrescia**, *Analisi economica del diritto pubblico*, Il Mulino, 2009, nonché (a cura di **G.Alpa** e altri), *Analisi economica del diritto privato*, Giuffrè, 1998.

³⁷ V.nsi di **F.Galgano**, *Persone giuridiche*, Zanichelli – Il Foro italiano, 2006, 121 e segg.; Il diritto e le altre arti. Una sfida alla divisione fra le culture, Editrice Compositori, 2009.

6.2. L'art. 245 (*Strumenti di tutela*) è già stato trascritto.

6.3. L'art. 245-quater (*Sanzioni alternative*) –e prima della modifica da parte del Codice del processo amministrativo- asseriva:

245-quater. **Sanzioni alternative.**

(articolo 44, comma 1, lettera f) e lettera h), legge n. 88/2009; articoli 2, paragrafi 6 e 7, 2-quinquies, 2-sexies, 3-bis, direttiva 89/665/CEE e articoli 2, paragrafi 1 e 6, 2-quinquies, 2-sexies, 3-bis, direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE; 23° considerando, direttiva 2007/66/CE)

1. Nei casi di cui all'articolo 245-bis, comma 4, il giudice amministrativo individua le seguenti sanzioni alternative da applicare **alternativamente o cumulativamente**:

a) la sanzione pecuniaria nei confronti della stazione appaltante, di importo dallo 0,5 per cento al 5 per cento del valore del contratto, inteso come prezzo di aggiudicazione, che è versata all'entrata del bilancio dello Stato - con imputazione al capitolo 2301, capo 8 «Multe, ammende e sanzioni amministrative inflitte dalle autorità giudiziarie ed amministrative, con esclusione di quelle aventi natura tributaria» - entro sessanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza che irroga sanzione; decorso il termine per il versamento, si applica una maggiorazione pari ad un decimo della sanzione per ogni semestre di ritardo. La sentenza che applica le sanzioni è comunicata, a cura della segreteria, al Ministero dell'economia e delle finanze entro cinque giorni dalla pubblicazione;

b) la riduzione della durata del contratto, ove possibile, da un minimo del dieci per cento ad un massimo del cinquanta per cento della durata residua alla data di pubblicazione del dispositivo.

2. Il giudice amministrativo applica le sanzioni, assicurando il rispetto del principio del contraddittorio e ne determina la misura in modo che siano effettive, dissuasive, proporzionate al valore del contratto, alla gravità della condotta della stazione appaltante e all'opera svolta dalla stazione appaltante per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione. In ogni caso l'eventuale condanna al risarcimento dei danni non costituisce sanzione alternativa e si cumula con le sanzioni alternative.

3. Il giudice applica le sanzioni di cui al comma 1 anche qualora il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito per la stipulazione del contratto, ovvero è stato stipulato senza rispettare la sospensione della stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, quando la violazione non abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e non abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento (425).

6.4. L'art. 245-quinquies (*Tutela in forma specifica e per equivalente*), sempre nella versione anteriore a quella dovuta al Codice nel processo amministrativo, asseriva:

245-quinquies Tutela in forma specifica e per equivalente.

1. L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 245-bis e 245-ter. Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone, su domanda e a favore del solo ricorrente avente titolo all'aggiudicazione, il risarcimento per equivalente del danno da questi subito e provato.

2. La condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1, o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile.

7. Applicabilità della nuova normativa anche alle Regioni a statuto speciale

7.0. Le norme introdotte (nel nostro ordinamento) dal d.lg. sono: (a) alcune la semplice trascrizione di quelle *self executing* già contenute nella direttiva e entrate in vigore a partire dal 20-12-2009 (si tratta, in sostanza, delle norme di cui agli artt. 2 quinquies e 2 sexies delle due direttive [modificate] 89/665/CEE e 92/12/CEE relative a contratti pubblici comunitari, limitatamente alla prescrizione relativa alla c.d. "privazione di effetti", con esclusione della normativa sulle "conseguenze" che, a sensi di tali articoli, par. 2, appartengono al "diritto nazionale" e ciò vuoi sul contenuto delle conseguenze, vuoi circa l'organo di ricorso deputato alla relativa pronuncia); (b) altre di derivazione comunitaria quanto a principi e rientranti nella potestà legislativa esclusiva dello Stato a sensi degli artt. 117/2 Cost. e 4/3 del Codice degli appalti³⁸; (c) infine, altre che, pur non essendo di derivazione comunitaria, attengono alla materia della "giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile . . .; giustizia amministrativa" che appartengono alla legislazione esclusiva dello Stato (art. 117/2 cost.).

7.1. Ne deriva, alla luce delle norme sopra citate, che la normativa del d.lg. si applica a tutte le Regioni (incluse quelle a statuto speciale) e alle Province autonome di Trento e Bolzano, almeno sino a che questi enti non abbiano posto in atto (in limiti molto stretti) le normative di dettaglio di cui all'art. 4, commi 4 e 5, del Codice degli appalti.

³⁸ Secondo alcuni Autori, la direttiva 2007/66/CE conterrebbe norme tutte *self executing* "lasciando [agli Stati membri] uno spazio discrezionale minimo o pressoché nullo nella scelta delle modalità idonee a raggiungere il risultato voluto, [sicché] può ritenersi che le relative previsioni debbono considerarsi direttamente applicabili in ambito nazionale, una volta che sia inutilmente scaduto il termine prescritto per il recepimento "e cioè il termine del 20 dicembre 2009 (v.si, in tal senso, A.Carullo, *Gli appalti pubblici dopo l'entrata in vigore della Direttiva 2007/66/CE ...*", in Riv. Trim. App., 1/2010, 287 e segg.).

Tale conclusione è effetto delle disposizioni normative citate, interpretate alla luce delle seguenti pronunce della Corte costituzionale: 482/95 (sulla legge Merloni); 303/2003 (sulla legge-obiettivo); 272/2004; 401/2007 (sul codice dei contratti pubblici); 411/2008 (sulla lr Sardegna del 7-8-2007, n. 5), nonché –seppure su altre materie– 133/2010 e 168/2010.

In sintesi, ad esempio, l'art. 2/1, lett. f) dello Statuto della Regione Autonoma Valle d'Aosta (legge Cost. 4/48) –per il quale la Regione Valle D'Aosta ha competenza legislativa su "... f) *strada e lavori pubblici di interesse regionale*"– è integrato (superato) dall'art. 117/2 Cost.³⁹

Come ribadisce, infatti, la sent. della Corte Cost. 17-12-2008, n. 411 (proprio in merito ad una legge regionale della Sardegna)

Questa Corte ha già osservato che la disciplina degli appalti pubblici, intesa in senso complessivo, include diversi "ambiti di legislazione" che «si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono»: in essa, pertanto, si profila una interferenza fra materie di competenza statale e materie di competenza regionale, che, tuttavia, «si attegga in modo peculiare, non realizzandosi normalmente in un intreccio in senso stretto», ma con la «prevalenza della disciplina statale su ogni altra fonte normativa» (sentenza n. 401 del 2007) **in relazione agli oggetti riconducibili alla competenza esclusiva statale, esercitata con le norme recate dal d.lgs. n. 163 del 2006.**

Quanto alla identificazione dei predetti "ambiti di legislazione", è stato inoltre precisato che la disciplina delle procedure di gara e, in particolare, la regolamentazione della qualificazione e selezione dei concorrenti, delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione, ivi compresi quelli che devono presiedere all'attività di progettazione, mirano a garantire che le medesime si svolgano nel rispetto delle regole concorrenziali e dei principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libera prestazione dei servizi, della libertà di stabilimento, nonché dei principi costituzionali di trasparenza e parità di trattamento (sentenze n. 431 e n. 401 del 2007). **Esse, in quanto volte a consentire la piena apertura del mercato nel settore degli appalti, sono riconducibili all'ambito della tutela della concorrenza, di esclusiva competenza del legislatore statale** (sentenze n. 401 del 2007, n. 345 del 2004), che ha titolo pertanto a porre in essere una disciplina integrale e dettagliata delle richiamate procedure (adottata con il citato d.lgs. n. 163 del 2006), la quale, avendo ad oggetto il mercato di

³⁹ E ciò senza considerare che, secondo alcuni, la direttiva 2007/66/CE conterrebbe norme tutte *self executing* "lasciando [agli Statimembri] uno spazio discrezionale minimo o pressoché nullo nella scelta delle modalità idonee a raggiungere il risultato voluto, [sicché] può ritenersi che le relative previsioni debbono considerarsi direttamente applicabili in ambito nazionale, una volta che sia inutilmente scaduto il termine prescritto per il recepimento" e cioè il termine del 20 dicembre 2009 (v.si, in tal senso, **A. Carullo**, *Gli appalti pubblici dopo l'entrata in vigore della Direttiva 2007/66/CE. . .*", in Riv. Trim. App., 1/2010, 287 e segg.)

riferimento delle attività economiche, può influire anche su materie attribuite alla competenza legislativa delle Regioni (sentenza n. 430 del 2007).

Analogamente, questa Corte ha riconosciuto che «la fase negoziale dei contratti della pubblica amministrazione, che ricomprende l'intera disciplina di esecuzione del rapporto contrattuale, incluso l'istituto del collaudo, si connota per la normale mancanza di poteri autoritativi in capo al soggetto pubblico, sostituiti dall'esercizio di autonomie negoziali e deve essere ascritta all'ambito materiale dell'ordinamento civile» (sentenza n. 401 del 2007), di competenza esclusiva del legislatore statale, che l'ha esercitata, anche in tal caso, adottando le disposizioni del predetto d.lgs. n. 163 del 2006.

Sulla base di tali indicazioni deve leggersi l'art. 4, comma 5, del d.lgs. n. 163 del 2006, il quale, nella parte in cui stabilisce che «le Regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione», impone anche alle Regioni ad autonomia speciale (in assenza di norme statutarie attributive di competenze nelle materie cui afferiscono le norme del Codice dei contratti) di conformare la propria legislazione in materia di appalti pubblici a quanto stabilito dal Codice stesso.

Nella specie, lo statuto della Regione Sardegna, all'art. 3, lettera e), attribuisce alla medesima una competenza legislativa primaria in materia di lavori pubblici di interesse regionale, alla quale, quindi, non appartengono le norme relative alle procedure di gara ed all'esecuzione del rapporto contrattuale: tali settori sono oggetto delle disposizioni del citato Codice, alle quali, pertanto, il legislatore regionale avrebbe dovuto adeguarsi.

3.1. - La Regione Sardegna, con le norme impugnate, ha invece legiferato in ambiti già espressamente ricondotti, da questa Corte, per un verso, alla materia della "tutela della concorrenza", per altro verso, alla materia dell'"ordinamento civile", dettando una disciplina difforme rispetto a quella stabilita dal legislatore statale con il d.lgs. n. 163 del 2006, nell'esercizio delle proprie competenze esclusive, senza adempiere all'obbligo di adeguamento.

