

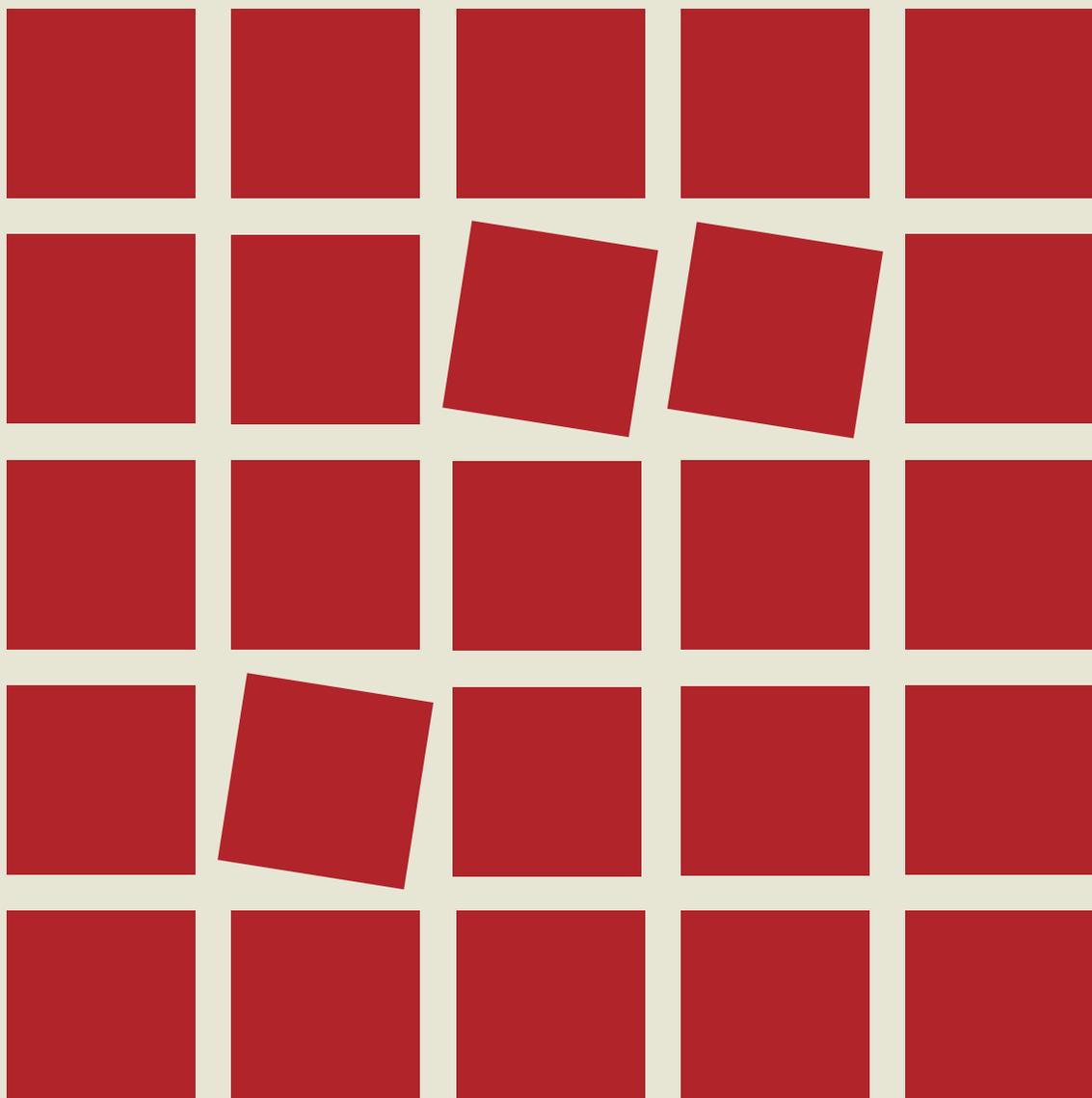
Ricerche giuridiche

ISSN 2281-6100

Vol. 4 – num. 2
Dicembre 2015



Edizioni
Ca' Foscari



Ricerche giuridiche

[online] ISSN 2281-6100

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

Edizioni Ca' Foscari - Digital Publishing

Università Ca' Foscari Venezia

Dorsoduro 3246

30123 Venezia

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

Ricerche giuridiche

Rivista semestrale

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

Direttore responsabile Alberto Urbani

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

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

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

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

Valutazione dei contributi I contributi inviati alla rivista *Ricerche giuridiche* sono oggetto di esame da parte del Comitato scientifico per la valutazione secondo le seguenti regole:

- 1 La valutazione è prevista per tutti i contributi (articoli, saggi, lavori di workshop dottorali, commenti a sentenza, ecc.).
- 2 Il contributo ricevuto è trasmesso in forma anonima, a cura della Direzione scientifica, ad uno o più componenti del Comitato scientifico per la valutazione, affinché i medesimi formulino il proprio giudizio compilando in via telematica l'apposito questionario. Trascorso il termine di trenta giorni dalla ricezione senza che il valutatore designato abbia formulato il giudizio, il contributo si intende da questi approvato.
- 3 La valutazione è calibrata sul genere letterario del contributo, e quindi sulla diversa funzione del saggio, della rassegna di giurisprudenza, del commento a sentenza.
- 4 In presenza di pareri dissenzienti, la Direzione può assumersi la responsabilità scientifica di procedere comunque alla pubblicazione, ma con indicazione del parere contrario dei valutatori interpellati. Ove invece dalle valutazioni emerge un giudizio positivo condizionato (a revisione, integrazione o modifica), la Direzione scientifica promuove la pubblicazione del contributo solo a seguito del suo adeguamento alle indicazioni ricevute dai valutatori, assumendosi la responsabilità della verifica.
- 5 In ciascun fascicolo della rivista sarà indicato, in ordine alfabetico, l'elenco dei membri del Comitato scientifico per la valutazione che hanno effettuato la valutazione dei contributi pubblicati.
- 6 La Direzione scientifica della Rivista si riserva la facoltà di valutare autonomamente i contributi di alti esponenti delle istituzioni e i supplementi che raccolgono gli atti di convegni.

Sommario

SAGGI

- Giuseppe Ferri jr.
Soluzioni concordate delle crisi di impresa e autonomia privata 303
- Lorenzo Stanghellini
La gestione delle crisi bancarie
La tradizione italiana e le nuove regole europee 315

PAPERS

- Benedetta Panchetti
Il diritto interculturale come strumento di risoluzione dei conflitti
Il contributo del volume di Pierluigi Consorti
Conflitti, mediazione e diritto interculturale 341
- Alessandra Zanardo
Le risque de défaillance des entreprises
Brèves réflexions sur les interventions possibles du législateur 351
- Diletta Lenzi
Il divieto di costituire società tra professionisti per chi è solo revisore legale 357
- Laura Pibiri
Novità per gli *Energy Derivatives* 375
- Antonio Ianni
Il modello tedesco della cogestione nell'impresa
Cronaca comparatistica di un diritto societario conformato in senso lavoristico 395
- Daniela Schiuma, Elena Sychenko, Agata Ludera-Ruszel
The Contributions of International Bodies of the Protection of Social Rights to the Struggle with Deregulation 423

Federico Lorenzo Ramaioli
La genesi del Costituzionalismo giapponese nell'era Meiji 443

OSSERVATORIO

CASSAZIONE CIVILE, sezioni unite, 6 marzo 2015, n. 4628 473
Rovelli Presidente – D'ascola Relatore 473

**Un controllo giudiziario dell'autonomia negoziale alla base
della meritevolezza del preliminare di preliminare**
Ilaria Marrone 485

I contributi del presente fascicolo sono stati valutati da:

A. Antonucci, M. Bianca, E. Bindi, A. Blandini, L. Di Brina, V. Fili, L. Fiorillo, P. Henry, R. Lener,
M. Loboano, A. Pisaneschi, D. Poletti, R. Salomone, F. Vella, L. Zoppoli

Saggi

Soluzioni concordate delle crisi di impresa e autonomia privata

Giuseppe Ferri jr.
(Professore ordinario di Diritto fallimentare
nell'Università degli Studi di Roma «Tor Vergata», Italia)

Abstract In this conference paper, the author reviews the main rationales and goals of insolvency proceedings and broadly compares insolvency proceedings to contractual private ordering of insolvency. The author stresses how the position of unsecured creditors in insolvency proceedings tends to be protected only in a collective way, through procedural rules that allow to deviate from absolute priority rule, whereas contractual solutions of distressed firms are the domain of contract, with some variations (mainly, the oversight of the court) due to the multiple interests involved in situations in which these contracts are entered into.

Sommario 1. – Crisi di impresa e mercato. – 2. Disciplina delle crisi di impresa autonomia negoziale. – 3. Contenuto autoritativo e forma procedimentale delle discipline delle crisi di impresa. – 4. La disciplina delle disfunzioni della garanzia patrimoniale: le due prospettive. – 5. Autonomia privata e accordi procedimentali. – 6. Cause di prelazione e diritto al rango nella disciplina dei concordati.

1 Crisi di impresa e mercato

Un discorso così generale come quello che si intende svolgere richiede di prendere le mosse da un punto di partenza altrettanto generale: dal tema, in particolare, dei rapporti, come si vedrà controversi e contraddittori, tra *crisi di impresa*, da un lato, e *mercato*, dall'altro.

Muovendo da una considerazione, *funzionale*, del mercato, e segnatamente di quello concorrenziale, in termini di *meccanismo selettivo* delle imprese efficienti e, specularmente, di quelle inefficienti, la *crisi* costituisce, per la *singola impresa*, un'eventualità che, per quanto *patologica*, risulta del tutto *normale*, non rappresentando altro che l'avverarsi del c.d. *rischio* di impresa, di un rischio, cioè, indissolubilmente collegato alla

Il lavoro riproduce la relazione dal titolo *Le soluzioni concordate delle crisi di impresa tra negozio, procedimento e principio maggioritario*, tenuta il 2 ottobre 2015 presso il Dipartimento di Economia dell'Università Ca' Foscari Venezia, nell'ambito del Dottorato in Diritto, Mercato e Persona.

relativa iniziativa, e proprio per tale ragione consapevolmente assunto da chi la organizza, e che anzi è stato ricostruito come una sorta di contrattare dello stesso *potere* di organizzarla. Se, poi, si sposta l'attenzione all'*insieme delle imprese* che operano sul mercato concorrenziale, e cioè al sistema di mercato nel suo complesso, la crisi di talune di esse rappresenta addirittura l'esito, *fisiologico*, e per ciò solo inevitabile, di quella funzione selettiva che il mercato concorrenziale è chiamato a svolgere, se non anche il segno più evidente del suo efficiente funzionamento: siffatta funzione selettiva, infatti, comporta, e non può non comportare, per certi versi virtuosamente, la crisi delle imprese che si rivelino inefficienti.

Tuttavia, ed è questo il punto, il mercato, inteso questa volta nei termini, *strutturali*, di insieme di *scambi*, e, più in generale, di atti di auto-regolamentazione di interessi, e cioè di *autonomia* privata, ed in particolare negoziale, a loro volta espressione di una più generale *libertà* di iniziativa economica, si rivela inidoneo, appunto strutturalmente, a regolare quella stessa crisi dell'impresa che, come detto, esso non solo contribuisce, ma, per certi versi, addirittura tende a creare: una situazione, questa, che, pur prestandosi ad essere considerata come una sorta di paradosso, o, meglio, di cortocircuito sistematico, non può certo considerarsi una peculiarità del fenomeno in esame; un parallelo affievolirsi della sfera dell'autonomia e della libertà, e la corrispondente emersione di profili genericamente definibili come autoritativi, si riscontra, infatti, anche in relazione alla disciplina applicabile all'impresa o alle imprese che, sempre all'esito della selezione operata dal mercato, si rivelino non già le meno, ma, tutto al contrario, le più efficienti; l'esito "estremo" del successo dell'impresa, vale a dire l'acquisizione del c.d. potere di mercato, se da un lato rappresenta non solo, al pari della crisi, la conseguenza fisiologica e necessaria del funzionamento della selezione operata dal sistema di mercato, ma addirittura lo scopo stesso della singola iniziativa economica, e dunque dell'esercizio delle prerogative di libertà e di autonomia in cui quest'ultima si risolve, sollecita in vero anch'esso l'intervento di un potere pubblico, per quanto indipendente, volto, non soltanto a controllare le modalità con le quali lo si è acquisito, ma anche, e soprattutto, a sanzionarne l'esercizio abusivo: e si allude, come è chiaro, alla disciplina della concorrenza e del mercato e della relativa Autorità.

2 Disciplina delle crisi di impresa e autonomia negoziale

A sua volta, l'inidoneità della libertà, e, segnatamente, dell'autonomia negoziale, e dunque del contratto, nel quale essa prende forma, a disciplinare compiutamente e convenientemente le crisi di impresa, si presta ad essere ricondotta alla circostanza che la crisi di impresa, come, più in generale, ogni *patologia della garanzia patrimoniale*, comporta il *venir meno* del

presupposto implicito che vale non soltanto a rendere economicamente efficiente, e dunque a giustificare sistematicamente, il riconoscimento ai privati di siffatta autonomia, ma, prima ancora, a permettere al negozio di svolgere effettivamente il ruolo, suo proprio, di strumento di *autonomia*, vale a dire di *auto-regolamentazione di interessi economici* allora, e per definizione, *propri* di chi se ne avvale: presupposto rappresentato dall'ideoneità dell'atto di esercizio del potere negoziale ad incidere esclusivamente sul valore netto complessivo del patrimonio di chi lo ha posto in essere, ovvero, come pure può dirsi, dalla *coincidenza* tra il *patrimonio* in cui si producono gli *effetti giuridici* di tale atto, che, in forza del principio della c.d. efficacia relativa del negozio, risultano di regola circoscritti appunto alla sfera giuridica delle parti, e, rispettivamente, quello in cui si verificano le *conseguenze economiche* del medesimo, per tali intendendosi appunto le variazioni di valore da esso derivanti.

Quanto, in particolare, agli atti, come quelli di *scambio*, con i quali si dispone di una determinata risorsa, se gli effetti giuridici si producono invariabilmente nei confronti di chi ne risulta il titolare, le conseguenze economiche si verificano invece nel patrimonio del destinatario del valore di tale risorsa ovvero, nel caso, assai frequente, in cui siffatto valore spetti ad una pluralità di soggetti, in quello di chi, nell'ordine di destinazione del relativo valore, occupa una posizione residuale: ne deriva che un atto di disposizione siffatto può dirsi in grado di svolgere la funzione di auto-regolamentazione di propri interessi solo in quanto, e fino a quando, chi lo compie sia non soltanto il *titolare* della risorsa, ma anche il *destinatario del suo valore*, a seconda dei casi integrale o residuale.

Sotto quest'ultimo profilo, un ruolo centrale è svolto dall'art. 2740 c.c., il quale, individuando nel *patrimonio* la *garanzia dei creditori* del suo titolare, finisce per destinare a costoro il relativo valore, ovviamente fino a concorrenza dell'importo delle corrispondenti pretese, e, dunque, per riservare al *titolare* del patrimonio soltanto il suo *valore residuale*: si verifica, in tal modo, una *dissociazione* tra la titolarità del patrimonio, e dunque dei relativi beni, che continua ad essere riconosciuta integralmente al debitore, e, rispettivamente, il loro valore, che invece spetta, almeno in parte, ai creditori; più precisamente, fino a quando il *patrimonio* è *capiente*, il suo valore risulta effettivamente suddiviso tra i creditori e il debitore, al quale come detto spetta l'eccedenza rispetto al valore destinato ai primi: una volta, invece, che il patrimonio sia divenuto *incapiente*, il suo valore, e dunque quello di tutti i beni che lo compongono, risulterà destinato *integralmente ai creditori*, e cioè a soggetti diversi dal titolare.

L'esercizio dell'autonomia negoziale del titolare del patrimonio divenuto incapiente, e segnatamente il potere di disporre delle risorse che lo compongono, da strumento, legittimo ed efficiente, di auto-regolazione di interessi propri che era, finisce allora per assumere la veste di strumento, invece illegittimo ed inefficiente, di etero-regolazione di interessi altrui,

anche se in termini, e per ragioni, tra loro diverse, ed anzi opposte, a seconda dell'ottica, di breve o di lungo periodo, in concreto adottata dal titolare medesimo: collocandoci in una prospettiva diacronica, che tenga cioè conto del fatto che il valore, come pure la composizione, del patrimonio è destinato a variare nel tempo, costui infatti potrebbe assumere due atteggiamenti parimenti razionali, ma tra loro del tutto opposti.

Per un verso, alla luce della considerazione che gli eventuali incrementi del valore del patrimonio sarebbero inizialmente destinati ai soli creditori, il debitore, titolare del patrimonio, potrebbe perdere qualsiasi interesse ad esercitare tanto la propria autonomia negoziale quanto le prerogative che gli spettano in quanto titolare delle risorse: laddove mentre la prima forma di inerzia conduce, economicamente, al sotto-investimento, cioè a quella forma di inefficienza consistente nella rinuncia a compiere atti pur vantaggiosi, la seconda si presta anche ad assumere specifica rilevanza giuridica ai fini del riconoscimento ai creditori della azione surrogatoria; per altro verso, il medesimo debitore, confidando che, ma solo nel lungo periodo, il patrimonio potrebbe ritornare capiente, potrebbe essere indotto ad ispirare le proprie scelte economiche al sovra-investimento, a compiere cioè atti eccessivamente rischiosi, al fine di ottenere vantaggi consistenti ma di remota ed incerta realizzazione, nella consapevolezza che i relativi rischi, invece assai più verosimili, finirebbero per gravare sui creditori, e cioè per ridurre un valore ormai integralmente destinato a costoro: ed è in fondo anche a scelte di questo tipo che si volge il rimedio della azione revocatoria.

D'altro canto, è vero che gli attuali destinatari del valore di un patrimonio incapiente sono i creditori: ciò non appare sufficiente, tuttavia, a rendere efficiente il riconoscimento a costoro del potere, originariamente spettante al suo titolare, di disporre del medesimo; si consideri, infatti, continuando a riguardare la vicenda in una prospettiva cronologica, che, nel breve periodo, un riconoscimento siffatto farebbe sorgere, alla luce del conflitto tra i medesimi creditori che l'incapienza del patrimonio fatalmente solleva, l'esigenza di organizzare la relativa collettività, con tutti i costi che la sua realizzazione finirebbe inevitabilmente per comportare: mentre, nel lungo periodo, le loro decisioni, lungi dal rivelarsi efficienti, tenderebbero al sotto-investimento, analogamente a quanto si è detto a proposito del debitore che persegue un'ottica di breve (e non, si noti, di lungo) periodo, alla luce della consapevolezza che i futuri incrementi di valore del patrimonio del debitore sono bensì destinati a costoro, ma solo nei limiti dell'ammontare delle loro pretese, e non anche integralmente.

3 Contenuto autoritativo e forma procedimentale delle discipline delle crisi di impresa

L'insufficienza dei poteri negoziali tanto del debitore quanto dei creditori a regolare convenientemente l'attività dell'impresa in crisi, e, più in generale, a gestire efficacemente un patrimonio incapiente, rende necessario l'intervento di un *terzo*, chiamato, si noti, non già ad imporre l'attuazione di un interesse proprio: ma a comporre, da una posizione indipendente e sovraordinata, il conflitto tra l'interesse privato e individuale del debitore, titolare del patrimonio, e gli interessi, pur sempre *privati*, per quanto *collettivi*, vantati dai suoi creditori.

Tutto ciò da un lato vale a spiegare il *contenuto* tipicamente *autoritativo* delle discipline della crisi di impresa: la circostanza, cioè, che esse risultano fondate non sui principi di autonomia e di libertà, ma su quelli, logicamente opposti, di *eteronomia* e di *autorità*, come pure la ragione, e i limiti, del ruolo in esse universalmente assunto dai *poteri pubblici*, e proprio in quanto tipicamente detentori, talvolta esclusivi, delle prerogative autoritarie, ed in particolare, almeno di regola, dall'autorità giurisdizionale, allora in veste di mero arbitro di interessi privati (in termini per certi versi analoghi a quelli che caratterizzano la volontaria giurisdizione), e non di titolare di interessi pubblici, e cioè generali e sovraordinati a quelli privati (come invece accade in relazione all'autorità amministrativa competente a disporre la liquidazione coatta dell'impresa e a sovrintendere alla relativa procedura); e, dall'altro, consente di dar conto della *forma procedimentale*, e non negoziale, che tali discipline invariabilmente assumono: distinzione, o meglio contrapposizione, quella tra *procedimento* e *negozio*, che si ricollega non già, si noti, al carattere *pubblico* o, rispettivamente, *privato* degli interessi da regolare, o comunque ad una *gerarchia assiologica* tra gli stessi, quanto piuttosto alla *alternativa logica* rappresentata dalla configurazione della loro *struttura* in termini *collettivi* ovvero *individuali*.

Più precisamente, se il *negozio* costituisce, come detto, uno strumento di autonomia, e cioè di (auto-)regolazione di *interessi individuali*, e per ciò solo privati, il *procedimento* rappresenta una tecnica di (etero-)regolazione di *interessi collettivi*, i quali, a loro volta, in una prospettiva funzionale, non assumono necessariamente un carattere pubblico, e per ciò solo indisponibile dai privati, ben potendo presentare un carattere schiettamente privato, risultando allora pur sempre disponibili dai loro titolari, ancorché, e proprio in quanto collettivi, a maggioranza, e dunque non dal singolo.

4 La disciplina delle disfunzioni della garanzia patrimoniale: le due prospettive

Sotto quest'ultimo riguardo, quello cioè della connotazione collettiva o individuale degli interessi, e segnatamente di quelli dei creditori, deve considerarsi che l'ordinamento assume, nei confronti di eventuali disfunzioni della garanzia patrimoniale, due atteggiamenti profondamente diversi, a seconda che si tratti di un debitore civile o di un'impresa commerciale "minore", o, rispettivamente, di un'impresa commerciale di maggiori dimensioni: nel primo caso, infatti, l'incapienza del patrimonio viene considerata nella medesima prospettiva *individuale* che tradizionalmente caratterizza la disciplina generale delle obbligazioni, vale a dire in termini di *patologia potenziale del singolo rapporto obbligatorio*; nel secondo, invece, collocandosi in una dimensione *collettiva*, l'ordinamento riguarda la disfunzione della garanzia patrimoniale come *patologia attuale dell'intero patrimonio*, o, meglio, della complessiva organizzazione dell'impresa.

Questa duplice, ed alternativa, rilevanza di un fenomeno unitario dipende dal fatto che, a differenza del diritto di proprietà, che, pur potendo spettare ad una pluralità di soggetti, presenta una struttura tipicamente individuale, il diritto di credito si caratterizza per un'ineliminabile *compre-senza* di profili *individuali* e *collettivi*: è vero, infatti, che anche quello *di credito* costituisce un *diritto soggettivo*, e dunque una posizione giuridica che risulta connotata in termini *individuali* tanto sotto il profilo, *oggettivo*, del contenuto, consistente in una determinata pretesa, quanto sotto il profilo, *soggettivo*, della titolarità, riconosciuta ad un soggetto parimenti determinato; è altrettanto vero, tuttavia, che il *patrimonio del debitore* rappresenta una *garanzia collettiva*, comune cioè ai suoi creditori: con l'esito che il *potere* di farla valere, e cioè di darvi attuazione in via esecutiva, per quanto riconosciuto a ciascuno di essi, finisce per interferire con l'analogo potere spettante a tutti gli altri.

Da ciò consegue che, a fronte di un'incapienza del patrimonio, l'ordinamento può assumere, ed anzi di fatto assume, due atteggiamenti tra loro opposti, a seconda che intenda privilegiare la *prospettiva individuale* del diritto soggettivo di credito, o, rispettivamente, quella, *collettiva*, della garanzia patrimoniale. Nel primo caso, si tratta di enfatizzare le prerogative, appunto individuali, riconosciute al singolo creditore, come pure al debitore, al sollecito esercizio delle quali finisce per essere affidata la concreta destinazione del valore del patrimonio tra i diversi creditori, e dunque, correlativamente, la ripartizione delle perdite, la quale pertanto, lungi dal risultare predeterminata dal legislatore, rappresenterà l'esito, per certi versi casuale, e comunque disordinato, delle concrete scelte individuali di costoro: ed è ciò che mostra di fare la disciplina generale delle obbligazioni, che, ricollegando all'insolvenza del debitore la decadenza

dal termine, e dunque la scadenza di tutti i suoi crediti (art. 1186 c.c.), consente ai titolari di questi ultimi di esercitare immediatamente l'azione esecutiva, se non anche di consolidare, istantaneamente, gli eventuali pagamenti effettuati dall'insolvente, rendendoli irrevocabili, e proprio in quanto relativi a debiti ormai e per definizione (seppure per legge) scaduti (art. 2901, 3° co., c.c.).