Infatti, **un primo gruppo delle norme regionali impugnate** incide sulle procedure di qualificazione e selezione dei concorrenti, sulle procedure di affidamento nonché sui criteri di aggiudicazione, ambiti compresi - come si è detto - nella materia della tutela della concorrenza, anche con una evidente alterazione delle relative regole operanti nel settore degli appalti pubblici. Esse, in particolare, intervengono in tema di: progettazione e tipologie progettuali (art. 9), con l'individuazione di differenti criteri di svolgimento dell'attività, lesivi della competitività e della libera circolazione degli operatori economici; criteri di affidamento degli incarichi di progettazione e direzione dei lavori, in particolare mediante la previsione di soglie e modalità diverse (art. 11, commi da 12 a 16); validazione dei progetti, in specie attraverso l'ampliamento dell'area accessibile ai validatori non qualificati dall'accreditamento ed il restringimento dell'area

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

I CONTRATTI DI APPALTO

riservata ai validatori accreditati (art. 13, commi 3, 4 e 10); individuazione di differenti criteri di aggiudicazione per l'affidamento di lavori pubblici con corrispettivo mediante cessione di beni pubblici nonché di criteri di espletamento della gara (art. 16, comma 12); giustificazioni a corredo dell'offerta, in specie mediante la delimitazione dell'obbligo di presentazione delle stesse nei soli casi di offerte anormalmente basse (art. 20, comma 5); ricorso alla procedura semplificata di gara, in specie con l'ampliamento delle relative ipotesi (art. 21, comma 1); pubblicazione dei bandi di gara, in specie con la esclusione della previsione della pubblicazione dei bandi sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana in favore della pubblicazione dei medesimi sui siti internet della Regione, nonché con la introduzione di forme di pubblicità attenuata in relazione a bandi inerenti ad appalti di lavori pubblici di valore ridotto (art. 22, commi 2, 14, 17 e 18); qualificazione regionale degli esecutori di lavori pubblici ed individuazione di criteri autonomi di ammissione alla gara (artt. 24 e 30, comma 3); disciplina delle cause di esclusione dalle gare, con l'introduzione di ulteriori ipotesi fra le quali quella della mancata effettuazione del sopralluogo secondo le modalità fissate dalla stazione appaltante (art. 26, comma 2); riconoscimento del diritto di prelazione del promotore rispetto al vincitore della gara (art. 35, comma 2, e 36); individuazione di ipotesi peculiari di ricorso alla trattativa privata con e senza pubblicazione di bando (artt. 38, comma 1, e 39, commi 1 e 3); identificazione di nuove ipotesi di ricorso alle spese in economia (artt. 40 e 41); determinazione di propri criteri di affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura (art. 46, commi 4 e 7); individuazione delle garanzie ed assicurazioni a corredo dell'offerta (art. 54, commi 1, 2, 8, 9, 10, e 11).

Alla medesima materia della "tutela della concorrenza", di competenza esclusiva statale, deve ricondursi l'art. 5, commi 1 e 6, della medesima legge regionale n. 5 del 2007. Tale norma, infatti, intervenendo in tema di programmazione dei lavori pubblici regionali, rende la stessa non obbligatoria per un gran numero di lavori pubblici per i quali è imposta dalla legislazione statale ed esonera un altrettanto elevato numero di lavori pubblici dall'obbligo di preventiva progettazione preliminare al fine del loro inserimento in programma, statuendo la sufficienza del mero studio di fattibilità, in palese contrasto con quanto stabilito dal legislatore statale. In tal modo essa invade la sfera di competenza dello Stato in quanto, in ragione della stretta connessione esistente fra programmazione, progettazione, finanziamento e realizzazione dei lavori pubblici, incide sull'individuazione dei criteri in base ai quali la relativa attività deve essere svolta, con un'evidente lesione della libera circolazione degli operatori economici nel segmento di mercato in questione, in contrasto altresì con il principio di buon andamento dell'amministrazione.

All'ambito dei rapporti contrattuali e dell'esecuzione degli stessi - quindi, alla materia dell'"ordinamento civile" - devono ricondursi gli artt. 34, comma 1, 51, commi 1 e 3, nonché gli artt. 57, 58, 59 e 60 della citata legge regionale. Questi ultimi, nella parte in cui stabiliscono, rispettivamente, regole in tema di limiti al

corrispettivo, variazione dei prezzi nonché in tema di consegna dei lavori, inizio delle prestazioni del fornitore o del prestatore di servizi, sospensione dell'esecuzione, subappalto, collaudo ed esecuzione delle commesse, diverse da quelle poste dal legislatore statale, ledono la sfera di competenza riservata a quest'ultimo, alterando le regole contrattuali che disciplinano i rapporti privati (sentenze n. 322 del 2008, n. 431 e n. 401 del 2007).

Quanto all'allegato I alla legge regionale n. 5 del 2007 nei punti 45.23, 45.24, 45.25, censurato nella parte in cui contrasta con gli allegati del d.lgs. n. 163 del 2006, deve osservarsi che anch'esso incide illegittimamente su materie riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, in quanto detta una disciplina difforme da quella nazionale **in settori riconducibili, sulla base dei suddetti argomenti, alle materie della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile.**

In definitiva, tutte le impugnate norme regionali sono costituzionalmente illegittime per violazione dell'art. 3, lettera e), dello statuto, in quanto stabiliscono una disciplina difforme da quella nazionale, **alla quale avrebbero dovuto adeguarsi alla stregua dell'art. 4, comma 5, del d.lgs. n. 163 del 2006, in materie, quelle della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile, estranee alla competenza legislativa regionale e riservate viceversa allo Stato.**

8. L'applicabilità della normativa ai <<settori speciali>>.

La nuova normativa, per la parte in cui modifica il d.lg. 163/2006, si applica anche ai <<settori speciali>> perché richiamata dall'art. 206 del citato testo normativo.

9. Il Codice del processo amministrativo.

Il 16 settembre 2010 è entrato in vigore il nuovo "Codice del processo amministrativo" (d.lg. 2-7-2010, n. 104). Questo ha assorbito la normativa del d.lg. 53/2010 (v.nsi gli artt. 119/1 lett. a, 120 [che disciplina i termini processuali], 121 e 122 [rispettivamente, sulla "Inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni" e "... negli altri casi"], 123 [sulle "Sanzioni alternative"], 124 [sulla "Tutela in forma specifica e per equivalente"], 125 ["Ulteriori disposizioni processuali per le controversie relative a infrastrutture strategiche"]). Il detto codice, salvo modifiche irrilevanti, ripete le norme del d.lg. 53/2010 (v.si Allegato 4, art. 3, comma 19, lett. a, b, c, d, e, f, g, h, i)⁴⁰.

10. La nuova direttiva ricorsi (dir. 2007/66/CE) e gli attuali artt. 121 e 122 del nuovo Codice del processo amministrativo (d.lg. 104/2010). Il problema della inefficacia dei contratti.

10.1. Il recepimento da parte degli Stati membri dell'UE della direttiva

⁴⁰ Secondo il **TAR Toscana** (I, 10-11-2010, n. 6570), "*gli obblighi informativi ex art. 79, quanto la clausola stand still ex art. 11 comma 10, [del d.lg. 163/2006] sono applicabili anche al cottimo fiduciario. In caso di violazione della clausola stand still si applica la sanzione dell'art. 121 comma 1, lett. c [del Codice del processo amministrativo]*".

2007/66/CE dell'11-12-2007⁴¹ è destinato ad avvicinare i vari ordinamenti, specie in merito alla disciplina della sorte del *contratto* a seguito dell'annullamento degli atti di gara e, in particolare, dell'*aggiudicazione*.

10.2. Prima di tale recepimento, i principali ordinamenti nazionali erano molto distanti dall'ordinamento italiano. Quelli francese, spagnolo e italiano –pur partendo da concezioni largamente comuni circa la natura pubblicistica delle procedure di gara e, a suo modo, dello stesso contratto- giungevano a conclusioni differenziate.

Per l'ordinamento francese, il *contratto*, una volta stipulato, non subiva alcuna conseguenza negativa a seguito dell'annullamento degli atti di gara. Per quello spagnolo (il più vicino a quello italiano) l'annullamento degli atti di gara costituiva una causa di *annullabilità* del contratto (soluzione accolta dall'ordinamento italiano a partire dagli anni '50 del secolo scorso sino all'entrata in vigore della l. 205/2000⁴² e –per alcune successive pronunce della Cassazione- sino al recepimento della direttiva ricorsi⁴³).

Quelli tedesco ed inglese, pur partendo da concezioni privatistiche, giungevano alla stessa conclusione di quello francese: il contratto, una volta stipulato, non poteva essere più rimesso in discussione⁴⁴.

⁴¹ Questa è stata, come già detto, recepita in Italia con il d.lg. 53/2010, in Francia con l'*ordonnance a valeur législative* n. 2009-515 del 7-5-2009 (e poi con il décret n. 2009-1456 del 27-11-2009), in Inghilterra con la *Public Contracts Regulation* (amendments 2009).

⁴² V.si **M. Casavecchia-C. Merani**, La nuova direttiva ricorsi (dir. 2007/66/CE dell'11-12-2007 e il d.lg. 20-3-2010, n. 53). Il nuovo Codice amministrativo, par. 5, in questa rivista, n. 2/2011, par. 5.1. e 5.2; **M. Casavecchia**, La nuova direttiva ricorsi (dir. 2007/66/CE) e gli attuali artt. 121 e 122 del nuovo Codice del processo amministrativo (d.lg. 104/2010). Il problema della inefficacia dei contratti, in questa rivista 3/2011.

⁴³ V.nsi, nel senso della semplice *annullabilità*: Cass. 9-4-2009, n. 8707; Cass. 7481/2007; Cass. SS.UU. 5807/98 che, tutte, asseriscono che il contratto "*lungi dal potersi qualificare inesistente o nullo ex art. 1418 cc è –giusta risalente e mai contestata giurisprudenza di questa Corte regolatrice- unicamente annullabile*".

⁴⁴ V.nsi, per gli ordinamenti francese, italiano, spagnolo, tedesco ed inglese (ma prima del recepimento della direttiva ricorsi), **B. Marchetti**, Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 95 e segg.

L'autrice, così conclude:

Nel complesso, la tesi dell'annullabilità e della sostanziale impermeabilità del contratto esauriscono le opzioni accolte nei diversi sistemi considerati. Alla luce di tale dato, la tutela dei terzi offerenti dipende allora non tanto dalla possibilità di attaccare il contratto, quanto piuttosto, più efficacemente, dagli strumenti specifici apprestati dalle discipline nazionali nella fase precedente alla stipulazione del contratto: in questi termini appaiono particolarmente significativi sia gli oneri di comunicazione del rigetto dell'offerta di stampo francese e inglese, che devono intercorrere tra la valutazione dell'offerta e la decisione di aggiudicazione (così da consentire una eventuale tutela preventiva delle parti), sia i poteri decisori della Vergabekammer tedesca (le cui decisioni devono essere necessariamente attese prima che la p.a.

possa procedere alla stipulazione), così come la normativa processuale volta a prevedere una tutela cautelare immediata ed efficace, in grado di precludere alla p.a. aggiudicatrice la successiva stipulazione del negozio che caratterizza egualmente tutti gli ordinamenti.