Nel secondo caso, invece, l'ordinamento si pone l'obiettivo di regolare, e cioè di ordinare, la distribuzione del complessivo valore del patrimonio, e dunque, specularmente, la ripartizione della complessiva perdita tra i diversi creditori: al qual fine si rende necessario non soltanto prevedere un criterio, tendenzialmente rigido, per quanto non necessariamente gerarchico, volto ad individuare almeno la misura, se non addirittura il momento, della soddisfazione dei singoli crediti; ma anche, e prima ancora, e proprio al fine di permettere l'operatività di discipline e meccanismi collettivi, di neutralizzare le prerogative riconosciute individualmente a ciascun creditore, come pure al debitore: ed è proprio questo l'atteggiamento assunto dall'ordinamento al fine di regolare le crisi di impresa, la disciplina della quale, pur articolandosi in una serie di procedure tra loro anche sensibilmente diverse, prevede, in ogni caso, il blocco delle azioni esecutive dei creditori e, rispettivamente, il divieto di pagamenti da parte del debitore.

5 Autonomia privata e accordi procedimentali

La distinzione tra la *rilevanza individuale* e, rispettivamente, *collettiva* degli interessi da regolare, se, da un lato, vale a configurare gli strumenti del *negozio* e, rispettivamente, del *procedimento* come tra loro logicamente alternativi, non impedisce, dall'altro, di riconoscere, pur nell'ambito di discipline procedimentali, spazi significativi, ed anzi tendenzialmente crescenti, alle soluzioni concordate, fondate cioè sull'*autonomia privata*: la quale, tuttavia, in tal caso si volge ad auto-regolamentare *interessi* che, per quanto pur sempre *privati*, assumono una rilevanza non già individuale, ma *collettiva*, ed a farlo, allora, non già mediante il tradizionale strumento del negozio, e segnatamente del contratto, ma attraverso *accordi procedimentali*.

Si profila, dunque, una differenziazione tra *due forme di autonomia privata, negoziale* e, rispettivamente, *procedimentale*, che, come appare evidente dal confronto, sollecitato da ragioni di contiguità almeno funzionale, tra il contratto di cessione dei beni ai creditori e l'accordo, procedimentale, tra i creditori sul quale è incentrato il procedimento di concordato, si distinguono tra loro sotto una pluralità di profili, tutti rilevanti.

Si pensi, in ordine alla dimensione genericamente definibile come strutturale, da un lato alle *tecniche di partecipazione* del singolo all'atto di autonomia, le quali, nel caso del *negozio*, sono tipicamente rappresentate dalla *manifestazione del consenso*, cioè della volontà, delle parti, mentre

in quello degli accordi procedimentali dall'*espressione del voto* su una proposta predeterminata; e, dall'altro, con specifico riguardo agli atti bilaterali o plurilaterali, alle diverse *regole di organizzazione*, si direbbe di combinazione, della partecipazione delle diverse parti (al rispetto delle quali la legge subordina il perfezionamento dell'atto di autonomia, vale a dire la produzione della relativa regola): al qual fine, in ordine al negozio, si richiede il *consenso unanime* delle parti, mentre, per quanto riguarda gli accordi procedimentali, si ritiene sufficiente il raggiungimento di una *maggioranza di voti favorevoli* alla proposta, se non addirittura il mancato raggiungimento di una maggioranza di voti contrari alla stessa, come accade in presenza di meccanismi di silenzio-assenso (ora nuovamente circoscritti, come nel sistema originario, al concordato fallimentare); la previsione di tali meccanismi, si noti, se effettivamente accentua il carattere procedimentale dell'accordo, vale a dire la rilevanza collettiva degli interessi che esso è diretto a regolare, non attenua affatto, ma anzi rafforza il ruolo al riguardo riconosciuto ai privati, finendo dunque per esprimere non già una tendenziale pubblicizzazione, ma, tutto al contrario, una ancora più marcata privatizzazione della relativa disciplina: la quale, risolvendosi in un ampliamento del potere della maggioranza della collettività dei creditori, richiede semmai un parallelo incremento della tutela degli interessi, anch'essi pur sempre privati, riconducibili alla loro minoranza.

Passando al piano funzionale degli *effetti*, diversi sono, nei due casi, i presupposti e l'ambito di efficacia dell'atto di autonomia: quella del negozio, infatti, da un lato riposa sulla sola volontà delle parti, che in vero è tendenzialmente libera di modellare il contenuto della regola privata, e dall'altro opera limitatamente ad esse; al contrario, non soltanto il *contenuto* degli accordi procedimentali deve risultare in ogni caso coerente con la funzione del procedimento medesimo, vale a dire, per quanto in particolare riguarda le discipline della crisi, con le regole alle quali l'ordinamento sottopone la ripartizione delle perdite, ma la loro *efficacia* da un lato richiede un intervento esterno, di regola nella forma di omologazione giudiziale, in funzione di integrazione della volontà dei privati, e dall'altro si dispiega, in forza del principio maggioritario, nei confronti dell'intera collettività chiamata ad esprimere il proprio voto sulla proposta.

La distinzione tra la rilevanza individuale del negozio e quella collettiva del procedimento e degli accordi procedimentali attraversa l'intero sistema delle procedure concorsuali: ed è proprio alla luce di siffatta distinzione che appare possibile, in particolare, da un lato differenziare tra loro gli *accordi di ristrutturazione dei debiti* e il *concordato preventivo*, e, dall'altro, distinguere, all'interno dei concordati, il ruolo riconosciuto alle *cause di prelazione* e, rispettivamente, al c.d. *diritto al rango*.

Quanto al primo profilo, può notarsi che tanto la figura degli accordi di ristrutturazione quanto quella dei concordati si caratterizzano per la compresenza di una dimensione procedimentale ed una genericamente

definibile come convenzionale, espressione, cioè, dell'autonomia privata: tuttavia mentre l'accordo di ristrutturazione assume, almeno di regola, e salvo la recente introduzione di figure ibride (e si pensi, in primo luogo, agli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari, ma anche alle convenzioni di moratoria di cui all'art. 182-*septies* l.fall.) la forma, individuale, di vero e proprio negozio, il concordato, invece, si caratterizza nei termini, collettivi, di *accordo procedimentale* di cui si diceva.

Quanto, in particolare, ai presupposti e all'ambito (soggettivo) di operatività dell'*efficacia*, il *concordato* è approvato a *maggioranza dei voti* e sottoposto all'*omologazione* da parte del tribunale, e cioè ad un controllo, di regola di mera legalità, all'esito positivo del quale risulta subordinata la sua efficacia nei confronti di *tutti i creditori anteriori*, e non soltanto di coloro che hanno espresso voto favorevole alla proposta.

Al contrario, l'*accordo di ristrutturazione* vincola, in via di principio, *esclusivamente* gli aderenti, vale a dire i soli creditori che hanno prestato, individualmente, il proprio *consenso* alla proposta del debitore (l'adesione risolvendosi in vero nella accettazione di quest'ultima), a ciò non ostando la circostanza che la legge, ai fini dell'*omologazione*, richiede che i creditori aderenti rappresentino una quota (minima) dell'intero passivo, che, nell'attuale sistema, risulta pari, in particolare, al sessanta per cento: una esigenza, quest'ultima, che non permette di affermare che tali accordi sono approvati a *maggioranza* (salva la già ricordata ipotesi di cui all'art. 182-*septies* l.fall.), ma solo, come è stato felicemente detto, che essi devono essere (o, meglio, possono essere omologati solo se risultano) stipulati *con una* *maggioranza* di creditori, o meglio con i titolari di crediti complessivamente almeno pari ad una determinata percentuale del passivo, laddove, si noti, la circostanza che a tal fine si richieda l'adesione di una *maggioranza*, per di più qualificata, di crediti, dipende da una libera scelta dell'ordinamento, che, in vero, ben si sarebbe potuto accontentare di una quota inferiore alla metà dell'intero passivo.

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti presentano dunque la configurazione, schiettamente *negoziale*, di atti di auto-regolamentazione di interessi individuali: a ciò non ostando né la circostanza che la loro efficacia risulta subordinata, o, meglio, differita all'iscrizione nel registro delle imprese, la quale pertanto assume, rispetto a tali effetti, il ruolo di condizione sospensiva legale, senza peraltro implicare alcun tipo di controllo (diverso da quello meramente documentale), oltre a quello di presupposto dell'operatività del c.d. blocco delle azioni esecutive; e nemmeno il fatto che, una volta omologati, essi risultano in grado di incidere sulla scadenza dei crediti dei non aderenti, nonché, per quanto limitatamente al già ricordato caso degli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari, sullo stesso importo di tali crediti: casi, questi ultimi, in entrambi i quali, si noti, non si assiste ad una estensione degli effetti dell'atto di autonomia nei confronti di terzi, quanto al riconoscimento (non già a tale atto, ma)

alla sua omologazione, e cioè ad un provvedimento giurisdizionale, dell' idoneità a produrre determinati effetti legali (analogamente, del resto, a quanto è a dirsi, in relazione al blocco delle azioni esecutive, a proposito dell'iscrizione dell'accordo nel registro delle imprese). Del resto, mentre il *contenuto* dell'accordo, pur dovendo in ogni caso risultare volto alla ristrutturazione dei debiti, risulta, in via di principio, lasciato alla discrezionalità delle parti, quello del concordato deve rispettare in ogni caso il principio della proporzionalità, e cioè della parità di trattamento, per quanto limitatamente, da un lato, ai crediti non privilegiati, o comunque alla parte di quelli privilegiati non coperti dal valore del bene vincolato, e, dall'altro, ai crediti appartenenti alla medesima classe.

Ma è in ordine ai rapporti tra atto di autonomia privata e procedimento che la differenza tra le figure in esame emerge con particolare evidenza: l'*accordo di ristrutturazione dei debiti*, e proprio in quanto negozio, si conclude, infatti, *prima ed al di fuori* del procedimento, e la relativa disciplina si volge a disciplinare non già la conclusione, ma unicamente l'iscrizione e l'omologazione di un negozio già perfezionato; al contrario, l'*accordo procedimentale* che caratterizza il *concordato* si perfeziona *all'interno* del relativo procedimento, il quale regola tanto la proposta quanto l'accettazione, contribuendo in particolare a far assumere ad entrambe la rilevanza, collettiva e procedimentale, di altrettante fasi del procedimento.

6 Cause di prelazione e diritto al rango nella disciplina dei concordati

La medesima differenziazione tra *rilevanza individuale e collettiva* appare decisiva, come si diceva, anche al fine di distinguere, nell'ambito del concordato preventivo, tra il ruolo riconosciuto alle *cause di prelazione*, e al relativo *ordine*, e, rispettivamente, al c.d. *diritto al rango*, vale a dire alla pretesa a vedersi destinato, all'esito dell'esecuzione della proposta di concordato, un valore almeno pari a quello che, nel caso di liquidazione, sarebbe spettato in ragione della posizione occupata dal credito nell'ambito del ben diverso *ordine di graduazione dei crediti*, e, più in generale, di *distribuzione dell'attivo*, per tale intendendosi il complesso di regole, gerarchiche, destinate a disciplinare la ripartizione del valore ricavato dalla liquidazione del patrimonio del debitore non solo tra i suoi creditori, ma tra costoro e il medesimo debitore, come pure tra i primi e i soci della società debitrice.

La legge, infatti, se da un lato esclude l'idoneità della proposta approvata dalla maggioranza dei creditori ad incidere sui crediti assistiti da cause di prelazione, quantomeno nei limiti del valore del bene vincolato, come pure ad alterare l'ordine delle stesse, beninteso nell'eventualità, l'unica in cui esso è destinato ad operare, in cui sul (valore del) medesimo bene insista una pluralità di tali cause; dall'altro, tuttavia, non richiede che la pro-

posta riproduca fedelmente gli esiti che deriverebbero dall'applicazione delle regole di distribuzione dell'attivo, in coerenza con la circostanza che queste ultime, e proprio in quanto dirette a disciplinare la suddivisione di un valore liquido, o meglio liquidato, e per ciò solo oggettivamente determinato, non risulta applicabile, almeno in via diretta, in una ipotesi, quella appunto di concordato, in cui la maggioranza dei creditori è chiamata, al fine di valutare la convenienza della proposta, a confrontare il trattamento dalla stessa previsto con il valore che sarebbe stato loro destinato all'esito di una ipotetica liquidazione del patrimonio: un valore, quest'ultimo, solo stimato, che cioè costituisce, a sua volta, l'esito di una valutazione.

In particolare, la sussistenza di una *causa di prelazione* vale a conferire al relativo credito una *rilevanza individuale* sia dal punto di vista *oggettivo* sia da quello *soggettivo*: non solo, infatti, tale posizione risulta estranea alla competenza della maggioranza dei creditori, la quale non è legittimata a disporre né del suo ammontare né della sua scadenza (salva, quanto a quest'ultima, la moratoria prevista in materia di concordato con continuità aziendale dall'art. 186-bis, co. 2, lett. c), l.fall.); ma il suo titolare, al quale spetta, in via esclusiva, il potere di disporre, deve ritenersi a sua volta estraneo alla collettività dei creditori chiamata ad esprimersi sulla proposta: ed è proprio in forza di siffatta estraneità che costui risulta privo del potere di contribuire, attraverso il voto, alla sua approvazione.

La posizione individuale riconosciuta al creditore privilegiato si riferisce alla destinazione di un valore pari all'intero importo nominale del credito o comunque almeno corrispondente a quello, minore, del valore del bene vincolato, sempre che quest'ultimo risulti da una perizia giurata: la riforma organica delle procedure concorsuali, al fine di rispecchiare gli esiti della liquidazione fallimentare, ha infatti reso possibile una "collettivizzazione" del credito privilegiato, seppur limitatamente, come detto, alla parte del credito non "coperta" dal (valore del) bene vincolato; si assiste, in tal modo, ad una sorta di sdoppiamento di un credito, quello appunto privilegiato, originariamente unitario, ed unitariamente individuale, in due diverse posizioni, l'una, tuttora individuale, relativa al valore coperto dalla garanzia, e l'altra, quella corrispondente all'eccedenza, invece collettiva, e cioè sottoposta ad un trattamento analogo a quello previsto per i crediti chirografari: da un lato, infatti, essa rientra nella competenza della collettività dei creditori, che risulta legittimata ad approvare a maggioranza una proposta che preveda il pagamento in percentuale di tale eccedenza, dall'altro, e parallelamente, nell'ambito di siffatta collettività risulta ricompreso lo stesso creditore privilegiato, al quale si riconosce il diritto di voto sulla proposta, beninteso in misura corrispondente all'importo dell'eccedenza.

La possibilità di sottoporre a trattamenti tra loro diversi i creditori del medesimo rango, previa suddivisione in classi, e l'applicazione all'interno di queste ultime del principio maggioritario, vale invece ad esprimere l'intenzione dell'ordinamento di riconoscere al *diritto al rango* una *rilevanza*

collettiva: la singola classe di creditori ha infatti il potere di disporre a maggioranza di tale diritto, e cioè, più concretamente, del valore ad esso corrispondente, vale a dire di rinunciare, anche, deve precisarsi, a favore di creditori di rango inferiore, risultando in vero irrilevante, una volta ammessa la legittimità di siffatta rinuncia, chi poi finisca per beneficiarne.

Più precisamente, la legge circoscrive la possibilità di far valere la violazione del diritto al rango, e cioè di contestare la legittimità di una proposta diretta a distribuire il valore del patrimonio del debitore in termini diversi, e più penalizzanti, rispetto a quelli che sarebbero derivati dalla sua liquidazione effettuata in conformità delle regole di distribuzione dell'attivo, da un lato al singolo creditore appartenente ad una classe dissenziente, nella quale cioè non si sia raggiunta la maggioranza (semplice) di voti favorevoli alla proposta, e, dall'altro, ai creditori dissenzienti rappresentanti il venti per cento dell'intero passivo ammesso al voto, ma, stando almeno alla lettera della legge, limitatamente al caso di approvazione di una proposta di concordato preventivo che non preveda la formazione delle classi; potrà anche interpretarsi estensivamente quest'ultima disposizione, nel senso in particolare non solo di applicarla al concordato fallimentare, ma di riconoscere la prerogativa in parola anche al venti per cento dei creditori dissenzienti appartenenti ad una classe consenziente, ma è certo che essa non spetta al singolo creditore dissenziente, a meno che il suo credito non rappresenti il venti per cento di quelli ammessi al voto: il che vale di per sé ad assegnare al diritto al rango una rilevanza appunto collettiva, nel senso che di esso risulta legittimata a disporre comunque la maggioranza, a seconda dei casi dell'intero passivo o della singola classe, sia pure quella pari a più dell'ottanta per cento dei rispettivi crediti.

D'altra parte, se è vero che il raggiungimento di una maggioranza di voti favorevoli alla proposta, per quanto sensibilmente rafforzata, appare di per sé sufficiente a legittimare la rinuncia al valore corrispondente al rango del credito, è altrettanto vero che a questo fine si richiede pur sempre, e prima ancora, il voto favorevole almeno della maggioranza semplice dei crediti del rango in questione. A sua volta, la circostanza che il diritto al rango risulta bensì disponibile, ma solo da parte della maggioranza dei relativi crediti, comporta che, in presenza di crediti di ranghi tra loro diversi, la loro suddivisione in altrettante classi, corrispondenti a ciascuno di essi, deve ritenersi non soltanto facoltativa, ma in ogni caso *necessaria*: ed è proprio in siffatta necessità che si risolve la tutela prevista per tale diritto, la quale non implica la fissazione di limiti al potere della maggioranza, ma si esaurisce nella fase, (crono-)logicamente e procedimentalmente anteriore, della *formazione delle classi*, e cioè della predeterminazione dell'ambito nel quale tale potere, e dunque il principio maggioritario del quale esso costituisce espressione, è destinato ad operare, in coerenza con la rilevanza appunto collettiva che la legge mostra di riconoscere all'interesse nel quale il diritto al rango prende forma.

La gestione delle crisi bancarie

La tradizione italiana e le nuove regole europee

Lorenzo Stanghellini
(Professore ordinario di Diritto commerciale
nell'Università degli Studi di Firenze, Italia)

Abstract The Directive No. 59/2014/UE has been recently transposed in Italy to the effect of introducing a completely new set of rules to handle bank crises. Despite being a significant leap forward with respect to the previous legal framework, the new rules are to be regarded as the arrival point of a process that started to display its effects in Italy long before the financial crisis. The flaws of the traditional approach to bank crises based on a state-supported sale of the troubled business had already been severely stressed by the increasingly stringent EU requirements on State aid (only temporarily relaxed during the global financial havoc, when a wave of bail-outs crossed Europe) and the changes occurred to the banking business model that had reduced space for market solutions to crises. Building on that experience and on the political decision of banning the use of taxpayers funds to solve future bank crises, the new rules rest on a clear political choice: the preservation of financial stability needs to be pursued through tools that allocate losses to investors (rather than taxpayers), as it ordinarily happens in case of failure of a non-financial business. The solutions envisaged to achieve this goal – besides strengthening the tools already existing – overcome the traditional view that insolvency tools affect exclusively the debtor's assets, without interfering with the corporate entity. It is not yet clear whether this framework will satisfactorily achieve its intended goal. Yet it is interesting to explore how Italian banks and investors have reacted and what is probably next.

Sommario 1 Premessa. – 2. L'esperienza della gestione delle crisi bancarie in Italia. – 3. La crisi finanziaria globale: i salvataggi pubblici come conseguenza dell'assenza di regimi efficienti per la gestione dei dissesti delle banche. – 4. La crisi finanziaria globale (segue): l'impatto indiretto sul modello italiano di gestione dei dissesti delle banche. – 5. Le reazioni internazionali alla crisi finanziaria. – 6. L'evoluzione del diritto fallimentare e il *bail-in*: dal patrimonio alla persona giuridica. – 7. L'intervento europeo in materia di gestione delle crisi bancarie. – 8. La risoluzione: struttura, obiettivi e principi. – 9. La risoluzione (segue): pianificazione e "MREL". – 10. La risoluzione (segue): i presupposti e la decisione. Il "write-down risolutivo". – 11. La risoluzione (segue): gli strumenti. – 12. Questioni aperte. Interrogativi.

1 Premessa

Con due decreti legislativi gemelli, approvati con alcuni mesi di ritardo rispetto al termine previsto dalla Direttiva n. 59/2014/UE, l'Italia ha introdotto nel proprio ordinamento nuove regole in materia di gestione delle

Il presente scritto riproduce, con l'aggiunta delle note, la relazione tenuta al Seminario *Il Meccanismo di risoluzione unico*, tenutosi presso la Banca d'Italia il 2 ottobre 2015. Ringrazio Iacopo Donati e Andrea Zorzi per i loro utilissimi commenti e spunti, dei cui riflessi nel presente lavoro essi non sono in alcun modo responsabili.

crisi bancarie¹. Tali regole, assieme al Regolamento (UE) n. 806/2014, che crea un meccanismo unico di gestione delle crisi delle banche dell'Eurozona (su cui si veda *infra*, par. 7), costituiscono un sistema normativo del tutto nuovo, destinato ad avere grande impatto pratico in futuro.

Descriveremo i dettagli di questo sistema più avanti. Prima di procedere, tuttavia, è necessario tentare di collocare le nuove regole nel quadro della storia italiana delle crisi bancarie. Solo ripercorrendo tale storia, complessivamente positiva, si comprenderà perché il precedente quadro normativo si fondava su presupposti ormai venuti meno e perché, dunque, il cambiamento era inevitabile. I motivi ispiratori e la filosofia di fondo della riforma risulteranno così più chiari.

2 L'esperienza della gestione delle crisi bancarie in Italia

Come in tutto il mondo, anche nel nostro paese le crisi bancarie non sono mai mancate. Esse sono peraltro sempre state gestite in maniera ordinata, in modo tale da preservare la stabilità del sistema. Ciò secondo alcuni modelli e in attuazione di alcuni criteri fondamentali.

Il modello principe di gestione delle crisi, almeno per la massima parte delle crisi bancarie che hanno avuto luogo in Italia, è stato quello della cessione dell'azienda bancaria in esercizio, modello tradizionalmente seguito anche negli Stati Uniti². In sostanza, la crisi veniva risolta mediante la immediata cessione degli sportelli bancari ad un acquirente, reperito sul mercato, il quale assumeva sia le attività, sia le passività della banca in dissesto, assicurando la continuità aziendale, benché in capo a un soggetto diverso dalla banca in crisi (continuità aziendale indiretta). È importante notare che, per quanto concerne le passività, queste venivano assunte dal cessionario (solvibile) in modo integrale, senza quindi perdite non solo per i depositanti, ma per alcuno dei creditori. All'operazione di cessione, infatti, si accompagnava il sostegno pubblico, che portava alla copertura dello sbilancio, cioè alla copertura della differenza tra le attività cedute e le passività assunte, che erano normalmente superiori alle attività.

Nel corso del tempo, tale sostegno ha dapprima assunto la natura di sostegno indiretto, sotto forma di finanziamento a tassi agevolati concessi dalla Banca d'Italia in forza di un decreto del 1974 del ministro del Tesoro, detto "Decreto Sindona" per il fatto di essere stato adottato in occasione

1 D.lgs. 16 novembre 2015, nn. 180 e 181.

2 J. ARMOUR, *Making Bank Resolution Credible*, ECGI Law Working Paper N° 244/2014 (febbraio 2014), p. 7 ss., che descrive il sistema della bank receivership gestito dalla Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2393998.

della soluzione della crisi della Banca Privata Italiana³; poi (con alcune eccezioni) ha assunto la forma di sostegno diretto da parte di soggetti istituzionali, principalmente il Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi o l'omologo sistema di tutela previsto, per esempio, per le banche cooperative⁴.

Alcuni segnali di crisi di questo modello di gestione delle crisi bancarie cominciarono, tuttavia, già ad emergere nel 1996 con la crisi del Banco di Napoli. Tale crisi, per le sue dimensioni, non consentì di procedere con gli schemi classici o, comunque, indusse a non farlo. Si scelse quindi una strada diversa, quella appunto della continuità aziendale *diretta*, cioè della continuazione dell'attività ad opera dello stesso soggetto giuridico, risanato anche grazie alla cessione di attività deteriorate (principalmente crediti in sofferenza) a un veicolo societario costituito *ad hoc*, normalmente denominato "bad bank". Si tratta di una soluzione che, da un punto di vista sistematico, appare particolarmente rilevante, poiché anticipa, sotto vari aspetti, alcune scelte fondamentali compiute nel disegno dello strumento del *bail-in*. Ad ogni modo, diversamente da quanto si dirà più avanti per il *bail-in*, la soluzione messa in atto per gestire la crisi del Banco di Napoli si avvale del sostegno pubblico, sotto forma di versamenti in conto aumento del capitale sociale fatti dal Ministero del Tesoro sulla base di un apposito decreto-legge⁵. Tale aiuto riuscì a passare indenne attraverso le forche caudine delle istituzioni europee, il cui vaglio sugli aiuti di stato iniziava ad assumere carattere più rigoroso solo in quegli anni pur rimanendo, ancora, alquanto benevolo se comparato con l'attuale intransigenza.