Ora, non vi è dubbio che riguardo a tali meccanismi di garanzia, di comunicazione e di tutela preventiva, l'ordinamento italiano si vada allineando alle esperienze considerate, anche in ragione della spinta propulsiva prodotta dalla recente direttiva 2004/18.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici (art. 11), infatti, da un lato, stabilisce una scissione netta tra il momento della aggiudicazione e quello della successiva stipulazione del contratto.

L'Autrice, nelle note 109, 110 e 111, ribadisce quanto segue.

(109) Stabilisce infatti il comma 8 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 che «l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta». Sempre la stessa disposizione, al comma 9, prevede altresì che «diventa efficace l'aggiudicazione definitiva, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro il termine di sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire (...)». Sul punto si veda F.G. Scoca, *Annulamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, cit., in www.giustamm.it, dall'altro, impone un intervallo di tempo minimo tra la decisione di aggiudicazione e la successiva stipulazione del contratto, il quale ai sensi del comma 10 «non può comunque essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione, ai sensi dell'art. 79, salvo motivate ragioni di particolare urgenza che non consentono all'amministrazione di attendere il decorso del predetto termine».

Tali norme assicurano alla parte ricorrente la possibilità di esperire un'azione costitutiva tempestiva grazie alla quale, anche impiegando i nuovi strumenti cautelari ante causa.

(110) È noto che l'art. 245 del d.lgs. n. 163/2008 ammette che «in caso di eccezionale gravità e urgenza, tale da non consentire neppure la previa notifica del ricorso e la richiesta di misure cautelari provvisorie di cui all'art. 21, comma 9, della l. 6 dicembre 1971, n. 1034, il soggetto legittimato al ricorso può proporre istanza per l'adozione delle misure interinali e provvisorie che appaiono indispensabili durante il tempo occorrente per la proposizione del ricorso di merito e della domanda cautelare di cui ai commi 8 e 9 del citato art. 21». , appare possibile, più di quanto lo fosse in precedenza, scongiurare in modo efficace la successiva stipulazione del contratto.

È evidente che l'applicazione di tali disposizioni, nella misura in cui realizza in una fase precedente al perfezionarsi del negozio un livello adeguato ed efficace di garanzie a fronte della violazione delle norme sull'aggiudicazione del contratto, potrebbe rendere meno pressante la questione della sorte del contratto illegittimamente aggiudicato.

Peraltro, ciò non basta a rendere influente la soluzione specifica della questione della stabilità del negozio civilistico che vi succede. Ed è pure evidente che tale soluzione deve essere rinvenuta all'interno della logica specifica dell'ordinamento italiano.

(111) In proposito rileva **Scoca** (*Annulamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, cit.) che il Codice dei contratti pubblici ha risolto il problema relativo alla sorte del contratto solo in relazione allo specifico settore delle procedure di progettazione e realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi, per i quali la normativa espressamente esclude che «il venir meno temporaneo o definitivo dell'aggiudicazione possa comportare la caducazione del

10.3. Constatate le diverse soluzioni in punto sorte del contratto e la distanza tra le soluzioni italiane (concludenti, almeno a partire dall'entrata in vigore della legge 2005/2000, per la *nullità* o la *caducazione automatica del contratto*, senza –peraltro e per le decisioni citate in nota 3- escludere la tesi della *annullabilità*) e quelle degli altri Paesi, è prevedibile che tutti gli ordinamenti UE dovranno, con il recepimento della direttiva ricorsi, disciplinare, anche se per ipotesi residuali, casi di *inefficacia* del contratto⁴⁵.

E' prevedibile cioè che gli ordinamenti per i quali il contratto era sostanzialmente salvo una volta stipulato (Francia, Germania, Inghilterra), debbano prevedere casi di inefficacia del medesimo alla luce degli artt. 2-quinquies e 2-sexies della direttiva 2007/66/CE e relativi atti normativi di recepimento, mentre per l'Italia –e alla luce degli artt. 245 bis e 245 ter del d.lg. 163/06 (attuali artt. 121 e 122 del d.lg. 104/2010)- il percorso sarà inverso, visto che non si può più affermare che, ipso facto, l'annullamento dell'aggiudicazione comporti l'inefficacia del contratto⁴⁶.

contratto già stipulato». Tuttavia, nella valutazione complessiva dei risultati ai quali ciascun percorso interpretativo conduce potrà non risultare priva di interesse la constatazione che, nelle pur diverse esperienze europee qui considerate, il valore della stabilità del contratto stipulato risulta sempre determinante.

V.si, altresì: **F. Goisis**, Le conseguenze sul contratto di appalto dei vizi della procedura di gara nell'esperienza britannica, tra tutela della buona fede e attuazione della direttiva ricorsi. Prospettive di comparazione con le scelte del legislatore italiano in Riv. it. dir. pubbl. Comunitario, 5/2010, 1219 e segg.

⁴⁵ Per l'ordinamento inglese, v.si **F. Goisis**, cit. che, al par. 3 (pagg. 1233), così riassume: “*Eccezioni alla regola della tendenziale inattuabilità del contratto secondo la giurisprudenza i contratti non rispondenti alla definizione data dalla Regulation (Framework agreements), violazioni dirette ad impedire una tutela effettiva, mala fede e terzi estranei al rapporto di gara (dunque una regola di insensibilità del contratto alla invalidità della procedura di gara, tuttavia né assoluta né fondata su distinzioni rigide tra diritto privato e diritto pubblico)*”. Per la Francia, v.nsi **S.Branconnier**, Précis du Droit des marchés publics, Le Monnier, 2009, 365 e segg. (“*Il ricorso per eccesso di potere non è ammesso contro il contratto in se stesso ... Il ricorrente non può dunque direttamente chiedere al giudice l'annullamento del contratto ... [pag. 369]. L'annullamento, da parte del giudice per eccesso di potere di un atto ... del contratto, non mette ipso facto in causa l'esistenza del contratto*” [pag. 375]; **P.G. Vyckroff**, Le mémento des marchés publics de travaux, Eyrolles, 2009, 243 e segg.. **Recentemente –e per la Francia-** v.si **F.D'Angelo**, Il recepimento della direttiva ricorsi 2007/66/CE in Francia ed in Italia, Riv. it. Dir. pubbl. comunitario, 2/2012, 349 e segg..

⁴⁶ V.nsi, in tal senso: **TAR Calabria, I, 20-10-2010, n. 942 e 15-7-2010, n. 817** (per le quali: “*La violazione della clausola (e del principio) di “stand still”, in sé considerata e cioè senza che concorrano vizi propri dell'aggiudicazione, non comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o l'inefficacia del contratto. Detto termine dilatorio è servente alla tutela giudiziale ed all'effettività della pronuncia che accoglie il ricorso per vizi nell'aggiudicazione e*

10.4. Ad oggi, in Italia, il recepimento della direttiva ricorsi (d.lg. 53/2010; artt. 120 e 121 del nuovo codice sul processo amministrativo [rispettivamente in vigore dal 27 aprile 2010 e dal 16 settembre 2010])⁴⁷ è stato interpretato (e per quanto a conoscenza dello scrivente) come segue:

(a) la nuova normativa si applicherebbe anche ad ipotesi di procedure di gara iniziate a partire dal 20-12-2007 (entrata in vigore della direttiva 2007/66/CE): di conseguenza il giudice e per le cause “pendenti”(GO sino alla ordinanza della Corte di Cass. SS.UU., 2906 del 10-2-2010 e GA dopo tale decisione) ha il potere di decidere se dichiarare o meno inefficace il contratto (su tale applicazione retroattiva, v.nsi Cass. SS.UU. 2906 del 10-2-2010; Cons. st., VI, 3759, 15-6-2010; TAR Lazio, Roma, sez. 111-bis, 16-6-2010, 18.131)⁴⁸;

dunque, al di fuori di queste ipotesi di tutela, la sua violazione non giustifica l'annullamento dell'aggiudicazione medesima o, tantomeno, la dichiarazione di inefficacia del contratto.

⁴⁷ D'ora in avanti si farà solo più riferimento agli articoli 121 e 122 del d.lg. 104/2010 e, per semplificazione, agli “artt. 121 e 122”.

⁴⁸ La tesi sarebbe fondata su più argomenti: (a) sul fatto che si tratterebbe di norme anche *processuali* (per le quali vale il principio dello *jus superveniens*); (b) sul fatto che è impedito agli Stati membri di applicare norme in contrasto con quelle *self executing* delle direttive comunitarie durante il periodo che va dalla loro pubblicazione al loro recepimento (sent. Corte Giust. CE, 18-12-1997, n. 929 [par. 42-45] e 22-1-2005, n. 144 (par. 45-66-70); principio analogo a quello che, in relazione all'art. 10 delle preleggi al codice civile, impedirebbe alle PP.AA. di emanare atti amministrativi contrastanti con le leggi già pubblicate, ma non ancora entrate in vigore.

Merita, in ordine a quanto detto sub (b), trascrivere i par. 42-45 della prima sentenza nella quale si asserisce:

42. Nel caso di specie, e in conformità a una prassi corrente, la stessa direttiva 91/156 stabilisce un termine alla scadenza del quale le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie a conformarvisi devono essere entrate in vigore negli Stati membri.

43. Poiché questo termine è diretto, in particolare, a dare agli Stati membri il tempo necessario all'adozione dei provvedimenti di trasposizione, non si può contestare agli stessi Stati l'omessa trasposizione della direttiva nel loro ordinamento giuridico interno prima della scadenza di tale termine.

44. E' ben vero che durante il termine fissato per la trasposizione gli Stati membri devono adottare i provvedimenti necessari ad assicurare che il risultato prescritto dalla direttiva sarà realizzato alla scadenza del termine stesso.

45. A questo proposito, anche se gli Stati membri non sono tenuti ad adottare queste misure prima della scadenza del termine per la trasposizione, dal combinato disposto degli artt. 5, secondo comma, e 189, terzo comma, del Trattato e dalla stessa direttiva risulta che, in pendenza di tale termine, essi devono astenersi dall'adottare disposizioni che possano compromettere gravemente il risultato prescritto dalla direttiva stessa.

Nella seconda sentenza, ai par. 66-67, si asserisce:

(b) si dovrebbe distinguere tra violazioni “gravi” (art. 121) e meno gravi (art. 122)⁴⁹, salvando i contratti anche nel caso di violazione dello *standstill* qualora non sia stato violato il principio del contraddittorio (TAR Calabria, Reggio Calabria, 15-7-2010, n. 817) o quando il contratto sia in avanzata fase di esecuzione (Cons. St., VI, 15-6-2010, n. 3759) e dichiarandoli inefficaci ex nunc, e in base all’art. 122, in altri casi (TAR Calabria, Reggio Calabria, 15-7-2010, n. 817; TAR Lombardia, Milano, I, 17-5-2010, n. 1524; TAR Lazio, III-bis, 16-6-2010, n. 18131)⁵⁰.

10.5. Premesso, quindi, che ad oggi, il contratto, di per sé, è sempre valido ed efficace visto che è il giudice, con giurisdizione sostanzialmente di *merito*⁵¹, a decidere sul punto, occorre esaminare distintamente le ipotesi di cui agli artt. 121 e 122 del nuovo Codice del processo amministrativo.

E ciò dopo aver ribadito che la normativa sulla caducazione del contratto e a partire dal 20-12-2007 (data di pubblicazione della Direttiva ricorsi), era la seguente:

(a) il Giudice, già da tale data, avrebbe dovuto applicare le norme di cui agli artt. 2-quinquies e 2-sexies della Direttiva 2007/66/CE (i cui contenuti sono largamente

66. La circostanza che, alla data della stipula del contratto, il termine di trasposizione della direttiva 2000/78 non era ancora scaduto non è tale da rimettere in discussione tale constatazione.

67. Infatti, in primo luogo, la Corte ha già giudicato che, in pendenza del termine per la trasposizione di una direttiva, gli Stati membri devono astenersi dall’adottare disposizioni che possano compromettere gravemente il risultato prescritto dalla direttiva stessa (sentenza Inter-Environnement Wallonie, cit., punto 45).

(Appare, poi, evidente che nella nozione di “*disposizioni*” che gli Stati membri devono astenersi dall’adottare sono compresi gli atti normativi, quelli amministrativi e quelli giurisdizionali visto che per “Stato” deve pur sempre intendersi, come minimo, la sintesi dei tre poteri: legislativo, esecutivo e giudiziario).

⁴⁹ Si avvisa il lettore che quanto detto nel presente par. **11.4.** costituisce “ripetizione” e “sviluppo” di quanto, in parte, già detto nei precedenti par. **5.5.1, 5.6. e 5.6.1.**

⁵⁰ I “casi” sono ripresi da “La riforma del Codice appalti, a cura di R. De Nictolis, La giurisprudenza e il rito degli appalti pubblici alla luce del Codice del processo amministrativo: prime applicazioni giurisprudenziali, in *Urbanistica e appalti*, 12/2010, 1377 e segg.. V.si, altresì, nella stessa rivista (1391 e segg.), I. Franco, Giurisdizione sulle controversie in materia di contratti pubblici: incidenza della direttiva ricorsi e del decreto di recepimento.

⁵¹ Poco rileva che, a sensi degli artt. 7/6 e 134 del nuovo Codice del processo amministrativo, la controversia sull’*inefficacia dei contratti* a seguito dell’annullamento degli atti di gara non sia menzionata tra quelle di “merito” di cui all’art. 134. Rileva il fatto che il giudice – ai fini di tale pronuncia- si “sostituisce all’amministrazione” (art. 7/6). Da qui la problematica, sollevata da più Autori (v.si, in particolare, F.Gioisis, cit. in nota 4), relativa alla possibilità di *autotutela* in capo alla PA, pur in assenza di controversie relative alla legittimità o meno degli atti di una gara disciplinata nel Codice degli appalti pubblici.

simili a quelli degli artt. 121 e 122);

(b) in ogni caso –venuta meno la consequenzialità della *caducazione* del contratto dall'annullamento dell'*aggiudicazione* (anche a seguito dell'art. 11/7 del d.lg. 163/06 e del venir meno dell'applicazione dell'art. 16 del r.d. 2440/23)- il GO (sino al 10-2-2010 e per effetto dell'indirizzo della Cassazione a partire dal 28-12-2007: SS.UU. 27.169/2007, 19.805/2008, 6.068/2009, 2.945/2008) e il GA dopo il 10-2-2010 (a seguito della citata ordinanza Cass. SS.UU. 10-2-2010, n. 2.906) avrebbero dovuto valutare se il contratto era *nullo, annullabile, inefficace* secondo principi interni (v.nsi sentenze della Cassazione sopra citate) e ciò anche se non avessero applicato le norme della Direttiva;

(c) il giudice avrebbe sicuramente dovuto applicare le norme della Direttiva nel periodo che va dal 20-12-2009 (data in cui l'ordinamento italiano avrebbe dovuto recepire la direttiva) al 27-4-2010 (data di entrata in vigore del d.g. 53/2010).

10.6. Se si applica la nuova normativa sorgono i seguenti problemi. Gli artt. 121 e 122⁵² individuano due insiemi di norme che mutuamente si escludono. Tralasciando,

⁵² Per comodità di chi legge, si trascrivono i detti articoli del d.lg. 104/2010:

* **art. 121**

1. Il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto nei seguenti casi, precisando in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva:

a) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;

b) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;

c) se il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'articolo 11, comma 10, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento;

d) se il contratto è stato stipulato senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, ai sensi dell'articolo 11, comma 10-ter, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, qualora tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

per semplificazione, le ipotesi dell'art. 121, comma 1, lett. a), b), e c) e venendo al caso, praticamente più frequente, della lettera d), è evidente che la stazione appaltante "può-

2. Il contratto resta efficace, anche in presenza delle violazioni di cui al comma 1 qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti. Tra le esigenze imperative rientrano, fra l'altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale. Gli interessi economici possono essere presi in considerazione come esigenze imperative solo in circostanze eccezionali in cui l'inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate, avuto anche riguardo all'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara. Non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia.

3. A cura della segreteria, le sentenze che provvedono in applicazione del comma 2 sono trasmesse alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le politiche comunitarie.

4. Nei casi in cui, nonostante le violazioni, il contratto sia considerato efficace o l'inefficacia sia temporalmente limitata si applicano le sanzioni alternative di cui all'articolo 123.

5. La inefficacia del contratto prevista dal comma 1, lettere a) e b), non trova applicazione quando la stazione appaltante abbia posto in essere la seguente procedura:

a) abbia con atto motivato anteriore all'avvio della procedura di affidamento dichiarato di ritenere che la procedura senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana sia consentita dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;

b) abbia pubblicato, rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia, nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana un avviso volontario per la trasparenza preventiva ai sensi dell'articolo 79-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto;

c) il contratto non sia stato concluso prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di cui alla lettera b).

* art. 122

1. Fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

I CONTRATTI DI APPALTO

deve”⁵³ stipulare il contratto se non è stato violato il termine dell’art. 11/10-ter del Codice degli appalti e, quindi, in sede di sospensiva, non sono stati rilevati, sotto l’aspetto del “*fumus boni iuris*”, “*vizi propri dell’aggiudicazione definitiva*” sempre che, ancora, tutto ciò non abbia “*influito sulla possibilità del ricorrente di ottenere l’affidamento*” e non siano state rilevate “*esigenze imperative connesse ad un interesse generale [che] imponga la conservazione del contratto*”.

Se si tiene conto di quanto afferma l’art. 11/10-ter del Codice degli appalti pubblici, per il quale:

Se è proposto ricorso avverso l’aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell’istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all’udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva. L’effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell’art. 245, comma 2-quater, primo periodo, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l’esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all’immediato esame della domanda cautelare⁵⁴

e di quanto asserisce l’art. 121/1, lett. d), si dovrebbe pervenire alla conclusione che segue. Il contratto stipulato nel rispetto o meno dell’art. 11/10-ter del Codice è posto al riparo dalla *inefficacia* perché è in sede di esame del ricorso a sensi dell’articolo 121 che si rilevano, le seguenti condizioni: (i) non rispetto o rispetto del termine; (ii) non presenza, almeno sotto l’aspetto del *fumus boni iuris*, di vizi dell’aggiudicazione e, ovviamente, degli atti presupposti esaminati alla luce della *possibilità del ricorrente di ottenere l’affidamento*”; (iii) ricorrenza –se difettano le condizioni sub (i) e (ii)- delle esigenze imperative di cui all’art. 121, 2° comma. Stessa normativa è prevista nel caso di “*implicita rinuncia all’immediato esame della domanda cautelare*”.

Ovviamente quanto sopra detto vale vieppiù quando, invece del non rispetto del termine di cui all’art. 11/10-ter del Codice degli appalti (che costituisce il canonico “caso grave” sub lettera d) dell’art. 121), vi è il rispetto di tale termine.

Ma, allora, quando si applicherebbe l’art. 122 che contempla un altro insieme di

⁵³ La mancata stipula del contratto lede l’ordine pubblico economico. Da un’analisi del “Sole-24 Ore” i costi, per effetto dei ricorsi e altre lungaggini, aumentano mediamente del 30%.

⁵⁴ Attualmente il “provvedimento cautelare di primo grado”, alla luce degli artt. 55/9 e 119/4 del d.lg. 2-7-2010, n. 104, di fatto, non si differenzia di molto dalla c.d. “sentenza breve”.

norme che si collocano “*fuori dei casi*” individuati dall’art. 121?

(vi).1 Normalmente, si distingue tra violazioni “gravi” (art. 121) e violazioni “meno gravi” (art. 122)⁵⁵.

L’art. 121 riguarderebbe i 4 casi di violazioni “gravi” di cui alle lettere a), b), c) e d) del primo comma, mentre l’art. 122 riguarderebbe i casi residuali ove i 4 casi gravi non sussistono.

Tale interpretazione non è, però, convincente perché mentre l’insieme delle norme di cui all’articolo 121 porta a concludere che non si può più pervenire all’inefficacia del contratto se non vi è stato un provvedimento cautelare di primo grado che abbia sospeso l’efficacia degli atti impugnati (o se il ricorrente ha rinunciato a richiedere il provvedimento cautelare), non si potrebbe, per le violazioni meno gravi dell’art. 122, pervenire alla pronuncia di inefficacia in tutte le successive fasi, cautelari o di merito, del giudizio avanti agli organi della giustizia amministrativa. E ciò, soprattutto, perché la locuzione “*vizi propri dell’aggiudicazione*” di cui alle lett. c) e d) dell’art. 121 assorbe e include “*i vizi riscontrati*” dell’art. 122.

10.7. Parrebbe, quindi, prospettarsi la seguente alternativa, almeno per i casi di cui alla lett. d) dell’art. 121: (i) se si accetta quanto sopra detto, l’art. 122 veicolerebbe un insieme “vuoto”, visto che la locuzione “*vizi propri dell’aggiudicazione*” di cui all’art. 121 assorbe tutti i vizi della procedura ad evidenza pubblica e non lascia alcun spazio per l’applicazione dell’art. 122; (ii) se, invece, si distingue tra “vizi gravi” e “meno gravi” in relazione alle ipotesi di cui alle lettere c) e d) dell’art. 121, primo comma, si va incontro ad altrettante discipline vuote (perché manca qualsiasi criterio che guidi il giudice nella scelta tra la salvezza o la dichiarazione di inefficacia del contratto) e autocontraddittorie (perché la normativa dell’art. 122 conduce a conseguenze più gravi rispetto a quelle cui conduce l’art. 121 e, ancora –e come già detto- perché non si sa in che cosa consistono i “*vizi riscontrati*” di cui all’art. 122, quando l’art. 121 parla di “*vizi propri dell’aggiudicazione definitiva*” e, quindi, di tutti i vizi di gara, nessuno escluso.