L'esperienza della crisi del Banco di Napoli mise, però, in luce un problema connesso con la gestione delle crisi bancarie in continuità che, come si dirà più avanti, il *bail-in* si propone di risolvere. Infatti, gli azionisti del Banco di Napoli tentarono di sostenere che il contributo pubblico, ripianando il *deficit* patrimoniale della banca, dovesse andare a loro vantaggio e, pertanto, l'operazione avesse leso il loro diritto di rimanere azionisti del Banco di Napoli. Più precisamente, gli azionisti sostenevano che i versamenti pubblici dovessero ricomprendersi nei mezzi propri della società e,

3 Si tratta del decreto del Ministro del tesoro 27 settembre 1974, che consentiva alla Banca d'Italia di concedere anticipazioni per 24 mesi a tasso agevolato alle banche che intervenivano assumendo attività e passività nell'ambito di procedure di liquidazione coatta amministrativa.

4 La natura pubblica di tali soggetti è stata affermata, in ragione dell'obbligatorietà dei contributi degli aderenti e del ruolo svolto dalla Banca d'Italia nell'utilizzo di tali fondi (benché costituiti con risorse private), dalla Commissione europea, che ha condannato l'Italia per aiuti di stato illegittimi nel caso del salvataggio di Tercas (decisione 23 dicembre 2015, resa pubblica ma il cui testo non è ancora disponibile: si veda http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6395_it.htm). La decisione è stata impugnata dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea dalla Banca d'Italia e dal Fondo interbancario di garanzia dei depositi.

5 D.l. n. 163/1996. Il decreto legge non venne convertito, ma i suoi effetti vennero fatti salvi dalla l. 19 novembre 1996, n. 588.

pertanto, fossero da imputare in primo luogo a copertura delle perdite. In sostanza, secondo gli azionisti del Banco di Napoli, l'intervento pubblico aveva l'effetto di risanare la banca, rimuovendo lo sbilancio tra attivo e passivo, con la conseguenza che l'esclusione dei "vecchi" soci doveva ritenersi illegittima. La controversia giunse, nel 2005, a un'importante pronuncia della Cassazione che respinse, con decisione, le domande degli azionisti argomentando sulla base della sussistenza di un vincolo di destinazione all'aumento di capitale che avrebbe impedito un utilizzo del contributo pubblico, benché già erogato ed entrato nel patrimonio sociale, per la copertura del deficit patrimoniale del Banco di Napoli⁶.

Il processo in corso, già in parte intuibile da quella pronuncia della Cassazione, ha subito una brusca accelerazione con la crisi finanziaria, che ha portato a una rivoluzione delle prospettive.

3 La crisi finanziaria globale: i salvataggi pubblici come conseguenza dell'assenza di regimi efficienti per la gestione dei dissesti delle banche

La crisi ha impartito varie, durissime lezioni. Due spiccano ai nostri fini. La prima è che è necessario disporre di sistemi normativi speciali per la gestione del dissesto degli intermediari finanziari. Le ordinarie procedure di insolvenza, presenti in moltissimi paesi anche con ordinamenti avanzati, non sono infatti adeguate a questo scopo. Quando la crisi finanziaria esplose, l'Italia aveva già a disposizione la procedura di liquidazione coatta amministrativa, mentre altri paesi non avevano procedure speciali per gli intermediari finanziari, che consentissero di mantenere la continuità delle loro funzioni evitando effetti sistemici.

La seconda è che ogni inadeguatezza nel quadro normativo deputato ad affrontare la crisi degli intermediari finanziari si traduce inevitabilmente nella necessità di un sostegno pubblico (o di un maggior sostegno pubblico). Ciò perché, di fronte all'alternativa scarsamente attraente tra, da un lato, provocare una crisi sistemica e, dall'altro, far pagare ai contribuenti i costi delle crisi bancarie, gli Stati hanno quasi sempre optato per la seconda, procedendo a ricapitalizzare le banche o dando loro sostegno in forma varia (ad esempio, fornendo garanzie sulle loro passività)⁷. Il conse-

6 Cass. 17 novembre 2005, n. 23269, in *Foro it.*, 2007, I, c. 919. Dato che l'oggetto di questo lavoro è la struttura dell'operazione di salvataggio, non si intende entrare, qui, nella *vexata quaestio* se le perdite del Banco di Napoli siano state correttamente stimate (cioè, in concreto, se i valori di cessione dei crediti deteriorati alla *bad bank* SGA fossero o meno congrui).

7 Ciò non venne fatto nel caso di Lehman Brothers, che entrò nella procedura di Chapter 11 il 14 settembre 2008, provocando conseguenze di panico sistemico mondiale che, a

guente trasferimento al contribuente di perdite private, come sono quelle generate da società per azioni o comunque da società che esercitano un'attività di impresa, è stato attuato in via emergenziale nei momenti più drammatici della crisi, nella consapevolezza delle ben più gravi conseguenze che sarebbero scaturite da una gestione non ordinata delle crisi bancarie che, una dietro l'altra, si susseguirono. Tuttavia, la socializzazione delle perdite è stata ritenuta, per il futuro, politicamente ed economicamente inaccettabile⁸.

La presenza di un quadro normativo per la gestione delle crisi bancarie già sofisticato e le peculiarità del sistema bancario italiano, meno impegnato con attivi tossici e dotato di una base di depositi più ampia, oltre al relevantissimo debito pubblico italiano che ha disincentivato eventuali interventi, hanno fatto sì che l'impiego di risorse pubbliche in favore del sistema bancario durante gli anni della crisi finanziaria sia stato molto ridotto in Italia, e non abbia comportato fino a oggi perdite per il contribuente. Tuttavia, quello che è sembrato in un primo momento essere il concreto riconoscimento dell'atteggiamento "virtuoso" che (pur con rilevanti eccezioni) ha contraddistinto il sistema bancario italiano negli ultimi decenni, si è ben presto trasformato in una pesantissima eredità per le banche italiane. Queste ultime, non avendo beneficiato di aiuti pubblici a partire dal 2007 e trovando oggi ostacoli nell'accedervi per superare la loro debolezza, si sono trovate più esposte agli effetti dell'"onda lunga" della crisi finanziaria sull'economia reale⁹.

posteriori, hanno evidenziato come non sostenerla sia stato più costoso, e dunque sostanzialmente sbagliato. Si veda E. GALANTI (a cura di), *Cronologia della crisi 2007-2012*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica* della Consulenza Legale della Banca d'Italia, n. 72, Roma, maggio 2013, <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/quaderni-giuridici/2013-0072a/index.html>.

8 Negli ultimi anni si è sviluppata un'ampia letteratura sul tema degli effetti generati dalla concessione di un sostegno pubblico alle banche in crisi. In particolare, è stato evidenziato che l'aspettativa di un tale sostegno pone un incentivo per gli amministratori all'eccessiva assunzione di rischi. Inoltre, il legame che viene in tal modo a crearsi tra sistema finanziario e finanze pubbliche determina un meccanismo di *feedback* per effetto del quale la crisi di una banca di dimensione rilevanti rischia generare una crisi del debito sovrano dello stato in cui essa è stabilita, mentre una crisi del debito sovrano potrebbe trasmettersi al sistema finanziario poiché il mercato non potrebbe riporre adeguato affidamento in un intervento pubblico a sostegno delle banche nazionali che dovessero, eventualmente, entrare in crisi. Sul tema, si rimanda ampiamente a J. ARMOUR, J.N. GORDON, *Systemic Harms and Shareholders Value*, in *Journal of Legal Analysis*, 2014 (6.1), p. 35 ss.; S.L. SCHWARCZ, *Misalignment: Corporate Risk-Taking and Public Duty*, 92 *Notre Dame Law Review*, in corso di pubblicazione e reperibile all'indirizzo http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3510/.

9 Il mancato intervento pubblico a favore delle banche italiane negli anni della crisi finanziaria, allorché l'emergenza aveva reso le maglie degli aiuti di Stato larghissime, è stato da taluni giudicato miope, anche se le implicazioni di tale aiuto sarebbero state molto gravi per l'Italia dal punto di vista politico, in punto di limitazioni alla libertà di bilancio e di rapporti con le istituzioni europee e con gli altri Stati membri. Le banche italiane, non po-

4 La crisi finanziaria globale (segue): l'impatto indiretto sul modello italiano di gestione dei dissesti delle banche

A rendere definitivamente superato il tradizionale modello italiano di gestione delle crisi bancarie, basato sulla cessione dell'azienda bancaria in esercizio, hanno concorso due novità, maturate come conseguenza solo indiretta della crisi finanziaria, ma non per questo meno decisive.

In primo luogo, gli sportelli bancari, che dato il loro contingentamento vigente fino all'inizio degli anni Novanta (e i cui effetti si sono esauriti solo di recente) erano la ricchezza attraverso la quale si finanziava la soluzione della crisi in passato, oggi, in molti casi, non hanno più valore. Tutte le banche, anche quelle in salute, tendono ormai a ridurre la rete degli sportelli, trovando difficoltà e comprensibili resistenze, soprattutto dal lato del personale dipendente, in quest'opera di ridimensionamento. Raramente è, quindi, possibile trovare oggi banche che abbiano interesse a subentrare nella gestione degli sportelli di una banca in crisi.

In secondo luogo, le maglie degli aiuti di Stato, larghe durante la crisi finanziaria, si sono improvvisamente serrate con la Comunicazione della Commissione europea del 1° agosto 2013, che ha previsto, oltre ad una serie di paletti che discendono dai principi generali in tema di aiuti di stato, il cosiddetto *burden sharing*¹⁰. Con tale requisito si intende impedire che si possano coprire le perdite di una banca con fondi pubblici se gli investitori che hanno accettato il maggior rischio - quindi non solo gli azionisti, ma anche i possessori di obbligazioni subordinate - non hanno previamente assorbito la loro quota di perdite.

5 Le reazioni internazionali alla crisi finanziaria

Come si è accennato, la crisi finanziaria colse sostanzialmente impreparati quasi tutti gli stati, dato che nella massima parte di essi le banche erano

tendo avvantaggiarsi di un supporto pubblico in quegli anni, sono oggi tendenzialmente più deboli rispetto alle concorrenti europee. La crisi dell'economia reale, soprattutto a partire dal 2012, ha infatti colpito le banche italiane sul lato degli attivi, e i margini per porre in essere aiuti di Stato sono nel frattempo divenuti molto più ristretti. L'ammontare dei crediti deteriorati è progressivamente aumentato, con conseguenze potenzialmente molto gravi qualora la valutazione di tali crediti nei bilanci delle banche dovesse allinearsi, o anche solo avvicinarsi, al prezzo di mercato: N. JASSAUD, K. KANG, *A Strategy for Developing a Market for Nonperforming Loans in Italy*, IMF Working Paper WP/15/24 (febbraio 2015), <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2015/wp1524.pdf>.

¹⁰ Cfr. la Comunicazione sul settore bancario del 30 luglio 2013 della Commissione europea (2013/C 216/01), [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52013XC0730\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52013XC0730(01)).

soggette alle ordinarie regole di diritto societario e fallimentare. Da un lato, dunque, esse avrebbero potuto fallire ed essere liquidate, con conseguenze di panico, dall'altro lo Stato che voleva salvarle mediante l'immissione di capitale di rischio era paradossalmente costretto a chiedere il consenso degli azionisti. Ne conseguirono salvataggi mediante regole emanate *ad hoc*, che generarono grandi incertezze nel momento in cui furono posti in essere (soprattutto per i gruppi transnazionali, soggetti alla vigilanza di autorità diverse)¹¹, e dettero successivamente luogo a un pesante contenzioso¹².

Data la palese inadeguatezza delle norme ordinarie e la gravità delle conseguenze che ciò provocava, non tardarono ad affiorare prime reazioni nelle legislazioni nazionali di alcuni paesi. Il Regno Unito, in particolare, provò ad innovare radicalmente il sistema, prevedendo con il Banking Act 2009 una serie di strumenti c.d. "di seconda generazione"¹³, alcuni dei quali vedremo ripresi dalla Direttiva n. 2014/59/UE. Furono poi elaborati una serie di principi, che furono raccolti in un documento particolarmente sintetico e pregevole perché sintetico: i *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, che elenca le caratteristiche che un sistema normativo dovrebbe possedere per affrontare in modo efficace la gestione delle crisi degli intermediari finanziari¹⁴.

Il nuovo quadro normativo che iniziò, così, a delinarsi ebbe due sviluppi molto importanti. In primo luogo, venne dedicata una specifica attenzione alla prevenzione della crisi, sia mediante la pianificazione delle azioni che la banca deve intraprendere in caso di rischio di dissesto, sia mediante la previsione di strumenti incisivi di cui le autorità di vigilanza possono disporre nel caso tale rischio si materializzi, al fine di evitarne l'evoluzione in dissesto vero e proprio. Più precisamente, si impone che vengano esplicitamente presi in considerazione gli scenari che, date le sue specifiche caratteristiche strutturali e di *business*, l'intermediario potrebbe dover fronteggiare e, rispetto ad essi, si prepari un'ipotetica reazione che, se

11 B.J. ATTINGER, *Crisis Management and Bank Resolution. Quo Vadis, Europe?*, European Central Bank Legal Working Paper Series, n. 13 (dicembre 2011), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1972326.

12 Esempio è il caso della nazionalizzazione di Northern Rock, che ha dato adito alla pronuncia della Corte Europea dei diritti dell'uomo, 10 luglio 2012, causa *Grainger c. Regno Unito*, in *Riv. dir. soc.*, 2013, p. 715 ss., con nota di T. ARIANI, L. GIANI. Si veda altresì un resoconto della controversia nata dal salvataggio di Fortis Bank NV in E. HÜPKES, *Special bank resolution and shareholders' rights: balancing competing interests*, in *Journal of Financial Regulation and Compliance*, 2009 (17), p. 277 ss., *ivi* alla p. 280.

13 J. ARMOUR, *Making Bank Resolution Credible*, *cit.*

14 FINANCIAL STABILITY BOARD, *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, 2011: lo si veda all'indirizzo http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_111104cc.pdf.

ritenuta insufficiente dall'autorità, può portare all'emanazione da parte della stessa di ordini di fare o non fare, alla rimozione di amministratori, organi di controllo e manager, e al commissariamento.

In secondo luogo, si è prevista la pianificazione delle azioni che le autorità preposte alla gestione della crisi dovranno intraprendere in caso di dissesto vero e proprio, al fine di assicurarne la sua ordinata gestione qualora dovesse verificarsi. Di ciò parleremo più diffusamente nel seguito.

Tale ordinata gestione è, adesso, indicata da un nuovo termine, con cui dovremo familiarizzare: «risoluzione». L'inserimento di tale termine nel nostro vocabolario giuridico, benché inevitabile, non appare felice, perché esso possiede già una pluralità di significati sia a livello di linguaggio comune, sia a livello di linguaggio normativo¹⁵. Ciò implica che, nel nostro vocabolario, dobbiamo aggiungere a quelli già esistenti un ulteriore significato di “risoluzione”: quello dell'insieme di “attrezzi” di cui dispone l'autorità per gestire in modo corretto la crisi di una banca; ciò al fine di perseguire tre obiettivi tra loro interconnessi di cui si dirà *infra*, par. 8.

6 L'evoluzione del diritto fallimentare e il *bail-in*: dal patrimonio alla persona giuridica

Il concetto di risoluzione è nuovo anche dal punto di vista del contenuto, in quanto identifica una nuova modalità di gestione della crisi dell'intermediario finanziario. Uno dei suoi tratti caratterizzanti è quello di non rispettare più la persona giuridica, operando una decisa rottura con il tradizionale *modus operandi* del diritto delle crisi d'impresa. Il diritto fallimentare, come lo abbiamo visto evolversi nei secoli a partire dai comuni medievali, regolava infatti lo spossessamento del debitore (persona fisica o giuridica) dal suo patrimonio. Tale patrimonio veniva sottratto al debitore e veniva sottoposto ad una gestione finalizzata alla liquidazione, il cui ricavato era ripartito tra i creditori, secondo la gerarchia di legge.

Quando la forma societaria cominciò ad avere ampia diffusione, soprattutto per le grandi imprese, non si tardò a intuire che la gestione della crisi può utilmente avvalersi dello strumento societario. È così che nel 1800, nella gestione delle crisi che colpirono società americane operanti nel settore ferroviario, fece la sua apparizione l'istituto della riorganizzazione societaria: di fronte ad una ferrovia di migliaia di chilometri, l'alternativa della liquidazione, cioè della vendita all'asta, era impraticabile; la distruzione delle infrastrutture già costruite, d'altro canto, era insensata. Non

¹⁵ Sul tema mi sia consentito rimandare, più ampiamente, a L. STANGHELLINI, *La disciplina delle crisi bancarie: la prospettiva europea*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica* della Consulenza Legale della Banca d'Italia, n. 75, Roma, 2014, p. 147 ss.

essendovi acquirenti per l'attivo, si scelse di "vendere" l'attivo agli stessi soggetti che lo avevano finanziato, facendo quindi diventare azionisti i creditori attraverso un procedimento di riorganizzazione¹⁶. Allo stesso risultato si può giungere da alcuni anni anche in Europa, con riforme che, in vari stati e anche in Italia (art. 160, co. 1, lett. a), l.fall.)¹⁷, hanno consentito (con varie regole) la conversione dei crediti in capitale. Il "nuovo diritto fallimentare", se così si può chiamare, incide quindi sul soggetto in crisi (o *anche* sul soggetto in crisi), ricollocandolo sul mercato con una veste finanziaria nuova.

Nel solco di questa prospettiva, vedremo, si colloca il *bail-in*, strumento certamente controvertibile e che ha già dato adito ad accese polemiche e gravi interrogativi¹⁸, ma che a un esame più ravvicinato è meno rivoluzionario e dirompente di quanto comunemente si ritenga.

7 L'intervento europeo in materia di gestione delle crisi bancarie

L'intervento europeo, nell'ambito del contesto descritto, si è tradotto in due corpi normativi. Il primo è la Direttiva n. 2014/59/UE, la cosiddetta BRRD, che si applica a tutti i paesi dell'Unione Europea. Quasi in contemporanea, è stato adottato un secondo corpo normativo: il Regolamento UE n. 806/2014, direttamente applicabile, che, parallelamente al già istituito Meccanismo di Vigilanza Unico incentrato sulla collaborazione fra Banca Centrale Europea e autorità di vigilanza nazionali (Regolamento UE n. 1024/2013), istituisce il Meccanismo di Risoluzione Unico. Tale sistema si applica ai soli Paesi dell'Eurozona e ai Paesi che, pur adottando una moneta diversa dall'euro, aderiranno volontariamente all'Unione bancaria (paesi c.d. *opt-in*), ed è incentrato sulla collaborazione fra il *Single*

16 D.A. SKEEL, *Debt's Dominion: A History of Bankruptcy Law in America*, Princeton, Princeton University Press, 2001, p. 58 ss.

17 La norma in questione consente all'imprenditore di proporre ai suoi creditori «la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, acollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito».

18 Sui quali è chiamata a pronunciarsi la Corte di giustizia dell'Unione europea, causa C-526/14, *Kotnik e altri*, procedimento con cui la Corte costituzionale della Slovenia ha chiesto un'interpretazione pregiudiziale di alcuni aspetti del *bail-in*. Non costituisce invece un precedente nel senso della illegittimità dell'istituto, se correttamente letta (e si veda l'attenta analisi di G. GUIZZI, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie. Quale lezione da Vienna?*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1485 ss.), la pronuncia della Corte costituzionale austriaca del 28 luglio 2015.

Resolution Board, autorità di nuova istituzione con sede a Bruxelles, e le autorità di risoluzione nazionali. In tal modo, si istituisce quindi, per i paesi dell'Eurozona (e per gli eventuali paesi *opt-in*), un doppio livello nazionale/europeo, che ha in larga parte una componente procedurale, ma che coinvolge anche alcuni aspetti di natura sostanziale¹⁹.

La Direttiva ha due anime. La prima è un potenziamento degli strumenti di vigilanza, la seconda, invece, concerne la "risoluzione" vera e propria. Con riferimento alla prima, essa si pone in logica prosecuzione con l'attuale tendenza globale a rafforzare la vigilanza bancaria (da ultimo, in Europa, con la c.d. *Credit Requirement Directive*, n. 2013/36/UE, c.d. CRD IV)²⁰. Con il suo recepimento, ad opera del d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72, hanno fatto ingresso nell'ordinamento italiano strumenti che consentono all'autorità di intervenire in modo significativo sul soggetto vigilato. Nell'ambito degli strumenti di vigilanza, che resteranno per competenza alla Banca d'Italia nella sua veste di autorità di vigilanza e, per le banche di maggiore rilevanza, saranno invece di competenza della Banca Centrale Europea, la nuova disciplina si sviluppa in due direzioni fondamentali.

Il primo pilastro dei nuovi strumenti *di vigilanza* introdotti dalla BRRD è quello della pianificazione del risanamento: ogni intermediario dovrà redigere e mantenere aggiornato un piano di risanamento (artt. 69-ter ss. t.u.b., introdotti con il d.lgs. 16 novembre 2015, n. 181 con cui è stata recepita, insieme al d.lgs. n. 181/2015, la BRRD) che identifica le «*soluzioni opportune*» che lo stesso intermediario potrà porre in essere al fine di superare le possibili criticità in cui potrà trovarsi ad operare ed evitare, così, che si verifichi una situazione di rischio di dissesto «*attuale*» (ovverosia tale da legittimare un intervento di risoluzione). Strumento importante per conseguire il risanamento è poi, a livello di gruppo, quello degli accordi di sostegno finanziario infragruppo (artt. 69-*duodecies* ss. TUB): la norma legittima, a determinate condizioni, la stipulazione di accordi mediante i quali le società del gruppo, in modo reciproco o anche unidirezionale, si impegnano a prestarsi sostegno finanziario in caso di crisi che dia luogo al verificarsi dei presupposti dell'intervento precoce: ciò previa autorizzazione dell'autorità di vigilanza e qualora sia ragionevole ritenere che, grazie

19 In via di prima approssimazione, si può dire che il *Single Resolution Board* è competente per le banche sottoposte alla vigilanza della Banca Centrale Europea e per le banche appartenenti a gruppi con operatività transnazionale (v. art. 7 Regolamento UE 806/2014). Per un'analisi del *Single Resolution Mechanism* si rimanda ad A. DE ALDISIO, *La gestione delle crisi nell'unione bancaria*, in *Banca, impresa, soc.*, 2015, p. 391 ss. e O. CAPOLINO, *Banking Recovery and Resolution: riparto delle funzioni, compiti e responsabilità*, Rapporto sull'attività di ricerca condotta nell'ambito del PRIN 2010-2011, <http://www.regolazioneedimercati.it/regole-mercato>.

20 Direttiva n. 2013/36/UE del 26 giugno 2013 sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, recepita in Italia con d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72.

a tale sostegno, la stabilità finanziaria dell'intero gruppo possa essere preservata o ripristinata. È da notare che la relativa disciplina non prevede alcuna significativa deroga al diritto societario ordinario in materia di gruppi (art. 2497 ss. c.c.)²¹, ed è dunque ragionevole ritenere che tali accordi costituiscano una specifica attuazione (accompagnata da precise regole procedurali, fra cui l'approvazione assembleare dell'accordo, ex art. 69-*quaterdecies* t.u.b.) dell'obbligo di corretta gestione imprenditoriale e societaria da tali norme previsto a carico della società che esercita l'attività di direzione e coordinamento.

L'altro pilastro degli strumenti di vigilanza è il c.d. intervento precoce che, nella sua forma più forte, corrisponde a uno strumento già noto al nostro ordinamento: l'amministrazione straordinaria, che prevede la sostituzione degli organi amministrativi e di controllo e l'affidamento della gestione a commissari nominati dall'autorità²². Nei casi in cui l'autorità lo ritenga sufficiente al fine di evitare che la banca venga a trovarsi in una situazione di dissesto o di rischio di dissesto, l'intervento precoce potrà assumere forme meno invasive, potendo l'autorità limitarsi ad affiancare agli amministratori dei commissari (art. 75-*bis* t.u.b.), oppure indirizzare agli amministratori ordini di fare o di non fare (per esempio, di attuare il piano di risanamento che è stato redatto a suo tempo), oppure anche rimuovere amministratori e/o dirigenti (artt. 69-*octiesdecies* ss.). In sintesi, la vigilanza si traduce sia nella corretta pianificazione del risanamento, sia nella possibilità di un intervento precoce che, al verificarsi dei primi sintomi di una situazione di crisi dell'intermediario, impedisca che si materializzi una situazione di dissesto o di rischio di dissesto.

La parte più innovativa della BRRD, tuttavia, si trova nella sua seconda "anima", quella che disciplina la risoluzione, che mira a consentire l'ordinata gestione di una crisi che non si sia potuta evitare, appunto, mediante strumenti di preparazione o di intervento precoce. In questo caso, gli strumenti di gestione delle crisi sono posti nelle mani delle autorità (non di vigilanza, ma) di risoluzione, e dunque, a seconda dell'intermediario, nelle mani del *Single Resolution Board* o della speciale «Unità di Risoluzione e gestione delle crisi» costituita all'interno della stessa Banca d'Italia, designata autorità nazionale di risoluzione dall'art. 8, co. 1, lett. *d*), della l. 8 luglio 2015, n. 114.

21 L'unica deroga espressa, infatti, è quella relativa alla postergazione dei finanziamenti infragruppo (art. 2497-*quinquies* c.c.), che è disapplicata per il credito che deriva dal finanziamento concesso in attuazione di un accordo di sostegno finanziario infragruppo.

22 Il recepimento della BRRD ha lasciato sostanzialmente invariata la disciplina dell'amministrazione straordinaria, pur riducendone molto l'ambito operativo. L'elemento di maggiore novità derivante dal recepimento della Direttiva è rappresentato dalla possibilità che il commissario venga nominato anche in affiancamento, invece che in sostituzione, degli organi societari (art. 75-*bis* t.u.b.).

Nel campo degli strumenti relativi alla risoluzione si trova nuovamente la "pianificazione", che tuttavia ha natura radicalmente diversa da quella di cui si è parlato in precedenza: non si tratta, infatti, della pianificazione fatta *dall'intermediario* in relazione alle misure che esso potrebbe intraprendere all'occorrenza per evitare di cadere in uno stato di crisi (ad esempio, la dismissione di linee di business o la cessione di *assets* di incerto valore), ma della pianificazione fatta *dall'autorità* incaricata di gestire un'eventuale crisi dell'intermediario rispetto agli interventi che essa potrà attuare qualora tale eventualità si materializzi. La predisposizione di un piano di risoluzione (artt. 7 ss. d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180) presuppone tuttavia uno stretto dialogo con l'intermediario, necessario affinché l'autorità acquisisca da questo la conoscenza delle criticità che si potrebbero presentare nel momento in cui dovesse verificarsi una crisi.

Altro potere su cui ci si soffermerà, che si colloca in una posizione intermedia tra i poteri di intervento precoce e la risoluzione, è quello del *write-down*, che il legislatore nazionale ha tradotto come potere di riduzione e conversione degli strumenti di capitale (artt. 27 ss. d.lgs. n. 180/2015). Si tratta del potere dell'autorità di svalutare e convertire in azioni strumenti di capitale (e solo quelli) al fine di risolvere la crisi dell'intermediario, quando possibile, oppure per preparare la strada alla risoluzione. Più avanti, infine, esamineremo gli strumenti di risoluzione veri e propri, tra i quali spicca (ma non è l'unico) il *bail-in*.

8 La risoluzione: struttura, obiettivi e principi

Gli obiettivi cui mira la risoluzione sono vari, e risultano dall'articolo 31 della Direttiva, il cui contenuto, invero sovrabbondante e di non facile lettura, è stato ripreso con maggiore chiarezza e sintesi nell'art. 21 del d.lgs. n. 180/2015. Potremmo dire, sinteticamente, che l'obiettivo fondamentale della risoluzione è quello della ordinata gestione della crisi dell'intermediario che non sia stato possibile evitare con l'arsenale di strumenti che abbiamo sopra descritto. Ciò al fine di perseguire tre obiettivi tra loro interconnessi (ma non necessariamente tutti compatibili), definibili come "interesse pubblico": la minimizzazione dell'impatto del dissesto bancario sul sistema finanziario e sull'economia reale, la minimizzazione del costo per i depositanti, il mantenimento della stabilità del sistema economico-finanziario, sia in una prospettiva *ex ante*, sia in una prospettiva *ex post*. La tutela della stabilità "*ex ante*" viene perseguita inducendo negli intermediari comportamenti corretti, che correlino rischio e rendimento e non siano improntati ad azzardo morale (consistente nell'assunzione di alti rischi, con l'obiettivo di conseguire rendimenti elevati, ma nella consapevolezza che saranno altri a pagare le eventuali perdite). La tutela della

stabilità *ex post* viene invece perseguita quando la crisi è ormai insorta e deve essere ordinatamente gestita in modo da limitare o impedire il contagio sistemico.

La risoluzione – e questo è un punto che merita particolare enfasi – è una soluzione alternativa a quella delle procedure concorsuali. Il ricorso alla risoluzione indirizza la gestione della crisi bancaria verso un percorso diverso rispetto a quello che conseguirebbe all'utilizzo della procedura concorsuale ordinariamente applicabile (che, nel caso dell'Italia, è la liquidazione coatta amministrativa). Tale percorso, tuttavia, obbedisce ai medesimi principi delle procedure concorsuali tra cui, *in primis*, l'allocazione delle perdite secondo legge (dall'azionista al creditore meno garantito, per poi risalire nella gerarchia delle pretese).

La scelta tra risoluzione e procedura concorsuale ordinaria non dipende dal presupposto oggettivo, che è esattamente lo stesso (v. *infra*, par. 10). Essa dipende, invece, dalla necessità di assicurare adeguata tutela all'interesse pubblico, che come detto deve essere inteso sinteticamente come l'obiettivo della "stabilità del sistema finanziario" (cfr. art. 20, co. 2, d.lgs. n. 180/2015). Quando tale interesse manca, o risulta che esso può essere perseguito in misura altrettanto soddisfacente attraverso le ordinarie procedure di liquidazione (nel caso dell'Italia, mediante la liquidazione coatta amministrativa), la banca in crisi non può essere sottoposta a risoluzione. In questa ipotesi, appunto, si apre la liquidazione coatta amministrativa, la cui disciplina, prevista dagli artt. 80 ss. t.u.b., è rimasta sostanzialmente invariata anche a seguito del recepimento della BRRD.

Quali principi governano la risoluzione? Come può impattare sugli investitori il fatto che, anziché sottoporre la banca a liquidazione coatta amministrativa, si proceda alla sua risoluzione? Il principio chiave è una (sofferta) acquisizione della crisi finanziaria: le perdite dell'intermediario devono essere sopportate dagli investitori. Quindi, esse devono essere, in primo luogo, allocate sugli azionisti, che sono coloro che hanno apportato il capitale di rischio e, in secondo luogo, sui creditori, seguendo l'ordine delle pretese previsto dalla gerarchia fallimentare, ovviamente in senso inverso (ossia, partendo dai creditori di rango inferiore per arrivare ad allocare le perdite, se necessario, sui creditori di rango più elevato) e, seppure con qualche deviazione, nel rispetto della *par condicio*. Cancellati gli azionisti – vedremo poi come – si procede nell'allocazione delle perdite, colpendo prima i subordinati e poi gli altri creditori (per i depositanti è, però, necessario fare delle considerazioni diverse, su cui *infra*, alla fine di questo paragrafo).

Questa filosofia ispira appunto lo strumento del *bail-in*, termine che nasce in maniera abbastanza curiosa da una contrapposizione con il *bail-*

out, cioè il salvataggio con fondi esterni²³. Il termine “salvataggio interno” non a caso è utilizzato da alcune legislazioni e da un pregevole documento che la Banca d’Italia ha reso pubblico nel 2015²⁴. L’obiettivo è mantenere la banca in attività senza fare ricorso a un supporto proveniente dall’esterno, supporto che nella storia ha quasi sempre assunto le forme di un contributo pubblico.

Il secondo principio che ispira la risoluzione – ugualmente importante rispetto al principio dell’allocazione delle perdite sugli investitori – è quello secondo cui la sottrazione dal percorso ordinario delle procedure di insolvenza non può portare a un peggioramento delle condizioni dell’investitore. Le norme della BRRD (art. 34, par. 1, lett. g)), e la disciplina nazionale di recepimento (art. 22, co. 1, lett. c), d.lgs. n. 180/2015) sono chiare nello stabilire che nessuno degli investitori e dei creditori deve ricevere pregiudizio dalla risoluzione: si tratta del principio comunemente descritto come «*no creditor worse off*». L’azionista e il creditore possono dunque ricevere, nella risoluzione, un trattamento *identico o migliore* rispetto a quello che avrebbero ricevuto in conseguenza di una liquidazione concorsuale, mai peggiore. Se ciò non accade, chi risulti pregiudicato ha diritto a ottenere un indennizzo dal Fondo di risoluzione nella misura del pregiudizio subito, come determinato da un esperto indipendente dopo la conclusione dell’azione di risoluzione (art. 88 d.lgs. n. 180/2015, che recepisce l’art. 74 BRRD).

Un esempio chiarirà cosa significa allocare le perdite. Poniamo che la banca, per operare regolarmente, debba avere un patrimonio di 10²⁵. A causa di perdite, tuttavia, essa ha invece un *deficit*, quindi passività superiori alle attività, per 20. Per ripristinare un patrimonio adeguato deve pertanto essere reperito un ammontare pari a 30 “all’interno” (è questo il punto) della struttura finanziaria della banca. Con l’avvio della risoluzione si cancellano le azioni; in secondo luogo, si cancellano passività per 20, a partire da quelle di rango inferiore per poi salire a quelle di rango più elevato, nella misura necessaria a ripristinare la parità tra valore dell’attivo e passività, riportando dunque il patrimonio netto a zero. Dopodiché

23 La paternità di tale termine è solitamente riconosciuta a P. CALELLO, W. ERVIN, *From bail-out to bail-in*, in *The Economist*, 28 gennaio 2010 (<http://www.economist.com/node/15392186>).

24 *Che cosa cambia nella gestione delle crisi bancarie*, <http://www.bancaditalia.it/media/approfondimenti/2015/gestione-cri-si-bancarie/index.html>. Lo stesso termine si sta facendo strada anche in dottrina: cfr. O. CAPOLINO, *Banking Recovery and Resolution: riparto delle funzioni, compiti e responsabilità*, cit., p. 26 ss.

25 Al fine di rendere maggiormente comprensibile l’esempio, si è ritenuto di utilizzare il termine “patrimonio” in modo atecnico, senza entrare nel dettaglio della sua articolazione che, nel caso delle banche, è caratterizzata da un elevato grado di complessità: si veda il Regolamento (UE) n. 575/2013 del 26 giugno 2013, relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento.

l'ulteriore contributo, proveniente sempre dalla cerchia dei creditori della banca, porta il patrimonio netto fino a 10, non con una cancellazione, ma, questa volta, tramite la *conversione* delle passività in azioni, partendo dalle passività più subordinate che non siano state cancellate per effetto della prima operazione. Con la complessiva operazione di riduzione delle passività e di ricostituzione del capitale la banca torna ad essere solida dal punto di vista patrimoniale, potendo (quantomeno in teoria) rispondere alle proprie esigenze finanziarie operando, con mezzi ordinari, sul mercato²⁶.

Con riferimento a questa operazione, è necessario porsi una domanda: come sarebbero stati trattati il creditore e l'azionista in caso di liquidazione? A tale fine occorre rivolgersi all'ordinaria gerarchia tra i creditori (che è la stessa che viene seguita, come detto, nell'ambito della risoluzione). Sotto questo profilo, la Direttiva interviene con un altro "colpo di maglio" rispetto al sistema precedente: essa introduce la cosiddetta *depositor preference*, ossia una preferenza per alcuni depositanti che, nella gerarchia delle pretese, devono comunque essere preferiti rispetto ai creditori ordinari anche per la parte che eccede euro 100.000, che è il livello garantito dai sistemi di garanzia. Nell'ordinamento italiano, al fine di salvaguardare i depositanti, la scelta è stata quella di andare oltre a quanto imposto dalla Direttiva: l'articolo 91, co. 1-*bis*, t.u.b., modificato con il d.lgs. n. 181/2015, prevede infatti che *tutti* i depositi, quale che sia la loro natura e il loro importo (e dunque anche quelli che, in astratto e a prescindere dall'importo, non sarebbero nemmeno ammissibili alla copertura del sistema di garanzia dei depositi perché, ad esempio, effettuati da altre banche)²⁷, siano comunque preferiti rispetto ai crediti chirografari, inclusi quelli derivanti da obbligazioni ordinarie²⁸. È una scelta diversa, ma che porta a risultati non dissimili da quella fatta dalla Germania, che

26 L'esperienza, tuttavia, insegna che non è sempre così e che quasi sempre la risoluzione è seguita un intervento di sostegno della banca, ormai risanata dal punto di vista patrimoniale, effettuato mediante iniezioni di liquidità e/o concessione di garanzie. Tali forme di assistenza, tuttavia, non avrebbero potuto essere legittimamente realizzate, alla luce della disciplina sugli aiuti di Stato, se non fosse stata prima ripristinata la solvibilità della banca. In sostanza, la risoluzione non consente di per sé di risolvere il problema finanziario, ma pone le condizioni perché esso possa essere risolto. Di ciò diremo più avanti, nel testo.

27 Si veda l'art. 5 della Direttiva n. 2014/49/UE sui sistemi di garanzia dei depositi, di prossima attuazione nell'ordinamento italiano.

28 Occorre, tuttavia, considerare che la preferenza in favore dei depositanti, per la parte in cui non recepisce quanto già contenuto nell'art. 108 della Direttiva 2014/59/UE, si applicherà soltanto nell'ambito delle procedure di liquidazione coatta amministrativa e di risoluzione che saranno avviate a partire dal 1° gennaio 2019 (art. 3, co. 9, d.lgs. n. 181/2015). Fino a quella data, dunque, avranno priorità assoluta rispetto ai crediti chirografari i depositi protetti (quelli fino a euro 100.000 fatti da soggetti diversi da banche, enti pubblici ecc.), e priorità, ma dopo i depositi protetti, la parte eccedente euro 100.000 dei depositi fatti da persone fisiche, microimprese e PMI. Saranno invece equiparati ai crediti chirografari tutti gli altri depositi.

ha invece previsto una (sostanziale) subordinazione degli obbligazionisti rispetto ai depositanti²⁹, ma entrambe mirano verso l'obiettivo sostanziale di rendere remoto il rischio di colpire i depositi a causa dell'insolvenza della banca.

9 La risoluzione (segue): pianificazione e “MREL”

Occorre adesso descrivere, in maggior dettaglio, le norme che regolano la risoluzione, partendo dalla pianificazione. Come detto, la pianificazione è l'attività con cui l'autorità prevede, per l'eventualità di una crisi, gli strumenti che consentiranno, in considerazione delle specificità della banca e della situazione di crisi, di superare il dissesto preservando la continuità delle funzioni essenziali dell'intermediario.

La pianificazione della risoluzione è essenziale affinché i nuovi strumenti possano, in concreto, funzionare: la salvaguardia della stabilità finanziaria richiede che l'intervento su una banca in crisi avvenga in tempi rapidissimi e, in assenza di un'adeguata preparazione da parte dell'autorità in merito alle specifiche caratteristiche di ciascuna banca, la caratteristica complessità della struttura finanziaria e operativa delle imprese bancarie non consentirebbe di intervenire con prontezza. In altri termini, l'autorità deve predisporre per ciascuna banca “un piano di risoluzione” con lo scopo di evitare di dover “scoprire” le specificità della banca in dissesto o a rischio di dissesto il giorno in cui si materializza la crisi (allungando così i tempi di reazione): grazie al piano di risoluzione, che l'autorità prepara chiedendo informazioni che la banca è obbligata a fornire, in caso di crisi essa può intervenire in tempi brevi e con una asimmetria informativa ridotta. Anche se è illusorio pensare che l'autorità, in caso di crisi, possa semplicemente limitarsi ad attuare il piano di risoluzione preparato in anticipo, nondimeno questo assolve a una doppia funzione: individuare *ex ante* le difficoltà della gestione della crisi e (come si dirà più avanti, in questo paragrafo) consentire di ridurle, e dotare di un adeguato patrimonio informativo l'autorità per il momento in cui dovrà intervenire³⁰.

In secondo luogo, tali piani sono funzionali all'individuazione del

29 Sul tema, si veda anche A. GARDELLA, *Bail-In and the Two Dimension of Burden Sharing, in From Monetary Union to Banking Union, on the way to Capital Markets Union. New opportunities for European integration*, ECB Legal Conference, 2015, p. 205 ss., p. 218, nonché A. DE ALDISIO, *La gestione delle crisi nell'unione bancaria*, cit., p. 441.

30 Evidenzia tanto l'impossibilità che il piano di risoluzione sia semplicemente da attuare, quanto l'utilità del piano nel senso esposto nel testo, V. DE SERIÈRE, *Recovery and Resolution Plans of Banks in the Context of the BRRD and the SRM: Some Fundamental Issues*, in G. Ferrarini, D. Busch (a cura di), *European Banking Union*, Oxford, 2015, p. 336 ss.

«*minimum requirement for own funds and eligible liabilities*», o MREL, ossia del livello minimo di passività (incluso capitale, riserve e crediti) che possono essere sacrificate (ad esempio, nell'ambito del *bail-in*, mediante una cancellazione o una conversione in azioni) per assorbire eventuali perdite e che l'autorità impone a ciascuna banca di rispettare, in relazione alle sue caratteristiche specifiche e al contenuto del piano di risoluzione (art. 50 d.lgs. n. 180/2015). Quindi, se si prevede che, in caso di crisi, le perdite saranno fino ad un livello "x", la banca dovrà avere già fondi propri e passività ammissibili in misura sufficiente a coprire "x". Metaforicamente, si potrebbe dire che la banca deve già avere, prima di un'eventuale crisi, milizie pronte a sacrificarsi in misura sufficiente a mantenere la continuità delle funzioni essenziali. Sembra possibile prefigurare l'emergere, nel prossimo futuro, di una tensione, fra l'autorità da un lato e le singole banche dall'altro, in materia di determinazione del livello di MREL che ciascuna di esse deve raggiungere: l'emissione di passività ammissibili ha infatti un costo, poiché il titolare di una passività "sacrificabile" pretenderà un tasso di interesse maggiore. Dunque, l'imposizione di un livello di MREL più elevato per un intermediario sortisce l'effetto di porlo in una situazione di svantaggio competitivo rispetto ad un altro intermediario che, a parità di condizioni, sia tenuto a rispettare requisiti meno stringenti in termini di MREL.

Ciò rende non infondato il timore, da più parti evidenziato, che il nuovo quadro di gestione delle crisi bancarie si traduca in un incremento dei costi di provvista per gli intermediari finanziari. A ben vedere, tuttavia, ciò non discende dal nuovo sistema della risoluzione, ma costituisce l'inevitabile e conosciuta conseguenza dell'approccio che ha ispirato l'intervento del legislatore europeo: porre sui privati i costi delle crisi bancarie affinché tali costi non possano più, in futuro, gravare sui contribuenti. In sostanza, venuta meno l'implicita garanzia sovrana, il costo affrontato dalle banche per il loro finanziamento dovrebbe riflettere l'effettivo rischio.

Il terzo punto rilevante nell'ambito della pianificazione della risoluzione è quello della rimozione degli impedimenti alla risolvibilità della banca. Se nel corso della predisposizione del piano di risoluzione l'autorità accerta che, in caso di crisi, l'intermediario potrebbe difficilmente essere sottoposto a risoluzione, essa è legittimata a impartire ordini che possono incidere anche pesantemente sulla struttura e sull'attività dell'intermediario (art. 16 d.lgs. n. 180/2015). Tali ordini, infatti, possono avere ad oggetto modifiche alla struttura giuridica od operativa dell'intermediario e del gruppo cui esso appartiene (ad esempio, prescrivendo fusioni o scissioni), oppure incidere sull'attività economica da questo svolta (ad esempio, imponendo che certe linee di *business* vengano dismesse, o limitando determinate attività in via temporanea o definitiva).

Il quarto punto, sempre relativo alla pianificazione della risoluzione,

è la creazione dei fondi di risoluzione, destinati ad operare come meccanismi di finanziamento della risoluzione³¹. Tale funzione, di grande importanza, è assolta, per i paesi dell'Eurozona (e gli eventuali paesi *opt-in*) soggetti al Meccanismo di Risoluzione Unico, dal *Single Resolution Fund*, previsto da un apposito accordo intergovernativo che prevede la costruzione progressiva, entro il 2024, di un fondo unico a disposizione del *Single Resolution Board*.

10 La risoluzione (segue): i presupposti e la decisione. Il “*write-down* risolutivo”

Dopo aver affrontato il tema della pianificazione, occorre soffermarsi sul percorso decisionale che porta a sottoporre una banca a risoluzione. I presupposti che devono sussistere perché si affronti la crisi con la risoluzione sono due. Il primo è che la banca versi in stato di dissesto o rischio di dissesto (art. 17, co. 1, lett. *a*), e co. 2, d.lgs. n. 180/2015). Ciò può verificarsi sia in caso di insufficienza patrimoniale, sia in caso di tensione finanziaria (che, ovviamente, per una banca è particolarmente preoccupante in considerazione della sua funzione), sia in caso di grave crisi gestionale. Il secondo presupposto è l'inesistenza di alternative, sia di mercato, quali ad esempio la vendita di un *asset* fondamentale che permetterebbe di risolvere la crisi, sia interventi di sistemi di tutela istituzionale la cui dotazione proviene da contributi volontariamente concessi dal sistema bancario (sistemi che si stanno facendo spazio anche in Italia alla luce degli strettissimi vincoli imposti dalla Commissione europea, che considera aiuti di Stato gli interventi dei fondi di garanzia costituiti con contributi obbligatori), sia infine azioni di vigilanza che consentano di superare la situazione di dissesto o rischio di dissesto (art. 17, co. 1, lett. *b*), d.lgs. n. 180/2015). Chiaramente, per poter escludere il presupposto della risoluzione, tali alternative devono essere praticabili “in tempi adeguati”. La locuzione “tempi adeguati” si presta, evidentemente, ad una valutazione discrezionale da parte dell'autorità, che potrà essere censurata in via giudiziale soltanto nei limiti e secondo i principi che regolano il sindacato sull'esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'autorità (nazionale o europea) che procede. Il contenzioso in merito alla sussistenza dei presupposti della risoluzione, che spesso seguirà all'esercizio di un'azione di risoluzione da parte dell'autorità, potrà essere fondato soltanto sulla palese irragionevolezza o contraddittorietà dell'*iter* logico seguito dall'au-

31 Sul tema, si veda più ampiamente C. HADJIMMANUIL, *Bank Resolution Financing in the Banking Union*, 2015, reperibile su <http://www.ssrn.com>.

torità di risoluzione³². Quando questi due presupposti si verificano, occorre decidere in quale “binario” deve essere indirizzata la banca: il binario delle procedure ordinarie di liquidazione (nel nostro caso, la liquidazione coatta) o quello della risoluzione.

Prima di questo, deve essere tuttavia valutato se è possibile superare il dissesto o il rischio di dissesto con un “*write-down* risolutivo”, ossia se la crisi (che ormai esiste ed è conclamata, essendo ormai superata la fase dell’intervento precoce) può essere risolta mediante la cancellazione e successiva conversione dei soli strumenti di capitale (quindi quelli computabili nel *Tier 1* o nel *Tier 2*, anche qualora non effettivamente computati), senza incidere sulle altre passività che non presentano le caratteristiche necessarie per poter essere computate nei “fondi propri” della banca (art. 20, co. 1, d.lgs. n. 180/2015). In sostanza, quando la banca si trova in una crisi che, seppur grave, può essere risolta semplicemente cancellando, in tutto o in parte, le azioni emesse dalla banca e convertendo i possessori di obbligazioni subordinate in azioni sino a quanto necessario per assicurare che il *Tier 1* torni al livello richiesto per operare, l’autorità deve procedere attraverso un *write down* senza sottoporre la banca a risoluzione. Potremmo dire che il *write-down* è una sorta di “fratello minore” del *bail-in*, che risponde agli stessi principi ma che ha presupposti meno stringenti, non essendo necessaria la sussistenza dell’interesse pubblico, come sopra identificato.

Quando, invece, il *write-down* non è possibile, oppure non è risolutivo perché la crisi non può essere risolta intervenendo soltanto sugli strumenti di capitale, allora la banca in crisi viene sottoposta a risoluzione se sussiste un interesse pubblico, oppure alla procedura di liquidazione coatta amministrativa se tale interesse pubblico manca (come accade, oltre a quando la stabilità sistemica non sia a rischio, anche quando essa possa essere adeguatamente preservata attraverso le procedure ordinarie).