⁵⁵ In tal senso gli articoli citati nelle precedenti note, nonché: **R. Calvo**, Appalti pubblici e <<decodificazione>> dei rimedi, in *Urbanistica e appalti*, 7/2010, 757 e segg.; **L. Miconi**, d.lgs. n. 53/2010 e attività del RP: prime valutazioni e cenni ai profili di responsabilità, UNITEL, Roma, 17-5-2010; **E. Cacciato**, La dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto pubblico e le altre sanzioni, <http://www.dimartinoavvocati.com>, 2-9-2010; **D. Torregrossa**, Osservatorio sul processo amministrativo, aggiornato al 15 giugno 2010, www.ildirittoamministrativo.it (a commento delle decisioni del **TAR Lombardia Milano del 17-5-2010, n. 1524** e del **Consiglio di Stato, VI, 15-6-2010, n. 3759**), **R. Granata**, Sui rapporti tra la “sospensiva” dell’efficacia del contratto e l’attuazione della misura cautelare *Lex Italia*.it, 7-8/2010; **D. Rosato**, La nuova direttiva comunitaria . . . , *federalismi.it*, n. 11/2010. nonché (in giurisprudenza): **TAR Lombardia, Milano, 17-5-2010, 1524 cit**; **C. di St., VI**, sopra citate che, ambedue, hanno applicato la normativa dell’art. 245 ter del Codice ai giudizi in corso.

10.8. Il caso di disposizioni normative che danno luogo a “non norme” non è, comunque, invenzione recente.

Dice, ad esempio, **G.J. Chaitin**, (Teoria algaritimica della complessità, Giappichelli 2006, 59-59):

Riprendendo l’idea che da Hermann Weyl riconduce a Leibniz, il punto da sottolineare è che se una legge è arbitrariamente complicata, allora non vi è legge. In matematica, ciò conduce al mio numero Ω e alla sorprendente scoperta di regioni della matematica completamente senza leggi, aree in cui non vi è assolutamente alcuna struttura o modello o via per capire ciò che sta capitando.

Il principio che una legge arbitrariamente complicata non è una vera legge può anche essere esteso all’ambito di un sistema giuridico. Non è mera coincidenza che le parole “legge” e “prova” ed “evidenza” sono usate in giurisprudenza come in scienze naturali o in matematica. In altri termini, la regola del diritto è l’equivalente della regola della ragione, ma se una legge è sufficientemente complicata, essa può di fatto essere completamente arbitraria ed incomprensibile.

(Si tenga conto che il caso si è già verificato in Francia con la sentenza del *Conseil Constitutionnel del 29-12-2005 – 530, in Jo, 31-12-2009, pag. 20.705*).

Infatti in base all’attuale normativa interpretata alla luce della distinzione “vizi gravi/non gravi” si tornerebbe alla situazione antecedente all’entrata in vigore della direttiva ricorsi. Il contratto, come il gatto di Schrödinger, vive e muore a seconda delle pronunce del giudice: ordinanza di 1° grado, ordinanza del C. di St. in sede di appello, merito di 1° grado, merito di 2° grado.

10.9. E, allora, andrebbero proposti, almeno per il caso della lett. d) dell’art. 121 i seguenti (o altri) quesiti alla Corte di Giustizia CE, a sensi dell’art. 243 del Trattato.

1. se –a sensi degli articoli 11, comma 10ter e 245 bis, comma 1, lett. d), del d.lg. 163/06 (così come modificato e integrato dagli articoli 1 e 9 del d.lg. 53/2010 [emanato a seguito dell’art. 44 della legge delega del 7-7-2009, n. 88] decreto che, a propria volta, ha dato attuazione alla direttiva 89/665/CE, quale modificata da quella 2007/66/CE dell’11-12-2007, (articoli 2, par. 3 e 2 quinquies, par. 1, lett. b)), nonché a sensi dell’articolo 121, 1° comma, lett. d) del d.lg. 2-7-2010, n. 104 (che, entrato in vigore il 16-9-2010, ha assorbito la normativa del d.lg. 53/2010 [v.si Allegato 4, art. 3, comma 19, lett. e) al citato d.lg. 104/2010]) - è possibile che una stazione appaltante, possa incorrere nella conseguenza della *inefficacia del contratto* dopo una pronuncia in sede cautelare del TAR che abbia negato il provvedimento di sospensiva alla luce della normativa di cui all’art. 121 del d.lg. 104/2010 ovvero dopo che il ricorrente abbia rinunciato ad ottenere una pronuncia in sede cautelare, il tutto sempre a sensi dell’art. 121 del d.lg. 104/2010;

1.1. se, quindi, la normativa italiana menzionata sub 1., in relazione alla

normativa sulla c.d. direttiva ricorsi, possa essere interpretata nel senso che il TAR può dichiarare inefficace (“privo di effetti”) il contratto alla luce dell’art. 121/1, lett. d) del d.lg. 104/2010 allorquando ha già, in sede di sospensiva, valutato tutte le condizioni di cui al citato articolo ovvero ha constatato che il soggetto ricorrente ha rinunciato all’istanza di sospensiva;

2. se, in presenza delle due normative di cui agli articoli 121 e 122 del d.lg. 104/2003, l’inefficacia può essere sempre dichiarata dal giudice amministrativo nelle varie seguenti sedi: (i) in sede cautelare avanti al TAR; (ii) in sede di appello dell’ordinanza cautelare del TAR avanti al Consiglio di Stato; (iii) in sede di merito avanti al TAR; (iv) in sede di appello contro la sentenza di merito del TAR avanti al Consiglio di Stato, con ciò creandosi l’assoluta incertezza giuridica sulla sorte del contratto allorquando gli atti della procedura a evidenza pubblica, incluso l’atto terminale di aggiudicazione definitiva, vengano impugnati avanti agli organi di giustizia amministrativa;

3. se l’art. 122 del d.lg. 104/2010, nel prevedere, per “violazioni meno gravi”, le conseguenze della (eventuale) rinnovazione della gara e, quindi, la privazione di effetti del contratto, non si ponga in contrasto con l’art. 2-sexies della direttiva ricorsi e in palese contraddizione con l’art. 121, primo comma, del d.lg. 104/2010 laddove quest’ultimo, per “vizi gravi” e quindi per pervenire alle conseguenze della (eventuale) rinnovazione della gara e della privazione di effetti del contratto, esige che la violazione del termine dell’art. 11, comma 10, del d.lg. 163/06 “*abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell’aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l’affidamento.*”

4. Se, infine, sia nel caso dell’art. 121, che nel caso dell’art. 122 del d.lg. 104/2010, il giudice può pronunciare una sentenza di dichiarazione di inefficacia del contratto anche d’ufficio, ovvero se tale pronuncia presuppone sempre una esplicita domanda del soggetto che propone il ricorso avanti agli organi di giustizia amministrativa.

10.10. Per l’ipotesi dell’art. 121/1 lett. c), sorge questo problema. Si è visto che, per il caso della lett. d), il contratto resta al riparo dalla sanzione dell’inefficacia se si supera l’esame del TAR in sede di sospensiva. Per il caso della lett. c) –dove non c’è nessun accenno in tal senso- si applicherà la normativa della lett. d) in via analogica? La risposta dovrebbe essere positiva visto che non vedesi quale differenza vi sia tra una SA che abbia violato il termine minimo di 35 giorni di cui all’art. 11/10 del d.lg. 163/06 e altra stazione appaltante che abbia stipulato il contratto pur dopo detto termine, ma successivamente al ricevimento di un ricorso giurisdizionale. Se così fosse varrebbero le considerazioni espresse precedentemente a proposito dell’ipotesi della lett. d), ivi compresi i quesiti sub (vi).2.

Residuano i casi delle lettere a) e b) del citato art. 121. Anche per tali casi

varrebbero le stesse considerazioni avanzate a proposito della lett. c).

10.11. I problemi sull'*inefficacia* non finiscono qui.

Dalle prime interpretazioni –e sulla base del dato testuale dell'art. 121 (per il quale: “*Il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto . . .*”)- si tende ad affermare che la dichiarazione di inefficacia avviene d'ufficio e senza bisogno di una apposita domanda di parte.

Tale interpretazione, ad una lettura più meditata dell'art. 121 (supposto, ovviamente, che l'intera normativa dell'art. 121/1 lett. c) e d) e dell'art. 122 abbia un qualche senso), non appare ragionevole.

Il primo comma dell'art. 121 asserisce: “*Il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto nei seguenti casi, precisando in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva: . . . omissis . . .*”.

Quindi la pronuncia di inefficacia è effetto dell'esercizio di un potere di merito di carattere costitutivo.

E' il giudice che, con la sentenza, elimina dal contratto la sua normale efficacia ex tunc o ex nunc. Ne consegue che la dichiarazione di inefficacia (locuzione con la quale si è tradotto in italiano, a sensi del parere del Consiglio di Stato dell'1-2-2010, n. 368, la locuzione “*privazione di effetti*” della Direttiva) non può non tener conto della *domanda di parte*, la quale potrebbe non avere alcun interesse a subentrare nel contratto alle condizioni di cui all'art. 140/2 del Codice degli appalti o, comunque, subentrare in un contratto a esecuzione già iniziata⁵⁶.

⁵⁶ Sulle problematiche relative all'inefficacia del contratto, v.nsi, altresì: **A.Graziano**, Note minime in tema di inefficacia del contratto d'appalto nel Codice del processo amministrativo, in Note minime in tema di inefficacia del contratto d'appalto nel Codice del processo amministrativo in www.dirittodeiservizipubblici.it; **S.Napolitano**, L'effetto sospensivo della stipula del contratto pubblico (la c.d. clausola di “Stand Still”), in *Gazzetta Amministrativa*, n. 1/2011, 106 e segg.; **S.Raffaele**, La sorte del contratto a seguito di annullamento di aggiudicazione, in www.deidirittidellepene.wordpress.com; **S.Usai**, Inefficacia del contratto e buona fede del terzo contraente, in www.lexitalia.it; **S.Lazzini**, L'inefficacia del contratto non è conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione, che determina solo il sorgere del potere in capo al Giudice di valutare se il contratto debba o meno continuare a produrre effetti, in www.appaltieassicurazioni.blogspot.it; **G.Chinè, D.Fata e M.Sanino**, Le sorti del contratto stipulato a seguito di aggiudicazione illegittima, in Codice del processo amministrativo (a cura di **M.Sanino**), UTET, 2011, 541 e segg.; Codice degli appalti (a cura di **R.Garofoli e G.Ferrari**, Nel diritto Editore, IV ed., II, 2262 e segg., nonché **R.De Nictolis**, Manuale cit., 1179 e segg. e 1220 e segg..

11. Conclusioni (provvisorie) in ordine ai contratti di appalto disciplinati dal d.lg. 163/2006.

Se si accoglie la tesi per la quale la dichiarazione di inefficacia del contratto è possibile solo nelle ipotesi di cui all'art. 121 del Codice del processo amministrativo, allora assume una basilare importanza, alla luce dell'art. 11, comma 10-ter, del Codice degli appalti, la fase del giudizio cautelare di cui agli artt. 55 e segg. del Codice del processo amministrativo⁵⁷

Ulteriore conseguenza è che mentre la dichiarazione di inefficacia del contratto di cui al citato articolo 121 appartiene al GA, tutte le altre cause di invalidità del contratto (nullità e annullabilità) appartengono al GO⁵⁸

⁵⁷ V.si, in punto: **C.Celani, L.Coraggio, M.Sanino, P.Salvatore, F.Viola e F.Viola**, in Codice del processo amministrativo (a cura di **M.Sanino**), cit., 254 e segg.; **M.V.Lumetti**, Processo amministrativo e tutela cautelare, Cedam, 2012.

⁵⁸ V.si, in punto, **A.Cianflone-G.Giovannini**, L'appalto di opere pubbliche, Giuffrè, 2003, 622 e segg..

IL TERMINE DI PRESCRIZIONE PER L'AZIONE DI RESPONSABILITÀ NEI CONFRONTI DEI SINDACI DECORRE DAL MOMENTO IN CUI IL DANNO SI È VERIFICATO

(TRIB. LECCE, 9 DICEMBRE 2011)

Con la sentenza in esame il Tribunale di Lecce si è pronunciato sull'azione di responsabilità contro i sindaci: ad essa non è possibile applicare estensivamente la disposizione prevista dall'art. 2393, comma 4, c.c. (che autorizza l'esercizio dell'azione entro cinque anni dalla cessazione della carica) e, in quanto soggetta alla regola generale di cui all'art. 2935 c.c., la sua prescrizione decorre dal momento in cui il danno si è verificato.

di GIUSEPPE ANTONIO POLICARO

1. - Con la sentenza in commento il Tribunale di Lecce si è pronunciato ritenendo l'azione di responsabilità nei confronti dei sindaci soggetta alla disciplina dettata dall'art. 2935 c.c., “con conseguente decorrenza della prescrizione dal momento in cui il danno si sia verificato”¹¹. Il Collegio ha ritenuto incompatibile, per i componenti dell'organo di controllo, l'applicazione dell'art. 2393, comma 4, c.c., disposizione che prevede l'esercizio dell'azione di responsabilità (nei confronti dell'amministratore) entro cinque anni dalla cessazione dalla (sua) carica.

¹¹ In dottrina è stato sottolineato come il termine previsto dalle norme che disciplinano l'azione di responsabilità, sia da considerarsi unicamente con il significato di prescrizione e non di decadenza. La differenza non è marginale: la prescrizione risulta infatti suscettibile di sospensioni ed interruzioni, a volte indispensabili e “salvifiche” per i creditori sociali che intendano far valere le proprie ragioni proponendo l'azione di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci (cfr. S. AMBROSINI, *Il termine per l'esercizio delle azioni di responsabilità*, in S. AMBROSINI (a cura di), *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, Milano, 2007, p. 213 ss.).

COMMENTI A SENTENZE

PER I SINDACI PRESCRIZIONE DAL MOMENTO DEL DANNO

2. - Il procedimento era stato promosso dal curatore del fallimento di una s.r.l. che, dichiarata fallita il 15 settembre 2004, conveniva in giudizio, con atto di citazione notificato il 9 settembre 2008, l'amministratore unico e i componenti del collegio sindacale della medesima. Nella citazione il curatore, sottolineando una serie di irregolarità contabili e amministrative tali per cui, con le opportune riclassificazioni, il bilancio avrebbe presentato un patrimonio netto negativo già dal 31 dicembre 2001, chiedeva agli organi societari il risarcimento del danno subito, quantificandolo nella misura *"pari alla differenza tra il deficit patrimoniale rilevato alla data di fallimento ed il deficit patrimoniale esistente alla data in cui la società avrebbe dovuto essere posta in liquidazione"* (31 dicembre 2001).

Nello specifico, la parte attrice sosteneva che l'amministratore aveva colposamente proseguito l'attività imprenditoriale, aggravandone il dissesto patrimoniale, invece di aver accertato il verificarsi di una causa di scioglimento della società: del danno conseguente ne avrebbero dovuto rispondere anche i sindaci, rei di aver *"avallato bilanci che occultavano l'azzeramento del capitale sociale"*².

Per quel che qui rileva, i sindaci costituitisi in giudizio contestavano le pretese del curatore deducendo: (a) la mancata legittimazione del curatore ad esercitare l'azione sociale spettante ai creditori sociali *ex art. 2394 c.c.*, azione comunque prescritta poiché *"l'impossibilità di soddisfare i creditori sociali era già emersa nel febbraio 2003, come documentavano notizie di stampa relative alla crisi in cui versava l'impresa"*; (b) la prescrizione dell'azione sociale *"in quanto l'attività imprenditoriale era cessata nel maggio 2003 e l'atto di citazione era stato notificato solo l'11 settembre 2003"*; (c)

² Riguardo ai temi inerenti la responsabilità civile dei sindaci è possibile consultare per approfondimenti, *ex plurimis*, A. BOMPANI, B. DEI, P.R. SORIGNANI, A. TRAVERSI, *Sindaco e revisore di società: la revisione legale dei conti nel diritto societario*, Milano, 2012; A. BARTALINI, A. BERLOTTI, U. DE CRESCIENZO, A. PERINI, G.G. SANDRELLI, *I sistemi di amministrazione e controllo*, in O. CAGNASSO – L. PANZANI, *Le nuove s.p.a.*, IV, Bologna, 2012, p. 205 ss.; P. MONTALENTI, *Il sistema dei controlli: profili generali*, in N. ABRIANI, S. AMBROSINI, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, *Le società per azioni*, in G. COTTINO, (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, IV, 1, Padova, 2010, p. 749 ss. Sul significato e il contenuto dell'obbligo di corretta amministrazione cfr., per tutti, M. IRRERA, *Profili di corporate governance della società per azioni tra responsabilità, controllo e bilancio*, Milano, 2009, p. 5 ss.

COMMENTI A SENTENZE

PER I SINDACI PRESCRIZIONE DAL MOMENTO DEL DANNO

comunque sia, la manleva da ogni responsabilità in quanto assicurati per i danni derivanti dallo svolgimento della loro attività professionale.

3. - Il Tribunale adito ha dapprima diretto la questione preliminare sollevata dai sindaci convenuti, i quali sostenevano che il curatore “*non sarebbe [stato] legittimato all’esercizio dell’azione di responsabilità dei creditori sociali, nel caso di fallimento di una s.r.l.*”³ Secondo il collegio la curatela, seppur non espressamente, ha invocato la responsabilità di amministratori e sindaci *ex art. 2486 c.c.* (il quale dispone che gli amministratori rispondano dei danni indirettamente cagionati ai creditori sociali attraverso atti di gestione non strumentali alla conservazione del patrimonio sociale compiuti dopo il verificarsi della causa di scioglimento), da ritenersi applicabile anche ad una s.r.l. E’ d’altro canto lo stesso Collegio ad osservare come su tale controversia già si sia pronunciata la Corte di Cassazione, statuendo la legittimazione della curatela della s.r.l. alla proposizione di qualsiasi azione di responsabilità contro amministratori, organi di controllo, direttori generali e liquidatori di società⁴.

³ Sulla legittimazione dei creditori sociali ad esercitare l’azione di responsabilità verso gli amministratori di s.r.l., si veda anche Trib. Torino, 8 giugno 2001, n. 4072, con nota di commento di G.A. POLICARO, *Il creditore sociale di s.r.l. non può esperire l’azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, fatta eccezione per il caso di danno diretto scaturente da atti dolosi o colposi*, in questa *Rivista*, 2011, 19, p. 91 ss., secondo cui le uniche fattispecie con cui l’ordinamento ha positivamente disciplinato l’azione di responsabilità da parte del creditore sociale di S.r.l. risiederebbero nell’art. 146 l. fall., in caso di azioni esercitate dal curatore fallimentare, e nell’art. 2476, comma 6, c.c., in caso di danni cagionati direttamente ai creditori dagli amministratori a seguito di loro atti dolosi o colposi.

⁴ Cfr. Cass. 21 luglio 2010, n. 17121 in *www.ilcaso.it*, secondo cui “in tema di responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata la riforma societaria di cui al d. lgs. n. 6 del 2003, che pur non prevede più il richiamo, negli artt. 2476 e 2487 c.c. agli artt. 2393, 2393 e 2394 c.c., e cioè alle norme in materia di società per azioni, non spiega alcuna rilevanza abrogativa sulla legittimazione del curatore della società a responsabilità limitata che sia fallita, all’esercizio della predetta azione ai sensi dell’art. 146 l. fall., in quanto per tale disposizione, riformulata dall’art. 130 del d.lgs. n. 5 del 2006, tale organo è abilitato all’esercizio di qualsiasi azione di responsabilità contro amministratori, organi di controllo, direttori generali e liquidatori di società, così confermandosi l’interpretazione per cui, anche nel testo originario, si riconosceva la legittimazione del curatore all’esercizio delle azioni comunque esercitabili dai soci o dai creditori nei confronti degli amministratori, indipendentemente dallo specifico riferimento agli artt. 2393 e 2394 c.c.”

COMMENTI A SENTENZE

PER I SINDACI PRESCRIZIONE DAL MOMENTO DEL DANNO

Con riferimento, invece, alla prescrizione dell'azione di responsabilità, il Tribunale adito, premettendo che *“le due azioni di responsabilità, rispettivamente previste dagli artt. 2393 e 2394 c.c., quando siano esercitate congiuntamente dal curatore a norma dell'art. 146 l. fall., costituiscono un'azione unica ed inscindibile”*, rileva come debba ritenersi il curatore abbia presuntivamente inteso procedere con entrambe le azioni (sebbene non si possano ritenere basate sui medesimi presupposti) nel caso in cui questi manchi di specificare il titolo per il quale agisce.

Il Tribunale di Lecce specifica, inoltre, relativamente alla proponibilità dell'azione da parte dei creditori, come il termine di prescrizione quinquennale inizi a decorrere *“non dal momento in cui si verifica lo sbilancio patrimoniale negativo, ma dal momento in cui lo stesso si sia manifestato, divenendo conoscibile ai creditori sociali”*⁵.

Nel caso che ci occupa il Collegio ha ritenuto che *“l'insufficienza patrimoniale della società sia divenuta per la prima volta conoscibile dai creditori nel momento in cui è stato depositato presso il registro delle imprese il bilancio relativo all'anno 2003”* e considerato conseguentemente tempestiva l'azione proposta *“in quanto esercitata (con atto notificato il 9 settembre 2008) prima delle scadenze del termine quinquennale”*⁶.

⁵ Momento coincidente, di regola, con il deposito della sentenza dichiarativa di fallimento, sebbene non possa escludersi che l'insufficienza patrimoniale sia stata resa nota ai creditori sociali in un periodo anteriore. Al riguardo, si sottolinea come la giurisprudenza si sia orientata nel senso di ritenere il deposito del bilancio societario quale elemento idoneo a determinare una conoscenza legale da parte dei creditori della situazione economica e finanziaria della società (cfr. Trib. Messina, 14 dicembre 1998, in *Fall.*, 1999, p. 674 ss.; Trib. Roma, 17 settembre 2001, in *Società*, 2002, p. 744 ss.; App. Torino, 23 gennaio 2003, in *Giur. comm.*, 2004, II, p. 149 ss.; Trib. Milano, 27 febbraio 2008, n. 2589, in *Giustizia a Milano*, 2008, 2, p. 13 ss.; Trib. Napoli, 23 gennaio 2009, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 1244 ss.; Cass., 25 luglio 2008, n. 20476 in *Dir. e prat. soc.*, 2008, 22, p. 74 ss., secondo cui *“il bilancio d'esercizio che segnala una situazione patrimoniale negativa è idoneo a costituire il modo il cui lo stato di in capienza diviene manifesto e conoscibile, stante la natura pubblica del medesimo bilancio, nonché la sua opponibilità erga omnes”*).