L’elemento chiave ai fini della decisione di cui sopra è rappresentato dalla “valutazione” che precede l’esercizio del potere di *write down* o la risoluzione (art. 23 d.lgs. n. 180/2015): mediante la valutazione si accerta l’ammontare delle perdite, se il *write-down* possa essere risolutivo (nel qual caso, come detto, esso *deve* essere disposto) e quale debba essere il patrimonio della banca che sarà rimessa sul mercato (la stessa banca, o un soggetto che nasce dalle sue costole, come appunto una banca ponte, di cui *infra*, par. 11). La valutazione è molto complessa e deve avvenire ad opera di un valutatore indipendente che deve procedere ad una valu-

32 Inoltre, in considerazione degli interessi pubblici che vengono in rilievo nella disciplina della risoluzione bancaria, la legge prevede limiti ulteriori rispetto a quelli ordinariamente configurabili con riferimento al sindacato del giudice amministrativo. In particolare, è prevista una presunzione relativa di contrarietà all’interesse pubblico della sospensione dei provvedimenti di risoluzione (art. 95, co. 2, d.lgs. 180/2015).

tazione equa, prudente e realistica³³. In sostanza, il complesso processo decisionale relativo alla gestione della crisi di una banca può essere così descritto (art. 32 della BRRD, art. 19 ss. d.lgs. 180/2015 e art. 18 ss. Regolamento UE 806/2014):

- (1) l'autorità di vigilanza competente sulla specifica banca (la Banca Centrale Europea o la Banca d'Italia, quest'ultima anche nella sua qualità di autorità competente per la crisi), determina che la banca è in dissesto o a rischio di dissesto;
- (2) l'autorità di gestione della crisi competente sulla banca (il *Single Resolution Board* o la stessa Banca d'Italia, secondo la ripartizione di competenze operata dal Meccanismo di Risoluzione Unico di cui si è detto *supra*, par. 7) determina che non si possono ragionevolmente prospettare misure alternative (di mercato, di sistemi di protezione istituzionale o azioni di vigilanza), che permettano di superare la situazione di dissesto o rischio di dissesto in tempi adeguati.

Quando sussistono entrambi i presupposti, l'autorità di gestione della crisi competente per la banca:

- (3a) esegue un "write down risolutivo", ove ciò, anche in combinazione con l'intervento di terzi, sia sufficiente di rimediare allo stato di dissesto o di rischio di dissesto;
- (3b) se un "write down risolutivo" non è possibile o non è sufficiente, l'autorità compie una scelta fondamentale:
 - (3b1) apre la risoluzione, quando la risoluzione è necessaria e proporzionata per proteggere l'interesse pubblico (come sopra descritto) alla stabilità del sistema finanziario e la sottoposizione della banca a liquidazione coatta amministrativa non consentirebbe di realizzare questi obiettivi nella stessa misura;
 - (3b2) apre la liquidazione coatta amministrativa in tutti gli altri casi.

³³ La valutazione cui si fa qui riferimento è diversa dalla valutazione "successiva" che lo stesso o un altro esperto indipendente deve compiere successivamente all'attuazione dell'azione di risoluzione al fine di identificare eventuali lesioni del principio del *no creditor worse off* e, ove ravvisi violazioni di tale principio, quantificare il pregiudizio subito da ciascun investitore al fine della concessione di un indennizzo (art. 88 d.lgs. n. 180/2015). L'EBA ha pubblicato una bozza di norme tecniche volte a precisare i requisiti di indipendenza dell'esperto e il contenuto della valutazione (<http://www.eba.europa.eu/regulation-and-policy/recovery-and-resolution/regulatory-technical-standards-on-independent-valuers>).

11 La risoluzione (segue): gli strumenti

Compiuta la valutazione e sottoposta la banca a risoluzione, l'attuazione della risoluzione si basa su strumenti che hanno due grandi filosofie, non alternative.

La prima filosofia è basata sulla cessione dell'azienda bancaria. La cessione dell'attivo e del passivo ad un acquirente sul mercato è, come abbiamo visto sopra, la forma tradizionale della nostra storia di gestione delle crisi bancarie. Nel contesto della risoluzione, tuttavia, tale cessione può avvenire, oltre che in favore di un acquirente sul mercato, anche in favore di una banca ponte (*bridge bank*, o ente ponte per seguire la terminologia italiana, cfr. artt. 42 ss. d.lgs. n. 180/2015), se non si riesce a rinvenire un acquirente sul mercato nel breve lasso di tempo nel del quale deve essere attuato l'intervento (di regola, non più di un weekend, anche se la normativa prevede che l'autorità possa intraprendere, con la massima riservatezza, la ricerca di un acquirente anche prima della sottoposizione a risoluzione della banca, come sembra potersi desumere dall'art. 5, co. 4, lett. a), d.lgs. n. 180/2015) e, comunque, se si ritiene che la cessione ad una banca ponte rappresenti la soluzione migliore nell'ottica del perseguimento degli obiettivi della risoluzione. Inoltre, sempre sfruttando il modello della cessione, è prevista agli artt. 45 ss. d.lgs. n. 180/2015 la possibilità di creare una o più società veicolo per la gestione delle attività, passività e diritti o sfruttare società già costituite a tale scopo (si pensi, ad esempio, alla gestione dei crediti deteriorati o di *asset* "tossici").

È importante notare che la cessione a un terzo o a un ente-ponte (come si è accennato quando abbiamo detto che la risoluzione non rispetta il soggetto-persona giuridica), può riguardare non solo il patrimonio della banca, ma anche le sue azioni. Infatti, gli artt. 40 e 43 del d.lgs. n. 180/2015 dispongono che l'autorità di risoluzione ha il potere di trasferire ad un acquirente non solo tutte le attività, i diritti e le passività dell'ente, ma anche le azioni e gli altri titoli che attribuiscono la proprietà *dell'ente* (analoga previsione manca, invece, per l'ipotesi di cessione in favore di una società veicolo per la gestione di attività, che pertanto può riguardare solo attività, passività e diritti della banca sottoposta a risoluzione).

L'altro strumento, il più innovativo, è quello del *bail-in* (artt. 48 ss. d.lgs. n. 180/2015), che per definizione investe il soggetto. Si tratta di una ristrutturazione finanziaria che, con un'espressione molto forte, ma efficace, è stata recentemente definita come "concordato con continuità aziendale coatto"³⁴.

Il *bail-in* investe il soggetto e si attua con tre passaggi. In primo luogo, si determina, mediante la valutazione di cui si diceva sopra, l'importo necessario per coprire le perdite e per fare operare la banca dopo il *bail-*

34 G. PRESTI, *Il bail-in*, in *Banca, impresa, soc.*, 2015, p. 339 ss.

in; tale importo può essere anche più alto di quello che sarebbe stato in astratto sufficiente per eliminare le perdite e ricostituire il patrimonio al livello minimo regolamentare, proprio perché è necessario convincere il mercato che la banca risanata non si trova in stato di “convalescenza” ma è, sin da subito, un soggetto particolarmente solido. Il secondo passaggio è l’eliminazione della perdita tramite la cancellazione delle azioni, degli strumenti di capitale e, se necessario, delle passività (infatti, potrebbe trattarsi solo di una mancanza di patrimonio, pur in presenza di un patrimonio netto positivo, tale da non richiedere la cancellazione delle passività al fine di azzerare il *deficit* patrimoniale). Infine, la terza fase è rappresentata dalla conversione delle passività ammissibili in azioni fino all’importo necessario.

Proviamo ora a pensare a una crisi che viene risolta con il solo *write down*, quindi senza la necessità di attivare il “fratello maggiore”, che è il *bail-in*, o comunque senza necessità di passare attraverso la risoluzione. Poniamo che una banca, cui sia richiesto il rispetto di un requisito minimo di fondi propri di 15 per poter operare (di cui 10 di capitale primario), abbia capitale e riserve per 10 e obbligazioni subordinate per 20. Se la perdita accertata mediante la valutazione è pari a 10, con conseguente patrimonio netto pari a zero, si provvederà a cancellare tutte le azioni e a convertire in azioni obbligazioni subordinate per un valore di 10, ripristinando così il livello necessario di capitale primario (che, come si è detto, è pari appunto a 10). Dopo il *write-down* gli obbligazionisti subordinati divengono azionisti e, per il residuo, restano i possessori di obbligazioni subordinate, che quindi continuano a far parte del *Tier 2*; dopo l’esercizio del potere di *write down* la banca si troverà con fondi propri pari a 20, di cui 10 rappresentati da capitale primario (le azioni attribuite in conversione delle obbligazioni subordinate) e 10 rappresentato da capitale secondario (le obbligazioni subordinate non convertite). Per effetto del *write-down*, gli azionisti perdono tutto, mentre i titolari di obbligazioni subordinate ricevono soddisfazione integrale, seppur con l’attribuzione di un diritto di natura diversa da quello ad essi spettante in base al loro originario titolo contrattuale.

Ben più incisivo è il *bail-in*, che tocca anche creditori che non hanno esplicitamente accettato il rischio di svalutazione e conversione delle loro pretese. Si ipotizzi, adesso, che la stessa banca, tenuta a mantenere fondi propri per 15, di cui 10 di capitale primario per poter operare, abbia obbligazionisti senior e altri chirografari per 50, oltre come detto ad un capitale e riserve di 10 e obbligazioni subordinate per 20. Poniamo che la banca subisca una perdita pari a 20, tale da produrre un patrimonio netto negativo di 10. In questo caso, non ci si può limitare a cancellare le azioni e a convertire le obbligazioni subordinate in azioni, ma dobbiamo anche cancellare alcune passività partendo da quelle di rango concorsuale inferiore. Si ipotizzi, inoltre, che alla luce della necessità di assicurare

il mercato circa la solidità della banca, la valutazione elevi da 15 a 20 il requisito di fondi propri che la banca dovrebbe rispettare dopo il *bail-in*. In conseguenza, il fabbisogno della banca sarebbe di 30 (20 quello imposto dall'autorità per operare dopo il *bail-in* e 10 la perdita da coprire). Si provvederà, pertanto, a cancellare integralmente gli azionisti, a cancellare le obbligazioni subordinate per 10 e a convertire in azioni le obbligazioni subordinate per 10 e le passività (obbligazioni senior e gli altri chirografari) per ulteriori 10. Il risultato è quello di attribuire il 50 per cento del capitale della banca dopo il *bail-in* ai titolari di obbligazioni subordinate convertite, e il restante 50 per cento del capitale agli obbligazioni senior e ai creditori chirografari interessati dalla conversione. Ciò tuttavia, salva la possibilità di adottare tassi di conversione diversi proprio per rispettare la diversa gerarchia in cui essi erano originariamente collocati (art. 55 d.lgs. n. 180/2015, che recepisce l'art. 50 della Direttiva). Il creditore subordinato ha, infatti, accettato un rischio maggiore rispetto al titolare di obbligazioni senior e agli altri creditori chirografari, che dovrebbe correttamente manifestarsi in caso di crisi del debitore.

12 Questioni aperte. Interrogativi

Molte sono le questioni aperte e gli interrogativi suscitati dalla riforma. In primo luogo, ci sono nella nuova disciplina spunti per ripensare molti istituti, a partire dal concetto di "proprietà" applicato alle azioni e agli strumenti finanziari). È mia convinzione che il tema non possa essere posto in termini binari: gli azionisti sarebbero proprietari, gli altri finanziatori no. Tutti sono "proprietari" di un valore patrimoniale, la cui tutela e il cui sacrificio sono soggetti alle regole tempo per tempo vigenti, che comunque devono rispettare i principi della CEDU e dei trattati europei (art. 1 del Protocollo addizionale n. 1. della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: «*Nessuna persona può essere privata della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa*»). Le azioni valgono quanto vale il diritto che incorporano, e se il loro valore nominale non corrisponde più al loro valore reale, la loro riduzione o cancellazione, e persino il loro trasferimento forzoso, non viola alcun diritto di "proprietà"³⁵.

In secondo luogo, la valutazione della banca in crisi da parte dell'esperto

35 Si vedano le convincenti considerazioni di G. GUIZZI, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie. Quale lezione da Vienna?*, cit., pp. 1491-1492, e, per un esame più ampio del tema, M. MARCUCCI, *Crisi bancarie e diritti degli azionisti*, in *Diritto societario e crisi d'impresa*, a cura di U. Tombari, Quaderni Cesifin, Torino, 2014, p. 160 ss.

indipendente risulta l'elemento centrale dell'intera architettura della risoluzione. Da questa dipende la sorte degli azionisti (diluiti o, come quasi sempre accadrà, cancellati)³⁶, dei possessori di strumenti finanziari e in genere dei creditori, che possono vedere le loro pretese ridotte, azzerate o convertite in azioni. Diventa dunque decisivo accertare con quali criteri essa viene fatta, e sul tema gli standard regolatori elaborati dall'EBA, pur se ancora non definitivi, offrono importanti indicazioni³⁷.

In terzo luogo, è evidente che i nuovi strumenti incidono sul piano patrimoniale. La crisi della banca, tuttavia, si traduce sempre in un deficit di liquidità (quando esso non ne è addirittura la causa). Diventa allora importante che l'intervento sulla banca in crisi sia accompagnato da un'adeguata assistenza di liquidità al soggetto che emerge dalla risoluzione, che idealmente può arrivare dal mercato, ma più spesso giunge dal fondo di risoluzione, dalle banche centrali o addirittura dallo Stato, che ripristinate le condizioni di solvibilità sono legittimati a intervenire. Minori contributi rispetto al passato, invece, arriveranno alla risoluzione dai fondi di garanzia dei depositi. In passato, infatti, essi avevano un interesse a sostenere direttamente il salvataggio, al fine di evitare gli esborsi conseguenti al deflagrare della crisi. Una volta che i depositanti protetti sono stati sostanzialmente esentati (attraverso la *depositor preference* di cui sopra si è detto) dai rischi della crisi, diviene difficile, per i sistemi di garanzia dei depositi, giustificare un intervento sulla base del principio del minor onere.

In quarto luogo, dobbiamo interrogarci sul ruolo della liquidazione coatta amministrativa. È mia ferma convinzione che, anche nel nuovo sistema, essa mantenga le possibilità di utilizzo che aveva in passato, *in primis* quello della rapida cessione degli sportelli in attività a un acquirente (quando essa sia concretamente possibile). Solo operazioni che incidano su diritti fondamentali, come nel caso in cui si voglia trasferire coattivamente le azioni della banca, o che utilizzino strumenti eccezionali come l'ente-ponte (che opera come banca, ma viene costituito e autorizzato a operare con una procedura di emergenza), non possono essere compiute se non nell'ambito della risoluzione, che richiede la sussistenza di un "interesse pubblico". Tutto quello che, nell'ambito della procedura di liquidazione coatta, si poteva fare in passato, lo si può fare anche oggi, nel nuovo quadro così pesantemente integrato.

36 La cancellazione è diretta in caso di *bail-in* o *write-down* risolutivo, mentre è virtuale (ma non meno definitiva) in caso di trasferimento del patrimonio della banca sottoposta a risoluzione a un ente-ponte o a un terzo, con successiva liquidazione coatta dell'entità residua: v. art. 38, co. 3, d.lgs. n. 180/2015.

37 Si veda EUROPEAN BANKING AUTHORITY, *Draft Regulatory Technical Standards on valuation under Directive 2014/59/EU*, <http://www.eba.europa.eu/regulation-and-policy/recovery-and-resolution/regulatory-technical-standards-on-valuation>. Si veda anche la precedente nt. 33.

Papers

Il diritto interculturale come strumento di risoluzione dei conflitti

Il contributo del volume di Pierluigi Consorti
Conflitti, mediazione e diritto interculturale

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

Abstract This paper aims to underline the contribution made by Professor Consorti to in the study of legal issues related to religiously and culturally plural societies. Being in troubles multicultural approaches at the present, Consorti put in evidence the intercultural approach, based on dialogue and compromises and he highlights the key role that intercultural law can have in avoiding cultural and religious contrasts.

Sommario 1. Le origini dell'intercultura come scienza sociale. – 2. Una ridefinizione del significato di "conflitto". – 3. Il diritto interculturale e il ruolo del giurista nella composizione dei conflitti culturali.

1 Le origini dell'intercultura come scienza sociale

Alla luce dei gravi avvenimenti accaduti negli ultimi mesi prima in Francia e, successivamente, in altri paesi europei, sembra che la dimensione conflittuale caratterizzi in modo crescente le società contemporanee, spesso definite multiculturali in quanto sempre più complesse e disomogenee.

In particolare, sembra emergere una crescente difficoltà delle teorie multiculturali e delle politiche ad esse ispirate, basate sull'assunto che la diversità culturale all'interno di una società debba essere gestita prefissando limiti, anche sul piano giuridico, in modo tale che tali differenze possano essere tollerate entro una certa misura.

Alla luce di ciò, un contributo particolarmente interessante e approfondito per la comprensione di queste problematiche si rinviene nel volume di Pierluigi Consorti "Conflitti, mediazione e diritto interculturale". Tale lavoro, infatti, si dimostra uno strumento utile a delineare in modo organico l'intercultura come approccio qualitativo alla diversità culturale e, quindi, come alternativa al multiculturalismo. In tal modo, l'opera di Consorti si propone di sviluppare un approccio teorico ed applicativo, non limitato solo all'ambito giuridico, affinché la complessità delle società

contemporanee, percorse da differenze culturali e religiose sempre più marcate che scuotono spesso le basi stesse dei rapporti interpersonali, trovi soluzioni che prevenivano la violenza e la separazione tra gruppi culturalmente o religiosamente diversi. Pertanto, la dimensione giuridica, esplicitata dall'approfondimento del ruolo che il diritto interculturale può rivestire nella costruzione di questo nuovo tipo di società eterogenee, viene collocata in una cornice più ampia, che tende a mettere in rilievo come la mediazione interculturale possa contribuire a comprendere e comporre tutte le diverse tipologie di conflitti, suscettibili di sorgere in società culturalmente e religiosamente plurali.

Per questo motivo, il volume prende le mosse illustrando l'origine stessa dell'intercultura come strumento proprio della pedagogia e dell'antropologia, finalizzata all'integrazione degli studenti immigrati già negli anni Ottanta, approfondisce i caratteri della teoria interculturale e ne sottolinea la principale peculiarità: l'assenza di limiti prestabiliti nella dinamica del confronto tra persone appartenenti a culture diverse. In tal modo, la gestione dei conflitti che possono scaturire dalle differenze risulta incentrata sull'elemento del dialogo tra gli individui portatori di istanze configgenti¹.

L'innovazione della metodologia proposta risiede, quindi, innanzitutto nell'esplicitazione della mediazione, cioè del metodo dialettico, come strumento principale per la gestione delle diverse tipologie di situazioni conflittuali, che oggi sembrano crescere esponenzialmente in ragione dell'eterogeneità culturale delle società, ma che in realtà hanno sempre fatto parte di qualsiasi struttura sociale, ad esempio come conflitto tra generazioni diverse, quindi anche quelle passate, più omogenee culturalmente e religiosamente. Infatti, in ogni società si rintracciano da sempre forme di contrapposizione tra istanze e interessi diversi, portati avanti soprattutto da classi di persone che appartengono ad età differenti e che, quindi, hanno esigenze diverse da tutelare.

La contrapposizione e lo scontro, talvolta anche profondo e violento, tra generazioni diverse sono elemento comune a tutte le società, del presente e del passato perché l'identità di ciascuno si forma partendo da dati sociali, culturali e religiosi ricevuti dalle generazioni precedenti, che però richiedono una rielaborazione personale. Nello specifico, il lavoro metodologico di Consorti prende le mosse dal dato scientifico proprio delle scienze sociali, e in particolare dell'antropologia, che affermano che la costruzione dell'identità personale, e quindi più in generale quella di una società, avviene sempre attraverso continui scambi relazionali tra se stessi e gli altri, tra "identità ed alterità", rendendo quindi il conflitto elemento

1 CONSORTI, *Conflitti, mediazione e diritto interculturale*, ed. Pisa University Press, Pisa, 2013, p. 157.

connaturato e necessario al processo stesso di formazione dell'identità tanto personale quanto societaria.

Caposaldo dell'approccio interculturale e ulteriore elemento innovatore rispetto a molte altre diverse metodologie di risoluzione dei conflitti sociali è, perciò, il ricorso ai contributi teorici e applicativi di discipline diverse, oltre a quella giuridica, poiché solo dall'utilizzo delle conoscenze e delle tecniche proprie di tutte le scienze sociali deriva la possibilità di comprendere le origini e le dinamiche delle diverse tipologie di situazioni conflittuali e di comporle, attraverso diverse tecniche non violente.

2 Una ridefinizione del significato di “conflitto”

Punto di partenza di questo approccio interculturale è, quindi, la modifica del significato stesso della parola “conflitto”: da elemento negativo e da evitare e risolvere in quanto forma patologica del vivere sociale, a elemento fisiologico che è necessario imparare a gestire, perché connaturato all'idea stessa di società e, prima ancora, a qualsiasi rapporto interpersonale².

Indubbiamente questo cambiamento di prospettiva rispetto al ruolo e al significato delle dinamiche conflittuali nelle società rappresenta una profonda innovazione, portata dalla metodologia interculturale rispetto alle modalità con cui si è soliti considerare tali situazioni. A maggior ragione tale approccio risulta necessario nei casi di conflitti di matrice culturale, in cui a nessuna delle parti in lite è possibile addebitare il torto o la ragione in via esclusiva, dato che tutti avanzano pretese derivanti dalle proprie tradizioni culturali, dalla propria religione e dal proprio dettato storico, spesso viste dall'altra parte con la lente distorcente dei pregiudizi e degli stereotipi.

Una prima riprova delle interconnessioni pluridisciplinari che vengono sollecitate dall'approccio interculturale è la sottolineatura dell'origine etimologica in lingua inglese del diritto interculturale, *cross culture law*, che rende evidente come all'origine di questa specifica disciplina vi sia la necessità di “attraversare culture diverse”, costruendo punti di contatto e di comprensione reciproca, come soluzione più ragionevole dei conflitti culturali e strumento per raggiungere la coesione sociale.

Anche per quanto concerne lo sviluppo dell'ambito applicativo di tale metodologia interculturale attraverso l'analisi di diversi stili conflittuali usati nell'affrontare conflitti, l'interdisciplinarietà rimane un caposaldo fondamentale. Partendo dall'analisi dello stile elusivo e procedendo poi con quello competitivo, questo diverso approccio basato sulla mediazione dialettica e, perciò, sulla non violenza dimostra come in entrambi i casi se si ottiene la soddisfazione delle esigenze portate da una delle parti in

2 Consorti, *op. cit.*, pp. 75-80.

causa, ciò avviene a discapito della qualità dell'interazione tra di esse e, al contrario, se le parti evitano un peggioramento della relazione non ottengono il soddisfacimento dei propri bisogni.

Infatti, seguendo il primo stile di interazione, le parti sono spinte a trovare nella negazione del conflitto o nella sottovalutazione della sua portata i mezzi per attenuare il confronto, eludendo appunto la reale portata della propria diversità. In tal mondo il conflitto rimane tal quale e la sua negazione o ridimensionamento causano elusivamente il ritardo della comprensione dei termini reali e, pertanto, anche delle possibili soluzioni. In conclusione, la relazione conflittuale momentaneamente non peggiora, ma al contempo nessuno ottiene un soddisfacimento dei propri bisogni, nemmeno parzialmente. È questo il modello relazionale che conduce al relativismo e al multiculturalismo.

Nello stile competitivo, invece, la logica che lo sottende, quella dell'ottenimento della massima soddisfazione possibile per i bisogni di una parte e del massimo danno alle istanze portate dalla controparte, produce come inevitabile conseguenza l'inasprimento della relazione conflittuale. Nessuna delle parti sarà, infatti, disposta a vedere compresse le proprie richieste, mentre la controparte ottiene il massimo soddisfacimento delle proprie necessità, e il conflitto andrà incontro ad un'inevitabile escalation. Questa logica, definita "perdi - vinci" nell'ottica interculturale, può trovare un'adeguata applicazione solo nel caso in cui una delle parti rinunci al raggiungimento dei propri obiettivi e all'espressione della propria diversità, adeguandosi agli obiettivi e alle identità altrui. Questo è il caso dei modelli societari monoculturali.

Invece, il contributo proposto da Consorti introduce lo stile cooperativo, che abbandonando la logica della ricerca del torto e della ragione da assegnare *in toto* a ciascuna delle parti, mira a comprendere le istanze altrui e ad accettare che esse esistano, individuando soluzioni che includano nella misura massima possibile per quella specifica situazione le istanze portate da entrambe le parti. Si tratta, quindi, della definizione teorico-pratica di un approccio che deve essere plasmato di volta in volta sulle caratteristiche proprie di ogni singolo conflitto culturale e che richiede la ricerca di soluzioni ogni volta innovative. Proprio al fine di valorizzare le applicazioni alle concrete circostanze conflittuali, l'approccio interculturale proposto da Consorti prospetta anche l'analisi di due metodi specifici e diversi di gestione dei conflitti, entrambi nati nell'alveo della metodologia interculturale: il metodo *Transcendent* e il modello equivalenza³.

Il primo metodo si basa sulla trasformazione non violenta dei conflitti, partendo da quanto messo in atto dal *Mahatma* Gandhi nella sua lotta per l'indipendenza dell'India. Galtung, il principale teorico di tale metodo, ne

3 Consorti, *op. cit.*, p. 80.

costruisce la spiegazione partendo da un triangolo del conflitto, i cui vertici sono rappresentati dagli atteggiamenti e sentimenti che ogni attore ha interiormente, dal comportamento (*behaviour* in inglese) che ogni attore esplicita all'esterno, e dalle incompatibilità che emergono nelle interazioni tra attori diversi.