⁶ Nel merito, il Tribunale adito ha comunque escluso la fondatezza della domanda presentata dalla parte attrice rimarcando come *“l'incremento del passivo verificatosi dopo l'azzeramento del patrimonio sociale non arrechi danno ai creditori, i quali possono lamentarsi di nuove operazioni vietate soltanto quando, prime di dette operazioni, il patrimonio della società fosse sufficiente a soddisfare, almeno in parte, le loro ragioni”*.

COMMENTI A SENTENZE

PER I SINDACI PRESCRIZIONE DAL MOMENTO DEL DANNO

Ancora, con riguardo all'azione sociale di responsabilità, il Tribunale di Lecce ha reputato necessario effettuare un distinguo: le richieste di risarcimento presentate nei confronti dell'amministratore possono infatti esser fatte valere entro cinque anni dalla cessazione del medesimo dalla carica⁷, mentre per l'azione di responsabilità nei confronti dei sindaci non può essere applicato analogicamente il suddetto principio.

Relativamente alla responsabilità dell'amministratore lo stesso Collegio, rimarcando come non esista una disposizione specifica per le s.r.l. (l'art. 2393 c.c. è infatti rivolto solo all'organo amministrativo di s.p.a.), ben specifica come dal punto di vista sostanziale, la situazione risulti identica, *“operando relativamente all'azione di responsabilità contro gli amministratori di s.r.l. la causa di sospensione della prescrizione prevista dall'art. 2941 n. 7) c.c.”*⁸

Più complesso appare, invece, il problema della decorrenza del termine di prescrizione relativamente ai sindaci: come è stato sottolineato dalla Corte Suprema⁹, *“nei loro confronti non trova applicazione la causa di sospensione delle prescrizione prevista dal citato art. 2941 n. 7) c.c., stante il carattere eccezionale e tassativo delle ipotesi contemplate da tale norma”*. Occorre infatti stabilire se per una serie di richiami normativi¹⁰, sia possibile applicare anche ai sindaci l'art. 2393, comma 4, c.c., che ricollega il decorso della prescrizione alla cessazione dell'amministrazione dalla carica.

E al riguardo la risposta fornita dal Tribunale del capoluogo pugliese è stata negativa: *“la permanenza in carica dell'amministratore rappresenta un ostacolo all'esercizio dell'azione di responsabilità contro i sindaci soltanto quando la responsabilità dei sindaci stessi derivi dalla mancata vigilanza sul comportamento degli amministratori e non anche quando ci si trovi dinnanzi ad altri addebiti imputabili in via esclusiva ai comportamenti del collegio sindacale”*. Ove ricorra quest'ultima eventualità non vi sarebbe *“alcuna ragione di ordine logico e/o giuridico per escludere*

⁷ Così come previsto, per le società per azioni, dall'art. 2393, comma 4, c.c.

⁸ In base al quale il termine di prescrizione quinquennale resta sospeso tra le persone giuridiche ed i loro amministratori finché sono in carica, per le azioni di responsabilità contro di essi.

⁹ V. Cass., 12 giugno 2007, n. 13765 in *www.unijuris.it*. In senso conforme si veda anche Trib. Milano, 13 ottobre 2008, in *Giustizia a Milano*, 2008, 10, p. 70 ss.

¹⁰ In particolare per effetto del richiamo operato dall'art. 2407, comma 3, c.c. (secondo cui *“all'azione di responsabilità contro i sindaci si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 2393, 2393 bis, 2394, 2394 bis e 2395”*), a sua volta richiamato in materia di s.r.l. dall'art. 2477, comma 5, c.c.

COMMENTI A SENTENZE

PER I SINDACI PRESCRIZIONE DAL MOMENTO DEL DANNO

il decorso della prescrizione per tutto il tempo (che può essere assai lungo) in cui gli amministratori rimangono in carica”.

Il Collegio ha quindi apoditticamente negato la prospettazione di una diversa interpretazione della norma che, *“forzando il dato letterale, ricolleggi la decorrenza della prescrizione alla cessazione della carica (non già degli amministratori, bensì) degli stessi sindaci”.* Questi ultimi infatti, a differenza degli amministratori che potrebbero, ad esempio, ritardare la convocazione dell’assemblea competente ad autorizzare l’azione ai sensi dell’art. 2393 c.c., *“hanno ben poche possibilità di ostacolare l’esercizio dell’azione sociale di responsabilità”*: non avrebbe quindi senso alcuno la sospensione della prescrizione per tutto il tempo in cui rimangono in carica. *“Deve quindi escludersi che sia compatibile con l’azione di responsabilità contro i sindaci la disposizione (dell’art. 2393, comma 4, c.c.) che autorizza l’esercizio dell’azione entro cinque anni dalla cessazione dell’amministratore dalla carica e deve conseguentemente ritenersi tale azione soggetta alla regola generale di cui all’art. 2395 c.c.”*, ovvero con decorrenza della prescrizione quinquennale dal momento in cui il danno si sia verificato¹¹.

4. - Nel caso di specie, l’inadempimento dei sindaci sarebbe consistito nel mancato controllo sull’attività di predisposizione del bilancio relativo all’anno 2001 svolta dall’organo amministrativo; per tale motivazione veniva chiesto il risarcimento dei danni quantificabile nelle perdite accumulate dal 2002 (dato che dal 31 dicembre 2001 il patrimonio netto sarebbe stato negativo).

Posto che la richiesta di risarcimento veniva notificata in data 9 settembre 2008 e che l’attività imprenditoriale era cessata prima del 9 settembre 2003 (data di prescrizione dell’azione di responsabilità), il Tribunale di Lecce, tenuto conto che oltre la data di cessazione l’organo di controllo non avrebbe potuto produrre danni, dichiarava la prescrizione dell’azione sociale di responsabilità nei confronti dei sindaci, disponendo la prosecuzione della causa nei soli confronti dell’amministratore unico.

5. - Lo sforzo ermeneutico effettuato dal Tribunale di Lecce, che peraltro si discosta parzialmente dalla migliore dottrina riguardo alla prescrizione dell’azione di

¹¹ Si noti che il medesimo Tribunale, in una precedente pronuncia, si era invece espresso ritenendo applicabile ai sindaci la disposizione di cui all’art. 2393, comma 4, c.c. (Trib. Lecce, 25 novembre 2009, in www.unijuris.it).

COMMENTI A SENTENZE

PER I SINDACI PRESCRIZIONE DAL MOMENTO DEL DANNO

responsabilità nei confronti dei sindaci¹², ha comunque il pregio di fornire robusti ancoraggi riguardo alla lettura di una normativa caratterizzata da numerosi rimandi a diverse norme codicistiche. Appare ad ogni modo utile sottolineare come il Tribunale non abbia fatto cenno, coerentemente (a questo punto) con l'impostazione datasi, all'ipotesi di comportamento doloso delineata dall'art. 2941, n. 8), c.c.: tale disposizione, che prevede la sospensione della prescrizione tra il debitore che ha dolosamente occultato l'esistenza del debito e il creditore, finché il dolo non sia scoperto, potrebbe, secondo alcuni, ben essere applicata ai sindaci che abbiano nascosto l'esistenza di un pregiudizio ai creditori sociali¹³.

Nel solco del ragionamento introdotto e in considerazione del contenuto dell'art. 2395 c.c. (il momento dal quale decorre la prescrizione per l'azione di responsabilità corrisponde con quello del compimento dell'atto che ha pregiudicato il socio o il terzo), non ci si può infine esimere dal rimarcare la non marginale distinzione tra compimento e manifestazione del danno: ancorare il decorso dei termini prescrizionali solo alla prima ipotesi potrebbe infatti comportare il serio rischio che la condotta illecita dei sindaci vada esente da sanzione ogniquale volta la manifestazione segua solo dopo parecchio tempo il momento in cui il danno si sia verificato. Basti pensare, al solo fine esemplificativo, alle violazioni di carattere tributario, che come dimostra l'esperienza in

¹² Sintetizzabile affermando che l'azione di sociale nei confronti dei sindaci si prescrive nel termine di cinque anni da quando essi sono cessati dalla carica, ovvero dal successivo momento in cui il danno si è prodotto ed esteriorizzato; cfr. S. AMBROSINI, *La responsabilità degli amministratori*, in N. ABRIANI, S. AMBROSINI, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, *Le società per azioni*, cit., p. 688.

¹³ *Ibidem*; l'autore al riguardo argomenta di come gli amministratori ed i sindaci siano soggetti all'azione di responsabilità nei termini di cinque anni dalla cessazione della carica, "sempre che costoro, naturalmente, non abbiano intenzionalmente celato (o concorso a celare) l'esistenza del pregiudizio, giacché in tale ipotesi non pare esservi motivo di escludere l'applicazione dell'art. 2491, n.8)". D'altro canto, non sfugge che il medesimo art. 2395 c.c. prevede la possibilità dell'azione individuale del socio e del terzo entro cinque anni dal compimento dell'atto pregiudizievole in caso siano stati danneggiati da comportamenti colposi o dolosi degli amministratori. Il rimando all'art. 2491, n. 8) andrebbe quindi previsto, alla luce della lettura attenta delle norme citate e, soprattutto, accettando i principi proposti dal Tribunale di Lecce per i sindaci (applicazione per loro del solo art. 2395 c.c.), unicamente nei riguardi degli amministratori ai sensi dell'art. 2393 c.c.

COMMENTI A SENTENZE

PER I SINDACI PRESCRIZIONE DAL MOMENTO DEL DANNO

materia di accertamento e riscossione, sono frequentemente sanzionate anche oltre i cinque anni dal compimento della violazione¹⁴.

¹⁴ Un esempio su tutti potrebbe essere rappresentato dal termine di accertamento per le imposte sui redditi: nei casi di omessa presentazione della dichiarazione dei redditi o di presentazione nulla, ai sensi delle disposizioni del titolo I del D.p.r. 600/1973, l'avviso di accertamento può essere notificato fino al 31 dicembre del quinto anno successivo a quello in cui la dichiarazione doveva essere presentata (in precedenza, la notifica poteva essere addirittura effettuata entro il 31 dicembre del sesto anno successivo). Nell'esperienza in materia di accertamento sovente l'agenzia delle entrate invia gli avvisi di accertamento ai contribuenti allo scadere del termine di prescrizione: considerato che il danno emerge il giorno di (non) presentazione della dichiarazione dei redditi (gli invii telematici vanno effettuati entro il 30 settembre), se l'avviso di accertamento dovesse pervenire dal 1° ottobre al 31 dicembre del quinto anno successivo, i sindaci non risulterebbero sanzionabili.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE

Nomina del sindaco supplente nella s.r.l. – Il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha escluso l'obbligatorietà della nomina di un sindaco supplente in caso di organo monocratico nella società a responsabilità limitata, argomentando a partire dal tenore letterale del novellato art. 2477 c.c. e dell'art. 2397 c.c. relativo alla società per azioni. Inoltre, il parere ministeriale propende per l'inammissibilità di una tale nomina anche in via facoltativa.