In tale metodo la composizione positiva del conflitto, cioè la comprensione delle incompatibilità tra gli attori e le loro origini a livello di sentimenti e attitudini interiori, si realizza quando la relazione conflittuale viene trasformata in modo non violento.

Tale obiettivo viene raggiunto secondo questo metodo quando a ognuno dei tre vertici si associano alcuni elementi precisi: in particolare, agli atteggiamenti personali si associ l'empatia, cioè la capacità di comprendere i sentimenti e i desideri altrui, al comportamento personale si uniscano azioni basate sul dialogo e, infine, alle incompatibilità si associ la creatività, cioè la capacità di costruire soluzioni nuove e innovatrici rispetto ai dati iniziali.

In tal modo, questo metodo interculturale mette in luce tre ambiti in cui la non violenza si esplicita: la non violenza nel pensiero, cioè l'eliminazione dei sentimenti interiori e personali che possano ostacolare le relazioni con gli altri; la non violenza nella parola, che si concretizza nella ricerca di parole che non sottolineino solo le colpe altrui ma che si concentrino sulle responsabilità condivise; la non violenza nell'azione, cioè l'attivazione di attività pubbliche tese a organizzare negoziati, dibattiti, confronti.

Oltre all'opera del *Mahatma* Gandhi, rientrano nell'alveo di tale metodo le politiche messe in atto in Sud Africa da Nelson Mandela nel periodo successivo all'eliminazione del regime di apartheid, come ad esempio le commissioni per la riconciliazione, in Rwanda negli anni successivi al genocidio della popolazione hutu ai danni dei tutzi, in Irlanda e nei Paesi Baschi, dopo la conclusione formale delle decennali azioni di guerriglia perpetrate rispettivamente dagli appartenenti all'IRA e all'ETA.

L'interdisciplinarietà dell'approccio interculturale proposto da Consorti risulta evidente anche dall'analisi della teoria che sostiene il secondo modello, quello definito equivalenza, e dalle sue applicazioni concrete in abito giuridico e politico. Infatti, elemento fondamentale della costruzione teorica di tale modello, creato dall'antropologa Pat Patfoort, è che esso non intende trovare applicazione solo per la gestione di conflitti su scala "macro", che cioè coinvolgano intere società o gruppi di essa contrapposti per motivi culturali o religiosi, ma anche per quelli definiti "micro", che riguardano i singoli individui nelle relazioni familiari, lavorative e sociali *tout court*. Infatti, questo modello trae la sua origine nel tentativo di comprensione della dinamica sociale che conduce una delle parti a cercare di far prevalere il proprio comportamento e le proprie esigenze, proposti come migliori a quelli altrui e quindi, maggiormente degni di essere soddisfatti. Tale modello "Maggiore-minore" produce inevitabilmente occasioni

di utilizzo della violenza, sia da parte dell'attore che cerca di imporre la soddisfazione dei propri bisogni sia da parte di chi cerca invece di non farsi sopraffare. L'elemento specifico e innovativo portato da questo specifico metodo nell'alveo del più ampio approccio interculturale risulta, pertanto, essere la possibilità di uscite da tale logica di contrapposizione tra le parti, attuando appunto "l'equivalenza" nella relazione conflittuale: se il maggiore e il minore utilizzano tale logica, il primo potrà difendere se stesso e le proprie istanze senza dover necessariamente comprimere quelle della controparte.

Si tratta, quindi, di affermare le proprie necessità senza porsi "contro" quelle degli altri attori ma, anzi, cercando in una cornice dialettica i "fondamenti", cioè i fattori comuni a entrambi i punti di vista.

Conseguentemente, se nella logica "Maggiore-minore" esiste solo la soluzione che riconosce solo a una parte la totalità della vittoria, nel modello equivalenza possono sorgere innumerevoli e diverse composizioni dei conflitti. Focalizzando l'attenzione su casi più prettamente giuridici, l'efficacia di tale metodo è stata messa alla prova in due situazioni, la prima delle quali è stata posta all'attenzione di giudici italiani: il caso dell'allargamento della base militare americana nella città di Vicenza, che aveva mobilitato la popolazione, provocando profonde fratture tra i sostenitori e gli oppositori. La seconda situazione è, invece, relativa alla lotta armata in corso in Nigeria tra i gruppi che vogliono introdurre o rafforzare la legge islamica in diverse aree del paese e chi vi si oppone.

Soprattutto nel primo caso, l'autore dimostra come l'elencazione dei motivi per cui ciascun gruppo sociale sostiene ovvero avversa l'allargamento della base militare costituisce un efficace strumento dialettico affinché il conflitto non degeneri in forme di violenza e si possa giungere a una più profonda conoscenza delle ragioni per cui la parte avversaria sostiene le proprie idee.

Il contributo di Consorti rispetto a entrambi questi metodi è la sottolineatura che egli fa della comune visione del dialogo come unico mezzo per prendere atto della presenza di persone portatrici di istanze diverse e per sviluppare dinamiche che facilitino la comprensione delle origini di tali istanze e delle loro motivazioni, così da facilitare accordi tra le parti e il superamento della logica conflittuale in quella interculturale.

L'apporto di Consorti, tuttavia, per quanto indirizzato a un'approfondita disamina multidisciplinare delle origini dell'approccio interculturale, della sua definizione e applicazione nell'alveo delle scienze sociali, risulta particolarmente interessante e originale in quanto entra nel vivo della vicenda giuridica, focalizzando l'attenzione sulla definizione e sul ruolo proprio del diritto interculturale. Infatti, la dimensione giuridica è da sempre conaturata all'idea di "conflitto", poiché è al diritto che da sempre spetta il compito di dirimere ogni situazione in cui due parti si fanno portatrici di istanze, richieste e valori tra loro conflittuali.

3 Il diritto interculturale e il ruolo del giurista nella composizione dei conflitti culturali

In questo frangente, Consorti colloca, quindi, il ruolo precipuo e indispensabile del diritto interculturale, quella moderna branca del diritto che si pone all'interno delle linee di faglia causate dai conflitti culturali con lo scopo di mettere in comunicazione le due parti, cioè di creare "ponti" tra i sistemi giuridici diversi cui le parti in lite appartengono e che rappresentano l'origine di quel conflitto, conciliando ciò con il rispetto della legge comune⁴.

Uno dei campi del diritto in cui la metodologia interculturale proposta da Consorti rivela maggiormente la propria originalità è quello del diritto di famiglia, dimostrando come, in particolare per l'istituto del matrimonio, il giurista interculturale possa apportare un contributo decisivo nella corretta definizione di tale istituto in sistemi giuridici diversi. In particolare, questo approccio giunge a comprovare come la parola "matrimonio" significhi nei sistemi giuridici di matrice romanista un istituto con caratteristiche ben diverse da quelle che si riscontrano nell'istituto del *nikah* musulmano, che invece è comunemente tradotto con il sostantivo "matrimonio". In questo modo, dato che usualmente le conoscenze riguardo all'istituto del *nikah* si concentrano sull'elemento dell'accettazione della poligamia, nei sistemi giuridici europei trova spazio spesso una valutazione negativa del *nikah* nel suo complesso per la sensibilità giuridica occidentale. Invece, nell'ottica interculturale, dovrebbero essere messe in rilievo altre differenze sostanziali tra l'istituto del matrimonio come concepito dai sistemi giuridici occidentali e il *nikah* musulmano: innanzitutto la necessità del coinvolgimento delle famiglie dei nubendi, che costituisce fattore indispensabile affinché il *nikah* possa concludersi; inoltre, l'insorgenza, con l'istituto del "donativo nuziale" di un obbligo giuridico in capo al marito circa la garanzia dell'indipendenza economica della moglie, come condizione per l'espressione del consenso prestato dalla donna, che trova poi un'ulteriore disciplina in caso di ripudio o divorzio.

Oltre a tali caratteristiche precipue, che rendono il *nikah* distante dall'istituto del matrimonio come attualmente concepito dalle normative occidentali, solitamente nei sistemi giuridici occidentali si ignora anche che la poligamia è rigidamente regolamentata già nel Corano stesso, che la limita fortemente in ragione dell'equità richiesta preventivamente al marito nel trattamento delle diverse mogli. Ed, inoltre, essa ha trovato ulteriori limitazioni nelle codificazioni del diritto di famiglia operate da diversi paesi arabi, che hanno introdotto altre limitazioni al matrimonio poligamico

4 Consorti, *op. cit.*, pp. 160-166.

ovvero lo hanno vietato, come nel caso della normativa tunisina. Nella scarsità di conoscenze giuridiche reciproche, tuttavia, la sensibilità giuridica occidentale finisce per associare al *nikah* la definizione di matrimonio islamico *tout court*, giungendo sovente alla conclusione che il matrimonio musulmano sia *ipso facto* poligamico.

In quest'ottica, la metodologia proposta da Consorti dimostra tutta la sua originalità nel panorama dottrinale e la necessità dell'apporto del giurista interculturale, che può mettere in comunicazione i sistemi giuridici occidentali con quelli orientali, conoscendo le peculiarità tanto dell'istituto del matrimonio negli ordinamenti giuridici occidentali quanto dell'istituto del *nikah*.

Per questo, una delle parti più interessanti e utili di questo approccio interculturale risulta essere lo studio condotto da Consorti su alcuni esempi dell'applicazione di questa metodologia nella risoluzione di concrete fattispecie giuridiche, verificatesi in ordinamenti statali o sovrastatali a partire dagli anni Ottanta.

Uno degli esempi più interessanti messi in rilievo concerne la decisione assunta dalla giurisprudenza canadese di tutelare i diritti dei tassisti di fede musulmana, che non possono trasportare cani, animali impuri per la propria fede, e i diritti delle persone non vedenti, che debbono viaggiare accompagnate dai propri cani guida. In tal caso, risulta fortemente interculturale la decisione di rispettare tale divieto della religione islamica ma al contempo facendo ricadere sui tassisti musulmani l'obbligo di reperire un altro veicolo su cui far salire la persona non vedente.

Per quanto riguarda l'Italia, il contributo di Consorti sottolinea l'esito positivo dell'utilizzo dell'approccio interculturale relativamente alla soluzione degli aspetti giuridici legati alla problematica della circoncisione maschile. In generale, un nutrito numero di sentenze sull'argomento ha reso possibile mettere in rilievo la necessità dell'applicazione di approcci interculturali da parte dei diversi operatori del diritto chiamati a occuparsi della materia. Solo le specifiche conoscenze e competenze del giurista interculturale, infatti, sono divenute strumento per la comprensione, da parte degli operatori giuridici nazionali, delle culture e tradizioni giuridiche di soggetti di diversa nazionalità e cultura. Ciò può essere riscontrato nella sentenza di condanna, pronunciata nei confronti di un'immigrata nigeriana cattolica, accusata di concorso nell'esercizio abusivo della professione medica, per aver fatto praticare la circoncisione al proprio figlio. Il contributo di Consorti, basandosi sull'analisi delle sentenze, mette in evidenza come le argomentazioni del giudice si siano basate sul fatto che la donna non potesse addurre motivazioni religiose al gesto compiuto perché non musulmana, ignorando che in quel paese tale pratica è condivisa da tutte le religioni come dato culturale.

Se in questo caso la mancanza di un approccio interculturale ha impedito agli operatori del diritto di arrivare a una corretta comprensione dei

fatti, il contributo di Consorti riscontra in altri ambiti giuridici la presenza e la corretta applicazione dell'approccio teorico e pratico da lui proposto. Ancora nel diritto di famiglia, in particolare, egli approfondisce la positiva attuazione dell'approccio interculturale nella comprensione da parte degli operatori giuridici italiani dell'istituto islamico della *kafalah*, assimilato in quanto ad effetti giuridici nei confronti del minore all'istituto italiano dell'adozione, nonostante ne differisca per alcune caratteristiche importanti, come ad esempio l'attribuzione del cognome paterno.

Ciò serve, pertanto, a dimostrare come concretamente come l'apporto del diritto interculturale si riveli sempre più necessario sia a livello teorico, per il continuo perfezionamento e aggiornamento di tale metodologia rispetto a nuovi apporti dottrinali, sia a livello pratico, nel quotidiano lavoro degli operatori del diritto, dato che il costante aumento dei reati "culturalmente orientati" in società sempre più plurali da questo punto di vista.

Questo approfondirsi del pluralismo culturale nelle società contemporanee permette di comprendere come l'approccio metodologico interculturale, così come definito da Consorti -fondato sul dialogo tra le parti come unica possibilità di mediazione tra istanze diverse e, talvolta, apparentemente inconciliabili- rappresenti uno strumento positivo per lo sviluppo delle società e una risposta intelligente alle sfide che esse devono affrontare.

Infatti, assumendo come elemento fondante il dialogo, e, quindi, anche il rifiuto di qualsiasi forma di violenza e di sopraffazione di una parte sull'altra, tale approccio garantisce la possibilità di costruire spazi di reciproca conoscenza per tutti gli attori in causa. In tal modo, ognuno può rivelare i fattori costitutivi della propria identità e i valori indispensabili per il suo mantenimento, e, allo stesso tempo, può scoprire eventuali consonanze con i principi costitutivi delle identità altrui, spesso nascosti a causa di difficoltà linguistiche o di preconcetti che semplificano l'alterità fino a restituirne un'immagine contraffatta.

Alla luce degli episodi di violenza e del sorgere di approcci metodologici nell'ambito delle scienze sociali che invece cercano di gestire il pluralismo culturale e religioso delle società contemporanee attraverso semplificazioni di varia natura, questo contributo di Consorti risulta particolarmente valido perché unisce l'analisi teorica dei fondamenti dell'interculturalità a concrete applicazioni in abito sociale, e più specificamente giuridico, per gli operatori che si trovano a dover dirimere situazioni conflittuali originate dall'eterogeneità sociale e dal pluralismo culturale.

Le risque de défaillance des entreprises

Brèves réflexions sur les interventions possibles du législateur

Alessandra Zanardo
(Ricercatrice di Diritto commerciale
nell'Università Ca' Foscari Venezia, Italia)

Abstract In the last years, the Italian Legislator has adopted some significant measures aimed at fostering the proposition of preventive creditors' settlement proceedings by debtors (namely, firms) that have liquidity issues or are insolvent. This analysis focuses on the possible role of such preventive arrangements with creditors (the so-called "concordato preventivo") in solving corporate crises and, more in general, in reducing the risk of insolvency of the firms.

Sommaire 1. La notion de risque dans les entreprises. – 2. Les interventions du législateur italien en matière de risques. – 3. Rôles et responsabilités des administrateurs: quelles perspectives?

1 La notion de risque dans les entreprises

La notion de risque – en entendant, essentiellement, par-là, le risque économique – est un aspect inaliénable et totalement intrinsèque à l'activité d'une entreprise. L'on a pu assister, d'ailleurs, au fil des ans et dans les différents systèmes juridiques, au développement de toute une série d'outils normatifs ayant pour vocation de limiter – et/ou (au moins) de prévenir – les risques potentiels liés à l'exercice de cette activité. Ainsi, nous semble-t-il possible d'affirmer que le *principal* risque qui caractérise, *actuellement*, l'exercice de l'activité entrepreneuriale est celui d'être confronté à des situations de crise ou d'insolvabilité et de faire l'objet de procédures collectives: en premier lieu, de procédures de liquidation ("fallimento") dont l'objectif consiste essentiellement à satisfaire (de la meilleure façon possible) les créanciers.

Au cours de ces dernières années, et à la lumière des difficultés économiques et financières préexistantes au niveau mondial – auxquelles s'ajoute une certaine incapacité de définir des lignes d'action concrètes et clairvoyantes – le législateur italien a privilégié les interventions *ex post* consistant à limiter les risques, plutôt que des interventions *ex ante*, visant à promouvoir des initiatives de développement économique et à consolider ce développement.

Tout cela ne veut pas dire que des interventions programmatiques concrètes d'incitation au développement de l'économie (ou mieux, de certaines activités et de certains secteurs de l'économie) aient totalement fait défaut: le gouvernement italien a, d'ailleurs, intégré – en agissant, parfois, avec une certaine rapidité – dans le droit national les recommandations de l'Union Européenne concernant les initiatives à adopter pour favoriser la reprise économique et la relance de la consommation¹. Il s'agit, toutefois, d'initiatives dont l'impact s'est révélé, d'une part, insuffisant pour remédier à la persistance de la crise économique et, d'autre part, d'un point de vue quantitatif, moins significatif que des interventions *ex post* visant à résoudre des problèmes liés à des risques de défaillance déjà avérés (ou, du moins, à en limiter les conséquences néfastes). Autrement dit, il semblerait que le législateur italien, en présence d'un risque de défaillance, soit amené à privilégier l'adoption de règles répondant à la nécessité de garantir le plus possible la récupération des structures de production, plutôt que des politiques *ex ante* de «neutralisation», ou mieux, d'«atténuation» du risque (entre autres, par le biais d'interventions massives en matière de crédit).

L'adoption du dernier décret en la matière (décret-loi n. 83 du 27 juin 2015, converti en loi n. 132 du 6 août 2015)² ne peut que conforter cette impression, puisque le législateur y privilégie les mesures destinées à favoriser la composition/restructuration des situations de crise et, en cas de recours nécessaire à des procédures de liquidation, la satisfaction des créanciers.

2 Les interventions du législateur italien en matière de risques

Les phénomènes de crise et/ou d'insolvabilité des entreprises représentent un coût élevé pour le système économique en général, et pour les différents acteurs impliqués. Elles peuvent avoir un grand nombre de causes et impliquer différents acteurs; en règle générale, la survie d'une entreprise est compromise par une pluralité de causes concomitantes. A cet égard, il serait peut-être utile de procéder à une macro-classification des causes

1 *Le texte de cet exposé a été présenté lors des *Rencontres doctorales des Écoles doctorales de Venise et Paris Ouest- Nanterre La Défense: «Droit et Risque»*, Venise, Università Ca' Foscari Venezia, 5-7 octobre 2015.

Cf. en particulier, «*Un plan européen pour la relance économique*» (A *European Economic Recovery Plan*, EERP) de la Commission européenne du 26 novembre 2008 (COM 2008) 800 final, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0800&from=FR>.

2 Ce décret-loi prévoit des mesures urgentes en matière de faillite, de droit civil et de procédure civile.

traditionnellement évoquées dans le cadre de la défaillance d'une entreprise permettant de distinguer les causes microéconomiques des causes macroéconomiques.

Les premières sont des causes endogènes, qui représentent le risque spécifique, d'origine interne, encouru par tout entrepreneur dans le cadre de son activité de production (par exemple, la taille de l'entreprise et ses règles de gouvernance); les secondes sont, en revanche, des éléments exogènes, qui ont joué, à partir de 2008, un rôle particulièrement important au niveau global (citons, en particulier, une tendance à la consommation des familles américaines particulièrement élevée et, partant, une contraction importante du taux d'épargne, associée à d'énormes déficits publics causés par des politiques fiscales et monétaires expansives³)⁴.

Dans le cadre de cette conjoncture et de cette crise systémique, où le risque intrinsèque d'insolvabilité de l'entrepreneur, déterminé par des causes endogènes, est de plus en plus souvent associé à des risques provenant de variables exogènes, nous assistons à une intensification constante, depuis le début de la crise (financière d'abord, économique ensuite), du recours aux procédures collectives⁵, donc, à une augmentation des coûts générés par le système économique général.

D'où, comme nous l'avons évoqué plus haut, l'adoption, dans son système juridique, par l'état italien - qui souffre plus que d'autres pays européens d'un déficit de croissance et de compétitivité - d'une série de mesures visant à déceler à l'avance les difficultés des entrepreneurs et à favoriser la survie de l'entreprise, dans certaines conditions précisément définies, lesdites interventions portant, surtout, sur des solutions concordées de résolution des difficultés de l'entreprise, dont, notamment, le concordat préventif⁶.

Par conséquent, le choix du législateur de permettre le recours au concordat préventif même en l'absence d'un plan et d'une proposition

3 Cf., à ce propos, P. BIRASCHI, A. CARETTA, F. PADRINI, *Il piano europeo di ripresa economica tra vincoli e opportunità*, Note tematiche, Ministero dell'Economia e delle Finanze-Dipartimento del Tesoro, n° 13/2009, p. 3 ss.

4 Cf., entre autres, S. BEN JABEUR, Y. FAHMI, A. TAGHZOUTI, H. SADOK, *La défaillance des entreprises: une revue de littérature*, IPAG Working Paper 2014-315, https://www.ipag.fr/wp-content/uploads/recherche/WP/IPAG_WP_2014_315.pdf, p. 2.

5 Il convient, d'ailleurs, de préciser que, selon le relevé trimestriel réalisé par Infocamere, l'on a enregistré, au cours du premier trimestre 2015, après des années d'augmentation, une baisse des procédures de faillite et, de façon encore plus évidente, des concordats préventifs (grâce également, pour ces derniers, à des modifications normatives qui ont rendu le recours au concordat avec réserve plus rationnel et plus contrôlable).

6 Cf. décret-loi n° 83 du 22 juin 2012 (le "Décret du Développement") converti en loi n° 134 du 7 août 2012, décret-loi n° 69 du 21 juin 2013 converti en loi n° 98 du 9 août 2013, ainsi que décret-loi n° 83 du 27 juin 2015 converti en loi n° 132 du 6 août 2015.

préalablement définis de manière détaillée⁷ et d'adopter différentes mesures destinées à favoriser les concordats – en donnant, ainsi, la priorité à la continuité de l'entreprise, de façon à préserver, une fois que la crise est résolue, la valeur de l'entreprise – montre bien, en premier lieu, que le concordat est devenu un véritable outil de régulation (et de résolution souhaitable de la crise de l'entreprise). En second lieu, l'on peut raisonnablement affirmer que cette procédure devient, de plus en plus souvent, un outil qui permet de limiter le risque d'insolvabilité ou, du moins, le risque de propagation des conséquences dommageables de l'insolvabilité (déclaration de faillite de l'entreprise). Cela semble, d'ailleurs, être confirmé par la volonté évidente du législateur italien d'anticiper le recours au concordat préventif (qui émerge de ce que nous avons évoqué plus haut) et par le fait que la condition requise pour accéder à cette procédure est l'existence d'une véritable situation de "crise" alors que, comme nous le savons, la condition requise pour accéder à la faillite est l'insolvabilité.

3 Rôles et responsabilités des administrateurs: quelles perspectives?

En partant du principe selon lequel le concordat a aujourd'hui, ou peut avoir, la fonction (principale) d'outil de régulation d'une situation de crise et du fait que sa proposition est encouragée par le législateur, il convient de déterminer le comportement que doivent adopter les administrateurs en cas de difficultés de l'entreprise par rapport au recours à cette procédure.

Il est raisonnable de se demander si une responsabilité (supplémentaire⁸) de l'organe d'administration peut être engagée pour mauvaise gestion lorsque ce dernier ne recourt pas au concordat préventif face à la crise que traverse l'entreprise – si les conditions légales pour recourir à cet outil sont réunies – ou encore lorsqu'il ne le fait pas en temps utile. La réponse est très probablement positive, si l'on considère que cette omission est condamnable du fait d'un manque de diligence et/ou pour non-respect des principes de bonne administration, ou encore lorsque cette omission a un caractère manifestement irrationnel, à la lumière des circonstances

7 Cf. article 161 alinéa 6 de la Loi sur les Faillites inséré par le "Décret de Développement".

8 Complémentaire à celle découlant de l'insolvabilité de l'entreprise, lorsque cette situation résulte de la mauvaise gestion des administrateurs, ou à été aggravée par leur incapacité à comprendre les causes de la crise et/ou à y remédier promptement. Voir R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, in *Società*, 2013, p. 669 ss. Sur ce thème voir aussi R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 304 ss.

concrètes⁹. Autrement dit, s'il est favorable au débiteur et si l'on estime qu'il aurait mieux sauvé la valeur des actifs de la société, le concordat est une faculté à laquelle les administrateurs *sont parfois tenus* de recourir et le défaut de sa mise en œuvre, malgré le caractère facultatif de la procédure, peut être considéré comme une faute de gestion¹⁰.

Comme certains l'ont déjà affirmé à juste titre, le fait de «ne pas avoir su gérer correctement la crise de l'entreprise»¹¹ pourrait être plus facilement prouvé et reproché aux administrateurs n'ayant pas activé le concordat préventif lorsque les conditions pour le faire étaient réunies.

Il nous semble, d'ailleurs, qu'un tel critère – qui vient s'ajouter à la responsabilité, déjà largement admise, résultant d'un abus évident des solutions concordées de résolution des crises, en cas d'aggravation de l'insolvabilité – pourrait constituer l'une des frontières les plus viables de la responsabilité civile pour mauvaise gestion, dont on parle tant.

9 Cette thèse est aussi énoncée, sous une forme dubitative, par R. RORDORF, *op. cit.*, p. 675.

10 Il est intéressant, à cet égard, de se reporter à un arrêt de la Cour d'appel de Douai, 2^e ch. 1^{er} sect., 4 déc. 2013, n° 12-05585, qui affirme «que le défaut de mise en œuvre d'une procédure de conciliation, malgré son caractère facultatif, peut être considéré comme une faute de gestion illustrant d'ailleurs la volonté de poursuivre abusivement une activité déficitaire».