Il parere n. 0180772 del 28 agosto 2012 è consultabile sul sito del Ministero, www.sviluppoeconomico.gov.it.

BANCA D'ITALIA

Disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche – La Banca d'Italia ha pubblicato “*uno schema di disposizioni di vigilanza in materia di sistema dei controlli interni e di sistema informativo delle banche e dei gruppi bancari nonché di continuità operativa delle banche e di altri intermediari*”, il cui obiettivo è, tra l'altro, procedere alla “*revisione organica dell'attuale quadro normativo, resasi necessaria a seguito dell'emanazione, negli ultimi anni, di una serie di disposizioni (di vigilanza, contabili e societarie) che hanno interessato il funzionamento del sistema dei controlli interni*”.

Le *Disposizioni*, in consultazione dal 4 settembre al 3 novembre, sono disponibili sul sito www.bancaditalia.it.

GIURISPRUDENZA

Invalidità delle delibere consiliari – In relazione ad una richiesta di sospensione dell'esecuzione di una delibera consiliare di una s.p.a. – oggetto di impugnazione – il Tribunale di Verona ha precisato che la possibilità di attribuire valenza dirimente al voto espresso dal presidente del c.d.a., cosiddetto *casting vote*, deve essere prevista dallo statuto sociale. Inoltre, nel caso posto al vaglio del Tribunale, il *fumus boni iuris* della

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 17/2012

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

fondatezza dell'istanza avanzata dal consigliere ricorrente è riscontrabile nel fatto che *“all'adozione della deliberazione impugnata ha contribuito in maniera decisiva, attraverso il proprio supporto tecnico, il legale [...] che ha sostenuto la correttezza dell'adozione della predetta modalità di risoluzione del contrasto tra i voti dei consiglieri di amministrazione”*.

L'ordinanza del Tribunale di Verona del 24 luglio 2012 è consultabile sul sito www.ilcaso.it.

Società in liquidazione e art. 2409 c.c. – Nell'ambito di un giudizio promosso dai soci di una società cooperativa a responsabilità limitata al fine di ottenere la revoca del liquidatore della cooperativa e la nomina di un amministratore giudiziario, il Tribunale scaligero ha ritenuto ammissibile – *obiter dictum* – la proposizione del ricorso ex art. 2409 c.c. in una s.c.a.r.l., non essendovi ragioni che *“giustificano la limitazione dell'ambito di applicazione dell'art. 2545 quinquiesdecies c.c. sotto questo profilo”*.

Il Tribunale di Verona, in merito all'eccezione sollevata dal liquidatore resistente, ha deciso per la compatibilità del procedimento ex art. 2409 c.c. con lo stato di liquidazione, argomentando come *“l'esigenza di ripristino della corretta gestione dell'attività di impresa, alla quale è funzionalmente diretto l'istituto dell'art. 2409 c.c., sia pienamente ravvisabile anche nella fase di liquidazione della società”*, nella quale *“gli aspetti pubblicistici posti a tutela dei terzi e dei soci, al fine di offrire loro un quadro fedele delle operazioni di liquidazione e della risultante situazione patrimoniale, impongono una particolare chiarezza contabile ed amministrativa, massimamente con riguardo al bilancio”*.

Il decreto del Tribunale di Verona del 7 agosto 2012 è reperibile sul sito www.ilcaso.it.

Sequestro preventivo per equivalente e socio accomandatario – La Suprema Corte ha ritenuto legittimo il sequestro preventivo per equivalente della quota del socio accomandatario di una s.a.s., benché essa assuma, *“nell'ambito della società di persone, una valenza diversa da quella che ha nella società di capitali, perché non è un'entità dotata di una sua oggettività, ma rappresenta soltanto la misura della partecipazione del socio ai diritti e agli obblighi relativi al rapporto sociale, intrinsecamente legata alla persona del socio stesso”*.

La conclusione della Corte di Cassazione, nondimeno, poggia sul fatto che, nel caso di specie, *“il sequestro della quota del socio accomandatario è avvenuto senza che sia stato nominato un amministratore della quota stessa, con la conseguenza che l'intuitus personae su cui si fonda il patto sociale non è venuto meno per il solo fatto del sequestro. Infatti, l'oggetto del sequestro deve, evidentemente, identificarsi [...] nella quota che spetterà al socio all'esito della liquidazione della società”*.

Cassazione penale, 7 settembre 2012, n. 34247.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

Bancarotta fraudolenta impropria da false comunicazioni sociali – La Corte di Cassazione ha chiarito che la bancarotta impropria da reato societario – false comunicazioni sociali nel caso particolare – presuppone, *“oltre all’esistenza del nesso causale tra condotta e dissesto, anche il superamento delle soglie di punibilità previste dal nuovo reato”* di cui all’art. 2621 c.c., così come modificato dall’art. 1 del D. Lgs. 11 aprile 2002, n. 61. Pertanto, *“in mancanza dell’accertamento delle "soglie" [...] la condotta richiamata nel reato di bancarotta con riferimento alle false comunicazioni sociali sarebbe penalmente indifferente”*.

Cassazione penale, 13 settembre 2012, n. 35244.

SEGNALAZIONI

DIRITTOTRIBUTARIO

SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO

NORMATIVA

Pubbligate le quotazioni delle valute estere del mese di luglio 2012

L'Agenzia delle entrate ha pubblicato il Provvedimento, con relative tabelle allegate, recante - ai sensi dell'art. 10, comma 9, del Tuir e agli effetti degli articoli dei Titoli I e II, dello stesso Tuir, che vi fanno riferimento - l'accertamento del cambio delle valute estere per il mese di luglio 2012.

(Agenzia delle entrate, Provvedimento prot. n. 2012/121453 del 14 ago. 2012)

Inversione contabile della fatturazione per l'Expo 2015

Il ministro dell'economia e delle finanze ha, con un apposito decreto, stabilito che, per le prestazioni edili rese alla società titolare delle aree espositive e alla società che gestisce l'evento, gli appaltatori non dovranno addebitare l'Iva in fattura, che sarà invece applicata direttamente dalle società committenti col meccanismo del reverse charge.

Il decreto, in pratica, estende le disposizioni di cui all'art. 17, c. 5, del dpr n. 633/72, anche alle prestazioni di servizi, compresa la prestazione di manodopera, rese nel settore edile da soggetti appaltatori nei confronti della Arexpo spa, titolare delle aree, e della Expo 2015 spa, società di gestione dell'esposizione che si terrà a Milano dal 1° 05 al 31.10.15.

(Decreto del 10 lug. 2012, in G.U. n. 203 del 31 ago. 2012)

GIURISPRUDENZA

Holding, detrazione totale dell'Iva solo se c'è nesso diretto tra acquisti e operazioni

La Corte di Giustizia della Ue ha statuito che una holding che, oltre alla gestione delle partecipazioni, in via accessoria acquista beni e servizi che rifattura alle società controllate ha diritto all'intera detrazione dell'Iva su tali acquisti, se si ricollegano esclusivamente ad operazioni che attribuiscono tale diritto.

Mentre:

- se gli acquisti sono invece impiegati, nell'attività economica, sia per operazioni con diritto alla detrazione sia per operazioni che non attribuiscono tale diritto, l'imposta è detraibile solo per la percentuale di pro rata;
- se, infine, gli acquisti sono utilizzati in parte anche per le attività non economiche, spetta allo stato membro definire il metodo per determinare dell'Iva non detraibile riferibile a tali attività.

(Corte di Giustizia della Ue, sentenza del 6 sett. 2012, Causa C-496/11)

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

Termine per la costituzione in giudizio nel processo tributario

La Corte di Cassazione ha statuito che, ai fini della costituzione in giudizio del ricorrente, il ricorso tributario notificato a mezzo ufficiale giudiziario o a mezzo del servizio postale deve essere depositato nella segreteria della commissione tributari, a pena d'inammissibilità, entro trenta giorni dalla ricezione da parte del destinatario e non dalla spedizione da parte del ricorrente" del plico delle Entrate; ciò in quanto anche nel processo tributario il termine per la costituzione decorre dal momento del perfezionamento della notificazione dell'atto di gravame nei confronti del destinatario e non dal momento della consegna di tale atto all'ufficiale giudiziario, che rileva, invece, solo ai fini della tempestività dell'impugnazione.

(Cassazione, ordinanza n. 14010 del 3 ago. 2012)

Ravvedimento operoso nullo se si sbaglia il calcolo degli interessi dovuti

La Corte di Cassazione ha statuito che, dovendo il ravvedimento operoso realizzarsi con l'integrale pagamento della sanzione ridotta e degli interessi, l'errore nel calcolo di quanto dovuto a titolo di interessi rende nullo il ravvedimento operoso, essendo peraltro inutile invocare, per affermare il contrario, l'applicazione dei principi di tutela e affidamento della buona fede sanciti dallo Statuto del contribuente. L'Ufficio è quindi legittimato, in tale ipotesi, a richiedere il pagamento delle sanzioni in misura piena, oltre ai maggiori interessi moratori rispetto a quelli calcolati e versati dal contribuente.

(Cassazione, ordinanza n. 14298 dell'8 ago. 2012)

La rimessione di un debito può essere un'operazione elusiva

La sentenza statuisce che la rimessione di un debito senza una valida ragione economica costituisce elusione fiscale e che, quindi, l'amministrazione fiscale può disconoscere la minusvalenza e recuperare a tassazione le corrispondenti maggiori imposte.

Nel caso esaminato dalla corte, un'impresa aveva rinunciato a un credito verso un'azienda, facente parte di un "gruppo", senza motivare la ragione economica dell'operazione commerciale e ricavandone solo un risparmio d'imposta.

(Cassazione, sentenza n. 12622 del 20 lug. 2012)

Il contributo assunzioni rientra nell'imponibile solo quando riscosso

La Cassazione ha statuito che i contributi per le assunzioni non sono da considerarsi nell'imponibile fino a quando non si è conclusa con successo la procedura amministrativa e l'azienda ha riscosso il finanziamento a fondo perduto; infatti " l'onere di provare la sussistenza dei requisiti di certezza e determinabilità delle componenti del reddito in un determinato esercizio sociale incombe al fisco per quelle positive, e al contribuente per quelle negative e, in particolare, nel caso in cui detti requisiti siano

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

condizionati dall'espletamento di procedure amministrative, essi si intendono acquisiti, ai fini dell'imputazione del reddito corrispondente a un determinato esercizio dell'impresa, solo attraverso il procedimento amministrativo che ne verifica i presupposti e ne liquida l'ammontare".

(Cassazione, sentenza n. 14798 del 4 sett. 2012)

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 inform azioni 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, via Marco Burigozzo 8 – 20122 Milano Tel. 02/58219500-23 – Fax: 02/58219560 - Executive Chairman: Andrea Mattei - Chief Executive Officer: Fabrizio Masini - Deputy Chairman Digital: Gianalberto Zaponini.

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.