11 M. FABIANI, *Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società in concordato preventivo*, in *Società*, 2015, p. 624.

Il divieto di costituire società tra professionisti per chi è solo revisore legale

Diletta Lenzi

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

Abstract By starting from a recent stance of the CNDCEC (the Italian National Register of Chartered Accountants) on the (im)possibility to create a Professional Company between auditors and chartered accountants, the article analyses the Italian legal framework on professional partnership corporations and its compatibility with auditors. Particularly, the article focuses on the comparison between auditors and the chartered accountants who are entitled to exercise auditor activities, and it tries to outline the role a “simple” auditor can play in a Professional corporation.

Summary 1 Premessa. – 2. Il caso dei revisori legali all'attenzione del CNDCEC. – 3. Attività professionali protette e regolamentate dal sistema ordinistico come limite all'oggetto sociale di società tra professionisti. – 4. Il revisore legale dei conti come socio non professionista. – 5. Un confronto con la società di revisione. – 6. Profili critici dell'attuale disciplina in materia di società tra professionisti in relazione all'attività di revisione legale dei conti. – 6.1. Ammissibilità di società tra professionisti multidisciplinare. – 6.2. Esclusività dell'oggetto sociale come prestazione tecnica funzionale a soli soci professionisti: ammissibilità di prestazioni tecniche per il mercato?

1 Premessa

È solo con la legge di stabilità del 2012 (legge 12 novembre 2011, n. 183) che il legislatore interviene superando definitivamente il divieto d'esercizio delle professioni intellettuali in forma societaria previsto dalla legge 23 novembre 1939, n. 1815. L'intervento legislativo fa seguito a una lettera della Banca Centrale Europea del 5 agosto 2011 che, tra i vari solleciti rivolti all'Italia, indicava la necessità di «una complessiva, radicale e credibile strategia di riforme, inclusa la piena liberalizzazione dei servizi pubblici locali e dei servizi professionali»¹.

La nuova disciplina affianca normative di settore che già ammettevano società di ingegneria (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), società tra avvocati (d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96) e società di revisione contabile (d.lgs. 27

1 Lettera della BCE all'Italia del 5 agosto 2011, firmata da Mario Draghi e Jean Claude Trichet, pubblicata sul Corriere della sera del 29 settembre 2011.

gennaio 2010, n. 39), consentendo per la prima volta in via generale «la costituzione di società per l'esercizio di attività professionali regolamentate nel sistema ordinistico»².

Il risultato raggiunto nel 2011 non è stato, tuttavia, di facile e lineare perseguimento ed il legislatore nazionale è più volte intervenuto in materia, in modo altalenante, dalla fine degli anni '90 ad oggi³. I primi tentativi di abrogazione del divieto devono essere ricondotti alle due c.d. leggi Bersani - l. 7 agosto 1997, n. 266 e l. 4 agosto 2006, n. 246 -, mentre una vera e propria abrogazione della l. n. 1815/1939 fu già prevista dall'art. 2 del c.d. "taglia leggi" Calderoli (d.l. 22 dicembre 2008, n. 200), poi ripristinata e ricompresa, per la parte che qui ci interessa, tra le leggi anteriori al 1970 che furono mantenute in vigore⁴.

La tradizionale avversione all'esercizio in forma societaria delle professioni intellettuali fondava le sue ragioni nella presunta incapacità di coordinare le regole del diritto societario con l'esecuzione personale del prestatore d'opera ovvero nella contrarietà alla spersonalizzazione delle prestazioni, con particolare riferimento alle società per azioni, considerate inconciliabili con i profili di responsabilità individuale per l'esecuzione delle prestazioni professionali⁵.

A sostegno della teoria dell'incompatibilità intervenne anche la giurisprudenza di merito e di legittimità⁶; tuttavia, nel 1976 la Corte costituzionale si espresse al riguardo sottolineando la necessità di un intervento di revisione della disciplina, precisando però che «il riconoscimento dell'ammissibilità della costituzione di società per l'esercizio delle attività professionali protette appartiene alla discrezionalità di valutazione del legislatore, al quale soltanto spetta di stabilire se, e a quali condizioni,

2 Art. 10, co. 3, l. n. 183/2011.

3 Per una ricostruzione dell'evoluzione storica, tra gli interventi recenti, si segnalano A. FUSARO, *Le società per l'esercizio di attività professionali in Italia e all'estero*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 3s, p. 69 ss.; e F. VELLA, *Le società, i professionisti e i capitalisti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 3s, p. 7 ss.; P. MONTALENTI, *Società tra professionisti, società tra avvocati, associazioni professionali: la montagna e il topolino*, in *Giur. comm.*, 2014, II, p. 268 ss. Per un'analisi dell'esercizio della libera professione in forma societaria antecedente alla riforma, si vedano M. RESCIGNO, *Le società tra professionisti*, Milano, 1985; C. IBBA (e altri), *Le professioni intellettuali*, Torino, 1987, p. 385 ss.; L. DE ANGELIS, *Le società professionali nel progetto di riforma delle libere professioni*, in *Riv. soc.*, 1999, p. 212 ss.; A.M. LEOZAPPA, *Società e professioni intellettuali*, Milano, 2004.

4 L'art. 1, All. 1, l. 1° dicembre 2009, n. 179, fa salvi gli artt. 1, 3, 6, 7 e 8 della l. n. 1815/1939.

5 Si veda, ad esempio, G. FERRI, *Le società fra professionisti*, in *Riv. dir. comm.*, 1972, I, p. 237 ss.

6 In particolare, Cass., 29 febbraio 1960, n. 359, in *Foro it.*, 1960, Vol. 83, p. 769.

possa consentirsi l'adozione di forme societarie»⁷. A tale pronuncia fece poi seguito una copiosa giurisprudenza, tra cui merita di essere segnalata una sentenza della Corte di Cassazione che ammise la società di progettazione industriale in quanto impresa di servizi⁸.

Si rafforzava quindi l'orientamento, poi recepito dal legislatore del 2011, che valorizza i vantaggi apportati dall'organizzazione in forma societaria sul piano tecnico e organizzativo: dalla possibilità di distribuire i costi di gestione tra più professionisti, alla condivisione degli strumenti informatici e ai possibili risvolti positivi sulla qualità della prestazione, ovvero, non ultimo per importanza, la capacità di raccogliere finanza esterna, resa possibile grazie all'ammissibilità di soci investitori.

In questo quadro, con la consapevolezza che «in un mercato dei servizi professionali sempre più competitivo e investito dai venti della crisi, la ricerca di un simile assetto [l'organizzazione societaria delle professioni] non è solo funzionale a un equilibrato sviluppo, ma in molti casi diventa presupposto per la mera sopravvivenza»⁹, si inserisce la legge n. 183/2011 che consente in via generale «la costituzione di società per l'esercizio di attività professionali regolamentate nel sistema ordinistico secondo i modelli societari regolati dai titoli V e VI del libro V del codice civile»¹⁰.

L'art. 10 della l. n. 183/2011, subito modificato dall'art. 9-bis del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27, disciplina le società tra professionisti ammettendone la costituzione secondo uno qualunque dei modelli societari, ma non ne prevede l'immediata operatività, rinviando a un regolamento congiunto del Ministero di giustizia e Ministero dello sviluppo economico che ha visto la luce solo nel 2013¹¹.

Le fonti normative in materia di società tra professionisti sono caratterizzate da molti silenzi e da varie disposizioni di controversa interpretazione, con la conseguenza che la ricostruzione della disciplina si presenta particolarmente ardua e ciò non soltanto per la totale assenza di regola-

7 Corte Cost., 22 gennaio 1976, n. 17 al par. 3 del considerato in diritto, in *Giur. comm.*, 1976, II, p. 143.

8 Corte di Cass., 30 gennaio 1985, n. 566, in *Giur. It.*, 1985, I, p. 1, con nota di D. SANTOSUOSSO, *Società di «engineering» e società professionali: verso un preciso orientamento giurisprudenziale?*; e in *Giur. comm.*, 1985, II, p. 737 ss., con nota di S. DE MARINIS, *L'evoluzione giurisprudenziale in tema di società di professionisti*.

9 F. VELLA, *op. cit.*, p. 17.

10 Art. 10, co. 3, l. n. 183/2011.

11 D.m. 8 febbraio 2013, n. 34, *Regolamento delle società tra professionisti, esercenti professioni ordinistiche*, a cui si deve affiancare la l. 14 gennaio 2013, n. 4, *Disposizioni in materia di professioni non organizzate*.

mentazione di alcuni profili, come quelli previdenziali e fiscali¹², ma anche per la mancanza di una chiara presa di posizione su altri aspetti che, seppur disciplinati, alimentano i dubbi dell'interprete.

Uno tra i numerosi profili critici non risolti dal legislatore riguarda il ruolo dei revisori legali dei conti, problematica su cui si è di recente espresso il Consiglio nazionale dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili, come si dirà nel prosieguo.

2 Il caso dei revisori legali all'attenzione del CNDCEC

Interrogato dal Consiglio dell'Ordine di Brescia, il Consiglio nazionale dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili è stato chiamato a esprimersi circa la possibile partecipazione dei revisori legali dei conti a una società tra professionisti.

Nello specifico, tre sono i profili su cui sono stati richiesti chiarimenti.

Si domandava anzitutto se l'oggetto sociale di una società tra professionisti possa prevedere come «oggetto esclusivo la realizzazione delle attività professionali per le quali è prevista l'iscrizione all'Albo dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili (CNDCEC) e di quelle che la legge attribuisce ai revisori legali». In secondo luogo, più genericamente, ci si interrogava sull'interpretazione dell'art. 10 della l. n. 183/2011 come attuata dal d.m. n. 34/2013, che pare riservare la qualifica di soci professionisti di società tra professionisti ai soli soggetti esercenti attività professionale per la quale è prevista l'iscrizione in appositi albi o elenchi regolamentati nel sistema ordinistico, domandandosi se a tale definizione possa essere ricondotta l'attività professionale del revisore legale dei conti. Infine, era stata richiesta una presa di posizione del CNDCEC circa la possibilità di costituire una società tra professionisti multidisciplinare tra soci dottori commercialisti e revisori legali, adottando quindi un oggetto sociale comprendente anche l'attività che la legge attribuisce a questi ultimi.

Con la nota del 27 gennaio 2015¹³ il CNDCEC, attenendosi al tenore letterale delle disposizioni rilevanti in materia, conclude per l'applicabilità della disciplina delle società tra professionisti esclusivamente all'esercizio

12 G. BERLOTTI, *Le società tra professionisti tra ordinamenti professionali e disciplina dell'impresa*, in *Corr. trib.*, 2014, p. 1803 ss.; G. FERRANTI, *Le società tra professionisti equiparate ai fini fiscali alle associazioni professionali*, in *Corr. trib.*, 2014, XXIX, p. 2215 ss.; E. ABRUZZESE, *L'aggiornamento sulle "Società tra professionisti" (STP) e le criticità fiscali della "trasmigrazione" verso le STP*, in *Boll. trib. inf.*, 2015, p. 1465 ss.; G. ANDREANI, A. TUBELLI, *Dopo il decreto semplificazioni resta ancora indefinita la qualificazione del reddito delle s.t.p.*, in *Corr. trib.*, 2015, p. 172 ss.

13 Prot. PO 287/2014, disponibile al link <http://www.commercialisti.it/Portal/Documenti/Dettaglio.aspx?id=615514d5-f348-4ac1-9c36-8c77343b490e>.

delle professioni organizzate in ordini e collegi. La revisione legale viene conseguentemente esclusa dall'ambito di applicazione della l. n. 183/2011 in quanto essa pacificamente non costituisce un'autonoma professione ordinistica. Tuttavia, poiché l'attività di revisione legale, ossia l'attività di revisione dei conti annuali e dei conti consolidati, come disciplinata dal d.lgs. n. 39/2010, è espressamente richiamata dall'ordinamento professionale dei dottori commercialisti e esperti contabili¹⁴, si ritiene che tale attività professionale possa essere ricompresa tra le materie indicate nell'oggetto sociale di una società tra professionisti costituita da soci professionisti dottori commercialisti. L'esercizio di tale attività sarà però riservato ai soli soci professionisti che siano iscritti sia all'Albo dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili sia al Registro dei revisori legali.

Inevitabilmente, conclude il CNDCEC, se la revisione legale non è attività professionale regolamentata riconducibile al sistema ordinistico, deve escludersi la possibilità di costituire società multidisciplinari tra soci professionisti dottori commercialisti e soci professionisti revisori legali proprio perché questi ultimi non possono essere soci professionisti di società tra professionisti.

La nota in oggetto richiede tuttavia alcuni chiarimenti.

3 Attività professionali protette e regolamentate dal sistema ordinistico come limite all'oggetto sociale di società tra professionisti

Un primo profilo affrontato dalla nota del CNDCEC, che richiede maggiori approfondimenti, concerne l'oggetto sociale e in particolare il dubbio se sia possibile affiancare all'oggetto sociale professionale, ossia allo svolgimento di una o più professioni protette, altre attività professionali non protette ovvero persino vere e proprie attività imprenditoriali. L'oggetto sociale – ovvero l'esercizio di una professione intellettuale protetta – è invero elemento tipizzante delle società tra professionisti¹⁵.

Certamente una lettura dei commi 3 e 4, lett. b) dell'art. 10 indurrebbe a concludere nel senso che le società tra professionisti possano costituirsi solo per l'esercizio di attività professionali ordinistiche. E infatti oltre al già citato terzo co., che espressamente ammette «la costituzione di società per l'esercizio di attività professionali regolamentate nel sistema ordinistico»,

¹⁴ Art. 1, co. 4, lett. d) ed e), d.lgs. n. 139/2005.

¹⁵ In questo senso, O. CAGNASSO, *L'oggetto sociale della società tra professionisti e della società tra avvocati*, Relazione al Convegno "Società tra professionisti e alternative", Milano, 22-23 ottobre 2013, in *Giur. comm.*, 2014, II, p. 297 ss.

il legislatore fornisce di seguito una definizione di socio professionista riferendosi ai soli professionisti «iscritti ad ordini, albi e collegi»¹⁶.

Con tali espliciti riferimenti pare dunque che il legislatore abbia voluto riservare alle sole professioni ordinistiche, ossia quelle per il cui esercizio sono previsti un esame di stato e l'istituzione di un ordine al quale è delegata la funzione di controllo sullo svolgimento dell'attività e sulla condotta degli iscritti, la possibilità di costituire società tra professionisti.

Tra le professioni si rinviene anche la revisione legale, per il cui esercizio si deve essere iscritti presso il Registro dei revisori legali, istituito presso il Ministero dell'economia e delle finanze, in applicazione del decreto legislativo n. 39/2010, che solo dà diritto all'uso del titolo di revisore contabile¹⁷; tuttavia, di per sé, il Registro dei revisori legali non costituisce autonomo ordine, non essendo dotato né di personalità giuridica né di una struttura assembleare, elementi invece comuni ad ordini e collegi che, individuati da normativa statale, sono considerati enti pubblici di tipo associativo, con autonoma soggettività e caratterizzati da una struttura sorretta da organi collegiali.

La revisione legale, dunque, per quanto professione regolata, non essendo riconducibile ad autonomo ordine non parrebbe rientrare nell'ambito di applicabilità della disciplina di società tra professionisti, così come non vi rientrano tutte le professioni non regolamentate¹⁸.

Non di così lineare interpretazione pare invece la lett. a) dell'art. 10, co. 4, dove è richiesto che, per assumere la qualifica di società tra professionisti, la società preveda nel proprio atto costitutivo «l'esercizio in via esclusiva dell'attività professionale da parte dei soci».

Vi è anzitutto chi, coordinando la disposizione in oggetto con la lett. c) del medesimo quarto comma¹⁹, sostiene che il richiamo all'esclusività non tanto si riferisca all'attività svolta dal socio professionista, quanto voglia invece escludere che l'attività professionale possa essere svolta da profes-

¹⁶ Art. 10, co. 4 lett b), l. n. 183/2011.

¹⁷ Il d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, con il quale è stata data attuazione alla Direttiva 2006/43/CE relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati, all'art. 2, co. 2, individua i requisiti che persone fisiche e società devono soddisfare per chiedere e ottenere l'iscrizione al Registro dei revisori legali.

¹⁸ Con riferimento alle professioni non regolamentate si segnala la l. 14 gennaio 2013 n. 4 che, cambiando prospettiva rispetto al modello delle professioni ordinistiche, punta a un sistema basato sulla pluralità degli enti associativi e sulla volontarietà delle adesioni. Si veda al riguardo, A. GENOVESE, *Il nuovo statuto delle professioni non regolamentate. Prime note sulla legge 14 gennaio 2013, n. 4*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, II, p. 301 ss.

¹⁹ L'art. 10, co. 4, lett. c), richiede infatti che l'atto costitutivo stabilisca «criteri e modalità affinché l'esecuzione dell'incarico professionale conferito alla società sia eseguito solo dai soci in possesso dei requisiti per l'esercizio della prestazione professionale richiesta (...)».

sionisti che non siano soci della società²⁰, ed altresì che tale attività non possa essere svolta da soci non professionisti²¹. Nonostante il contratto d'opera si concluda tra società e cliente – e non tra quest'ultimo e il singolo professionista²² – e quindi nonostante l'obbligazione professionale debba essere imputata alla società, l'attività professionale può essere prestata soltanto, in via esclusiva, da soci che siano persone fisiche, abilitate all'esercizio della specifica professione in oggetto e singolarmente individuate tramite designazione del cliente o, in mancanza, della società (art. 10, co. 4, lett. c)).

Gran parte della dottrina ritiene infatti che costituisca opera «ermeneuticamente azzardata»²³ dedurre automaticamente dalla formulazione della norma l'obbligo per la società tra professionisti di dotarsi di oggetto sociale che esclude ogni altra attività economica²⁴, quantomeno per il fatto che, laddove il legislatore intende circoscrivere l'oggetto sociale a

20 C. IBBA, *Le società tra professionisti: ancora una falsa partenza*, in *Riv. not.*, 2012, I, p. 1 ss., a p. 12; e ancora C. IBBA, *Liberalizzazioni, efficienza del sistema economico e qualità della produzione legislativa*, intervento all'incontro di presentazione del IV Convegno annuale di "Orizzonti del diritto commerciale", Roma, 6 luglio 2012, in *Giur. comm.*, 2013, II, p. 242 ss., in particolare da p. 247.

21 La lettera a) dell'art. 10, co. 4, può essere interpretata anche come impossibilità per lo stesso socio professionista di esercitare la sua attività professionale in più di una società tra professionisti, in questo senso «esercizio in via esclusiva». Tuttavia, soffermarsi su tale interpretazione pare in questa sede superfluo in virtù dell'espresso divieto posto in tal senso dall'art. 10, co. 6, che recita «La partecipazione ad una società è incompatibile con la partecipazione ad altra società tra professionisti». Sul punto, si è altresì espresso lo stesso Istituto di ricerca dei Dottori commercialisti ed Esperti contabili, nella circolare 33/IR del 2013; si veda anche S. CERATO, *La nuova disciplina civilistica delle società tra professionisti secondo l'IRDCEC*, in *Corr. trib.*, 2013, p. 2783 ss.

22 Ad una possibile interpretazione dell'art. 10, co. 4, lett. a), l. n. 183/2011, come norma espressiva dell'idea che il contratto d'opera si conclude fra il singolo socio professionista e il cliente, lasciando la società destinataria solo dei risultati economici, con la conseguenza che la responsabilità dell'obbligazione non è posta in carico alla società ma al singolo professionista, deve preferirsi un'interpretazione complessiva del medesimo articolo che fa quindi propendere per la teoria secondo cui il rapporto si instaura tra società e cliente. Tale soluzione pare preferibile in quanto coerente con la medesima norma laddove, al co. 4 lett. c) attribuisce alla società la possibilità, in mancanza di scelta dell'utente, di designare il socio professionista che debba in concreto esercitare l'incarico, ovvero con la necessità dell'iscrizione della società tra professionisti all'albo o ordine della professione per cui si costituisce, o anche con l'obbligo di stipulare una polizza assicurativa per i danni ai clienti causati dai singoli soci professionisti nell'esercizio dell'attività professionale.

23 In questo senso G. MARASÀ, *Le società tra professionisti*, in *Riv. soc.*, 2014, I, p. 429 ss.

24 Sostengono invece che un tale processo interpretativo sia ammissibile M. CIAN, *La nuova società tra professionisti. Primi interrogativi e prime riflessioni*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 3 ss.; O. CAGNASSO, *Soggetti ed oggetto della società tra professionisti*, in *Nuovo dir. soc.*, 2012, III, p. 9 ss.

una sola, determinata attività, ciò viene previsto espressamente²⁵. Invero, imporre l'esclusività dell'oggetto sociale, impedendo così alla società tra professionisti l'esercizio di altre attività, costituisce una limitazione alla libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost., che, coerentemente con le altre disposizioni in materia di liberalizzazioni²⁶, deve essere intesa in modo restrittivo²⁷. Al contempo però, si rileva come, se venisse meno il "baluardo" dell'esclusività dell'oggetto sociale, diventerebbe difficile sostenere che l'esercizio della professione intellettuale non sia assimilabile all'attività d'impresa²⁸. A meno che non si voglia sostenere che il legislatore abbia inteso prospettare uno scenario di assoluta equiparazione tra attività professionale e attività di impresa,

l'esclusività pare dunque dover attenere non solo al fatto che l'attività professionale possa essere svolta solo da soci professionisti, ma sembra dover attenere anche all'oggetto sociale stesso. Al riguardo, va preliminarmente osservato come nelle società tra avvocati la natura non commerciale dell'attività esercitata è espressamente richiamata dal par. 5 della relazione governativa ed altresì, seppur indirettamente, dall'art. 16 del d.lgs. n. 96/2001 laddove ai commi 2 e 3 si stabilisce rispettivamente che l'iscrizione della società tra avvocati nella sezione speciale - appositamente creata - del Registro delle Imprese ha mera funzione di certificazione anagrafica e di pubblicità notizia e che la società tra avvocati non è soggetta a fallimento²⁹. Diversamente, per le società tra professionisti il

25 C. IBBA, *Le società tra professionisti: ancora una falsa partenza*, op. cit., p. 12. Ma si veda anche al riguardo C. IBBA, *Liberalizzazioni, efficienza del sistema economico e qualità della produzione legislativa*, op. cit.

26 Si veda in particolare l'art. 1, co. 2, d.l. n. 1/2012, come convertito in l. n. 27/2012.

27 In questo senso G. MARASÀ, *I confini delle società tra professionisti*, in *Società*, 2012, p. 397 ss. e C. IBBA, *Liberalizzazioni efficienza del sistema economico e qualità della produzione legislativa*, op. cit., p. 250 ss.

28 Ancora, si veda in tal senso S. ROSSI, E. CODAZZI, *La società tra professionisti: l'oggetto sociale*, in *Società*, 2012, suppl. al n. 3, p. 5 ss. Sostiene invero la teoria dell'esclusività dell'oggetto anche G. BERTOLOTTI, *Società tra professionisti e società tra avvocati*, Torino, 2013, p. 72 ss. Propendono invece per l'esclusività dell'oggetto sociale anche IRDCEC, *La nuova disciplina delle società tra professionisti*, circolare n. 32 del 2013 e CNN, *Prime note sulle società tra professionisti*, studio n. 41-2012/I, a cura di G. NARDONE, A RUOTOLO, M. SILVA (tuttavia, l'esclusività dell'oggetto trova un limite nelle società tra professionisti multidisciplinari, e v. *infra*, par. 6.1.). È comunemente ritenuto illegittimo, invece, l'oggetto sociale che prevede attività di consulenza in generale.

29 Con riferimento alle società tra avvocati, lo stesso art. 5 del d.lgs. n. 96/2001 ne chiarisce il carattere di specialità, con la conseguenza che queste non possono essere regolate dalle disposizioni generali contenute nella l. n. 183/2011. In questo senso, si è espresso anche il Consiglio Nazionale Forense in una Circolare del 12 settembre 2013. Con riferimento alle società tra avvocati, fra i numerosi contributi, si segnalano L. DE ANGELIS, *Noterelle (in libertà) sulle società tra professionisti, ed in particolare sulla società tra avvocati*, in *Riv. Dir. Impresa*, 2002, p. 513 ss.; C. IBBA, *Della società di avvocati*, in R. BARATTA, *La società di avvocati*, To-

legislatore non ha previsto un espresso esonero dalla disciplina dettata per l'impresa commerciale (in particolare si pensi all'assoggettabilità alle procedure previste dalla legge fallimentare). Enfatizzando tale silenzio vi è chi propende per il riconoscimento all'attività della società tra professionisti della natura commerciale³⁰: in particolare, il risultato del ciclo produttivo sarebbe a tutti gli effetti un servizio e il professionista perseguirebbe una vera e propria finalità lucrativa, senza semplicemente organizzarsi con metodo economico; ovvero, e ancor prima, «una contrapposizione tra professione intellettuale e impresa non [sarebbe] mai possibile sul versante del risultato produttivo – essendo la separazione dei servizi intellettuali dai servizi materiali non fondata razionalmente, e non [sarebbe] sempre possibile neppure sul piano delle modalità della produzione (organizzazione e, men che mai, economicità)»³¹. Ancora, tale posizione pare avvalorata se si considera il contesto di spinta alla liberalizzazione nel quale si inserisce la stessa riforma in tema di attività professionali, così come dall'assoggettabilità delle libere professioni alla disciplina in materia di concorrenza, in quanto attività dotate di contenuto economico³².

Pare tuttavia complesso colmare il silenzio legislativo di contenuto così innovativo in presenza dall'art. 2238 c.c. – il quale, si noti, si applica a tutte le professioni libere e non solo a quelle protette³³ – che espressamente esclude il professionista intellettuale dall'applicabilità della disciplina dell'imprenditore commerciale, a meno che la prestazione intellettuale non sia solo uno dei vari servizi resi all'interno di una più ampia organizzazione. Ed invero, non solo per la società tra avvocati, ma anche per la società tra professionisti, è confermato il postulato della personalità della prestazione, soggettivamente infungibile, resa dal professionista, che per

rino, 2002, p. 42 ss.; M.S. RICHTER, *Prime riflessioni su costituzione, modificazione e nullità di società tra avvocati*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 452 ss.; L. DE ANGELIS (a cura di), *La società tra avvocati: uno sguardo d'insieme*, in *Quad. giur. comm.*, Milano, 2003; A. BERLINGUER (a cura di), *La professione forense. Modelli a confronto*, Milano, 2008; A. GUIDO, *Le società tra avvocati* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 1 ss.; E. CODAZZI, *Le società tra avvocati tra vecchia e nuova disciplina. Alcune considerazioni alla luce dell'art. 5, legge n. 247/2012*, in *Società*, 2014, p. 29 ss.; E. SORCI, *Il progetto di "restyling" delle società tra avvocati*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 635 ss.

30 In tal senso, G. MARASÀ, *I confini delle società tra professionisti*, op. cit., a p. 401 e D. CATERINO, *Appunti in tema di soci e rapporti tra soci nelle società per l'esercizio delle attività imprenditoriali di cui alla legge n. 183/2011*, intervento IV Convegno Nazionale Orizzonti del Diritto Commerciale, Roma 22-23 febbraio 2013, disponibile a http://rivistaodc.eu/media/20535/caterino_paper_29.01.013_def.pdf.

31 P. SPADA, *Società tra professionisti*, in *Riv. Not.*, 1997, I, p. 1366 ss.

32 Si veda ad esempio, A. ARGENTATI, *Le professioni intellettuali tra regolamentazione pubblicistica e disciplina della concorrenza*, in *Giur. comm.*, 2000, II, p. 649 ss.

33 L. DE ANGELIS, *Le società professionali nel progetto di riforma delle libere professioni*, op. cit., p. 213 ss.

alcuni autori è sufficiente ad escludere la natura commerciale dell'attività professionale³⁴, in questo senso richiamando la categoria dottrinale di «società senza impresa»³⁵.

A favore della teoria dell'esclusività dell'oggetto sociale pare tuttavia doversi propendere considerando come, se si consentisse una società tra professionisti con oggetto non esclusivo, si potrebbe realizzare il paradosso di una società denominata società tra professionisti per la quale però la perdita dei requisiti professionali in capo ai soci non ammetterebbe l'applicazione della disciplina in tema di scioglimento per sopravvenuta impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale né l'ordinamento sarebbe in grado di sanzionare una situazione simile, con conseguente lesione dell'affidamento da parte dei terzi e stravolgimento della disciplina in materia di società tra professionisti, tutta orientata a ponderare l'organizzazione in forma societaria con un'attività intellettuale, individuale, portatrice di interessi di natura pubblicistica³⁶.

L'esclusività dell'oggetto sociale, di conseguenza, non ammette di affiancare alla professione intellettuale, per il cui esercizio la società tra professionisti è costituita, altre attività che non siano attività tecniche meramente strumentali all'attività professionale.

Se si assume quindi che le società tra professionisti possono costituirsi solo per l'esercizio di attività professionali di tipo ordinistico e che l'esclusività dell'oggetto sociale ammette di affiancare a quella professionale soltanto l'esercizio di attività strumentali, si deve escludere conseguentemente la possibilità di costituire società tra professionisti che abbiano a oggetto la mera revisione legale dei conti, a meno che i soci professionisti esperti contabili non siano anche iscritti nell'apposita sezione dell'Albo dei Dottori commercialisti ed Esperti contabili, in virtù del richiamo che l'art. 1, co. 4, lett. *d*) ed *e*) del d.lgs. n. 139/2005 (ordinamento professionale dei Dottori commercialisti o Esperti contabili) fa all'attività di revisione legale dei conti. Verrebbe quindi esclusa, anche sotto questo profilo inerente le limitazioni dell'oggetto sociale, la possibilità per il revisore contabile di assumere la qualifica di socio professionista di società tra professionisti, salvo che questi non sia altresì iscritto all'albo dei dottori commercialisti.

34 Al momento è irrilevante il dibattito attorno all'esistenza dell'impresa civile, *tertium genus* rispetto all'impresa commerciale ed all'impresa agricola, in quanto essa sarebbe comunque impresa non commerciale. Tra i tanti, al riguardo si veda E. ZANELLI, *Il volo del calabrone su imprese e società vere e false. A proposito di società semplici, immobiliari, professionali e cooperative*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, p. 733 ss.

35 Tra i tanti, G. MARASÀ, *Società tra professionisti e impresa*, in *Riv. not.*, 1997, p. 1345 ss.

36 A. BUSANI, *Massime notari e orientamenti professionali. La società tra professionisti*, in *Società*, 2014, p. 1250 ss. Ancora, per un'analisi critica delle società tra professionisti, si veda M. CIAN, *Gli assetti proprietari nelle società tra professionisti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, II, p. 343 ss.

Egli potrà invece partecipare in qualità di socio non professionista, al fine di apportare prestazioni tecniche ovvero per finalità di puro investimento, come verrà meglio analizzato nel paragrafo che segue.

4 Il revisore legale dei conti come socio non professionista

Un'importante novità introdotta dalla l. n. 183/2011 concerne l'ammissibilità di soci non professionisti, investitori o prestatori di attività tecniche, a fianco dell'altra componente della compagine sociale, questa sì essenziale, dei soci professionisti.

Nell'affrontare le problematiche attinenti alla partecipazione del revisore legale dei conti conviene approfondire il profilo delle prestazioni tecniche che il socio non professionista può eseguire³⁷.

Tali prestazioni, che giustificano la partecipazione sociale, si ritiene debbano essere funzionali e coerenti con l'attività professionale oggetto della società tra professionisti; esse non rientrano, dunque, nell'oggetto sociale ma ne sono strumentali e accessorie³⁸.

Le prestazioni tecniche possono essere rese in forma di conferimento, tuttavia può ammettersi la prestazione resa in altra forma, ad esempio con un contratto di lavoro autonomo o dipendente, affiancandovi sì un conferimento ma al solo scopo di rafforzare il collegamento tra il fornitore di prestazioni tecniche e la società tra professionisti. Quest'ultima sarebbe tra l'altro l'unica alternativa possibile in caso di società tra professionisti che adottò la forma di società azionaria: in questo caso, com'è noto, le prestazioni tecniche non possono essere oggetto di autonomo conferimento mentre potranno essere apportate a titolo di prestazioni accessorie ai sensi dell'art. 2345 c.c., congiuntamente a un conferimento in denaro o di altri beni³⁹. Ancora, la prestazione tecnica in s.p.a. potrà essere resa a

³⁷ Non pare utile alla presente nota indagare l'altra modalità in cui può coniugarsi la partecipazione del socio non professionista, quella cioè del socio meramente investitore, ossia colui che acquisisce una partecipazione sociale allo scopo di realizzare un investimento remunerativo, la quale presenta criticità comuni a qualsiasi società tra professionisti indifferentemente da quella che sia l'attività professionale svolta.

³⁸ Affiancare ad un oggetto esclusivo attività connesse e accessorie non è una novità della disciplina di società tra professionisti, ma è un tema che ricorre in altre discipline. Si pensi, tra le tante, a quanto permesso agli intermediari finanziari che oltre ad attività finanziaria possono svolgere attività strumentali quali gestione di immobili ad uso funzionale, gestione di servizi informatici o di elaborazione dati e formazione e addestramento del personale, ovvero attività accessorie, ossia attività che consentono di sviluppare l'attività finanziaria esercitata, quali la prestazione di servizi d'informazione commerciale o la locazione di cassette di sicurezza.

³⁹ In entrambi i casi non è necessario che le prestazioni accessorie siano rese in modo continuativo. Per una compiuta riflessione attorno ai conferimenti nelle società tra professionisti, si

fronte dell'emissione di strumenti finanziari *ex art.* 2646, co. 6, c.c., dotati di diritti patrimoniali o amministrativi, escluso tuttavia il diritto di voto nell'assemblea generale degli azionisti. In questo caso, non si sarebbe in presenza di un socio, ma di un soggetto che, se titolare di diritti amministrativi, segnatamente del diritto di voto, sarebbe comunque in grado di esercitare un potere di *voice* nell'ambito della società.

Nel caso specifico che qui interessa, il revisore legale, non potendo, secondo le conclusioni sopra raggiunte, assumere la qualifica di socio professionista, potrà però apportare la propria professionalità in società in qualità di socio non professionista⁴⁰ - o di titolare di strumenti finanziari partecipativi, senza assumere dunque la qualifica di socio - tuttavia con il trattamento, svantaggioso rispetto al primo, che il legislatore pare riservare al secondo. In particolare, l'odierno art. 10 l. n. 183/2011, come modificato dal d.l. n. 1/2012 e diversamente dalla sua formulazione originaria, regola i rapporti di forza tra le due categorie di soci, assicurando ai soci professionisti la maggioranza dei due terzi nelle decisioni dei soci o nelle deliberazioni assembleari⁴¹. Diversamente, nulla è detto con riguardo all'organo amministrativo, così rimettendo alla volontà dei soci la decisione circa la sua composizione.

Si noti come, nel legittimo esercizio dell'autonomia statutaria a loro assegnata dal legislatore, i soci professionisti potrebbero attribuire ampi poteri di gestione ai soci non professionisti così come a non soci. In tali casi, tuttavia, sorge un dubbio circa la configurabilità dell'ipotesi limite, normativamente prevista dall'art. 2238, co. 1, c.c. in cui «l'esercizio della professione costituisce elemento di un'attività organizzata in forma d'impresa», la quale comporterebbe la cumulazione in capo alla società tra professionisti altresì della qualifica d'imprenditore, con conseguente applicazione integrale della disciplina dell'impresa. La fattispecie descritta

veda C. IBBA, *La partecipazione sociale nelle società tra professionisti e nelle società tra avvocati*, relazione al Convegno su "Società tra professionisti e alternative", Milano, 22-23 ottobre 2013, in *Le Nuove leggi civ. comm.*, 2014, pp. 621 ss. Sempre in tema di conferimenti, si segnalano M. BINI, *La valutazione di uno studio professionale a fini di conferimento ad una S.T.P.*, in *Società*, 2012, supp. al n. 5, p. 37 ss.; A. BUSANI, *Avviamento e clientela nel conferimento dello studio professionale in S.T.P.*, in *Società*, 2012, supp. al n. 5, p. 29 ss.

40 Il socio non professionista in generale deve possedere i requisiti di onorabilità necessari per l'iscrizione all'albo a cui la società è iscritta, non può aver riportato condanne definitive e non deve essere soggetto cancellato da un albo professionale per motivi disciplinari; si potrebbe ritenere, infine, che anche al socio non professionista sia esteso il divieto di partecipazione a più società tra professionisti, grazie alla generica formulazione del sesto co. dell'art. 10 l. n. 183/2011, tuttavia nella relazione illustrativa sullo schema del d.m. n. 34/2013 si afferma espressamente di lasciare all'interprete l'opzione circa la possibilità o meno di ritenere che tale norma sia estesa a tutti i soci, anche non professionisti. Per un rapido scorcio delle diverse opinioni in dottrina sul punto si veda G. MARASÀ, *Le società tra professionisti*, *op. cit.*

41 Art. 10, co. 4, lett. b), l. n. 183/2011. Si veda anche A. BONECHI, *Limitata a un terzo la presenza dei soci non professionisti nelle s.t.p.*, in *Corr. trib.*, 2012, p. 1261 ss.; A. STABILINI, *I soci non professionisti*, in *Società*, 2012, suppl. al n. 3, 45 ss.

dall'art. 2238, co. 1, c.c. parrebbe ricorrere nel momento in cui l'attività effettivamente svolta si risolvesse nel mero coordinamento delle prestazioni professionali; segnatamente, il rischio dell'adozione di un comportamento imprenditoriale sorge ogni volta che la gestione è attribuita a soggetti che sostanzialmente non effettuano prestazioni professionali. Uno scenario simile è quindi immaginabile non solo con riferimento a non soci, ma anche con riferimento a soci di mero investimento, o a soci non professionisti che apportano però prestazioni tecniche (come nel caso del revisore legale) ovvero persino con riferimento a soci professionisti che, per quanto abilitati, non esercitano in concreto la professione (ipotesi del tutto realistica in quanto i soci professionisti non sono mai tenuti a prestare la loro opera salvo il caso in cui siano soci d'opera), ma si limitino a organizzare e coordinare l'attività di altri soci professionisti che prestano effettivamente la loro opera per la società. Vi sono autori che rinvergono la fattispecie dell'art. 2238, co. 1, c.c. anche in quest'ultima ipotesi; «se è vero che non è il mero uso delle forma societaria, quand'anche capitalistica, a determinare un'automatica riqualificazione della società tra professionisti come impresa, non è men vero che tale qualificazione può giustificarsi tutte le volte che nel concreto agire della società si riscontra la fattispecie dell'art. 2238, co. 1, c.c., e l'eventualità che ciò possa accadere è tanto maggiore quanto più il potere gestorio si concentra nelle mani di soggetti che, quale che sia la loro qualifica professionale (professionisti abilitati o no) o sociale (soci professionisti, soci non professionisti, non soci), di fatto non prestano opera professionale per la società»⁴².

Di per sé, tuttavia, l'attuale disciplina in materia di società tra professionisti non esclude la possibilità che il governo societario sia attribuito a soggetti che di fatto non esercitano attività professionale⁴³. Questa libertà nella composizione dell'organo amministrativo rimessa nelle mani della maggioranza dei soci - e dunque, stante la previsione dell'art. 10, co. 4, lett. b), dei soci professionisti - può tuttavia avvantaggiare il "mero" revisore legale che, non potendo assumere la qualifica di socio professionista è invece destinato ad un ruolo marginale in sede assembleare. Si potrebbe, infatti, immaginare una società tra professionisti costituita in forma di società a responsabilità limitata il cui atto costitutivo riserva a soci non professionisti la qualifica di amministratori⁴⁴, aprendo in tal modo la strada ad un ruolo di protagonista per il revisore legale, socio sì non professionista, ma in grado di influenzare il governo societario.

42 G. MARASÀ, *Le società tra professionisti*, cit., p. 457.

43 Solo nella società tra professionisti costituita come società cooperativa la prevalenza dei soci professionisti nell'organo gestorio è garantita dagli artt. 2542, co. 2, e 2544, co. 2 e 3, c.c., e dall'art. 4, co. 3, l. n. 59/1992.

44 Art. 2468, co. 3, c.c.

5 Un confronto con la società di revisione

Fermo quanto sopra affermato in ordine al divieto di costituire società tra professionisti per chi è solo revisore, appare necessario indagare quali siano gli strumenti che l'ordinamento pone a disposizione del revisore legale per lo svolgimento in forma associata dell'attività.

Come anticipato, la disciplina che regola in via generale le società tra professionisti s'inserisce in un ordinamento in cui già era ammessa, da normative settoriali antecedenti la l. n. 183/2011, l'organizzazione in forma societaria di professioni protette: le società tra avvocati di cui al d.lgs. n. 96/2001⁴⁵; le società di ingegneria previste dal d.lgs. n. 163/2006⁴⁶; e le società di revisione che riguardano l'esercizio in forma societaria dell'attività di revisione dei conti annuali o dei conti consolidati effettuata in conformità alle disposizioni del d.lgs. n. 39/2010. Coerentemente, l'articolo 10, co. 9, l. n. 183/2011 fa espressamente salvi i modelli societari e le associazioni professionali già vigenti alla data di entrata in vigore della legge di stabilità 2012⁴⁷.

La società di revisione, fatta dunque salva dall'intervento legislativo del 2011, non richiede né l'uso esclusivo di un tipo di società personale, legittimando il ricorso anche a società di capitali, né la presenza di soli soci abilitati, già legittimando la partecipazione di soci di capitale. Essa può infatti costituirsi come società di persone ovvero di capitali purché siano revisori contabili, nelle società di capitali, la maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione (o del consiglio di gestione) e i titolari della maggioranza dei diritti di voto in assemblea ordinaria; nelle società di persone, la maggioranza numerica e per quote dei soci. Diversamente dunque dalle società tra professionisti, qui è espressamente riservata ai

45 Il modello societario previsto dal d.lgs. n. 96/2001, e ad oggi dotato di denominazione società tra professionisti, è l'unico utilizzabile per l'esercizio in forma societaria della professione forense ed è caratterizzato dalla presenza di soli soci in possesso del titolo di avvocato e da un oggetto sociale esclusivo, consistente nell'esercizio in comune della professione forense, ossia dell'attività di rappresentanza, assistenza e difesa in giudizio.

46 Sono tali le società che «eseguono studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzione dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica o studi di impatto ambientale». Per una prima ricognizione in materia di società di ingegneria, si veda C. BORGIA, *Il contratto di engineering*, Padova, 1992.

47 L'abrogazione della l. n. 1815/1939 non inficia la validità di associazioni tra professionisti già esistenti prima dell'entrata in vigore della l. n. 183/2011, né vieta la possibilità di costituirne di nuove. Le professioni non regolamentate possono associarsi oggi secondo la disciplina dettata dalla legge 26 gennaio 2013, n. 4, che espressamente esclude dal suo ambito di applicazione le professioni ordinistiche, le professioni sanitarie, artigianali, commerciali e di pubblico esercizio disciplinate da specifiche normative (art. 1, co. 2). A differenza delle società tra avvocati e delle società di revisione, tuttavia, le associazioni professionali non danno vita a un centro di imputazione autonomo ma sono meri accordi conclusi tra professionisti per l'esercizio congiunto delle loro professioni.

soci revisori la maggioranza anche nell'organo gestorio della società. Si osservi però che per le società di revisione, diversamente che per le società forensi e per quelle di cui al d.lgs. n. 163/2006, il legislatore non utilizza la denominazione di società tra professionisti.

Come anticipato, la disciplina della società di revisione è contenuta nel d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, il quale prevede una serie di disposizioni in materia d'indipendenza e di riservatezza del revisore legale, quali la durata massima dell'incarico, limitazioni al rinnovo o incompatibilità con altre cariche⁴⁸, ma anche la necessaria sussistenza di requisiti di onorabilità in capo ai componenti dell'organo gestorio⁴⁹. Sotto il profilo della responsabilità invece «i revisori legali e le società di revisione legale rispondono in solido tra loro e con gli amministratori nei confronti della società che ha conferito l'incarico di revisione legale, dei suoi soci e dei terzi per i danni derivanti dall'inadempimento ai loro doveri»⁵⁰; ciascun debitore solidale, nei rapporti interni, è poi responsabile limitatamente al contributo effettivo al danno cagionato. Altresì, sono responsabili in solido tra loro e con la società di revisione legale il responsabile della revisione e i dipendenti che hanno collaborato all'attività di revisione contabile per i danni cagionati nei confronti della società che ha conferito l'incarico e di terzi danneggiati; anche qui essi sono responsabili nei limiti del proprio contributo effettivo⁵¹.

I revisori legali dei conti, dunque, pur non potendo costituire società tra professionisti, potranno esercitare in comune la loro professione per il tramite della società di revisione. E invero gli aspetti principali della disciplina delle due strutture organizzative, di cui rispettivamente alla l. n. 183/2011 e al d.lgs. n. 39/2010, non paiono eccessivamente distanti nei loro elementi essenziali. Nessuna delle due costituisce un tipo autonomo di società ma possono essere costituite secondo uno qualsiasi dei tipi societari previsti dai titoli II, III, IV, V, VI, VII del titolo V, libro V del codice civile (anche se solo le società tra professionisti potranno adottare

48 Al riguardo si vedano gli artt. 9 e 10 d.lgs. 39/2010.

49 Art. 2, co. 2, lett. a), d.lgs. 39/2010.

50 Art. 15, d.lgs. n. 39/2010; si veda in tema di responsabilità, C. RINALDO, *Profili di responsabilità nelle società tra professionisti. Riflessioni sulla responsabilità personale e societaria dei soci*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 836 ss., in particolare p. 860-862.

51 Art. 15, d.lgs. n. 39/2010. Per una schematica ricostruzione della disciplina di cui al d.lgs. 39/2010 si vedano R. LUGANO, M. NESSI, *La nuova disciplina della revisione legale prevista dal d.lgs. 27 gennaio 2010 n. 39*, in *Riv. dott. comm.*, 2010, p. 325 ss.; o P. GIUDICI, *La nuova disciplina della revisione legale*, in *Società*, 2010, p. 533 ss., che in particolare si sofferma sulle problematiche relative all'indipendenza e alla responsabilità civile; più recente, A. BERTELOTTI, *La revisione legale dei conti*, in *Giur. It.*, 2013, p. 11 ss. Con specifico riferimento ai profili di responsabilità invece si veda F. SALERNO, *La responsabilità del revisore tra nuove incertezze e vecchi problemi*, in *Riv. Soc.*, 2013, p. 985 ss.

la forma di società cooperativa) ed entrambe ammettono la partecipazione di soci d'investimento. Invero, la *ratio* sottesa alle due discipline pare simile; in entrambi i casi i baluardi da difendere sono «la professionalità, l'indipendenza e il rispetto delle regole sul conflitto di interesse»⁵², muovendo comunque dal presupposto che il lavoro intellettuale prevale sull'organizzazione. Netta permane invece la discrasia relativa al campo di applicazione della disciplina, rivolgendosi la società tra professionisti alle sole professioni protette di tipo ordinistico, con la conseguenza che diverse risultano le opportunità di esercizio in comune della professione messe a disposizione per il revisore legale a seconda che sia iscritto o meno anche all'Albo dei Dottori commercialisti ed Esperti contabili, facendo emergere dunque alcuni profili distintivi critici tra le due categorie di professionisti, come sarà meglio analizzato di seguito (par. 6.1).

6 Profili critici dell'attuale disciplina in materia di società tra professionisti in relazione all'attività di revisione legale dei conti

Nell'indagare, su impulso della recente presa di posizione del CNDCEC, il ruolo riservato ai revisori legali dei conti nel quadro normativo attuale relativo all'organizzazione in forma societaria delle professioni protette sono due, tra gli altri, i profili di particolare criticità che emergono.

6.1 Ammissibilità di società tra professionisti multidisciplinare

Un ultimo aspetto su cui si sofferma il CNDCEC nella nota in commento riguarda l'ammissibilità di società tra professionisti multidisciplinare tra dottori commercialisti e revisori legali.

L'art. 10, co. 8, l. n. 183/2011 ammette invero la costituzione di una società tra professionisti anche per l'esercizio di più attività professionali⁵³; società tra professionisti che dall'art. 1, lett. b), d.m. n. 34/2013 è denominata «società multidisciplinare».

Sul punto la nota del CNDCEC in commento sostiene che, nel momento in cui si ammette la costituzione di società tra professionisti solo per l'esercizio di attività professionale ordinistica e non essendo tale l'attività di revisione legale dei conti, deve escludersi la possibilità di costituire una società tra

⁵² P. MONTALENTI, *op. cit.*, p. 270.

⁵³ In caso di società multidisciplinare, non parre necessario indicare nell'oggetto sociale quale professione sia la prevalente.

professionisti multidisciplinare tra dottori commercialisti e revisori legali. Per il CNDCEC è esclusa, dunque, per i revisori legali dei conti la possibilità di costituire società multidisciplinari tra soci professionisti dottori commercialisti o esperti contabili e soci professionisti revisori legali proprio perché questi ultimi, di per sé, non possono essere soci professionisti.

Se è vero che le due modalità di esercizio da un lato di ogni professione ordinistica (la società tra professionisti) e dall'altro di quella specifica professione sì protetta ma non ordinistica (la società di revisione) condividono caratteristiche sostanziali di fondo quali la possibilità di costituirsi anche in forma di società di capitali oltre che di persone e l'ammissibilità di soci di capitale, dalla loro comparazione sembra tuttavia emergere una diseguaglianza di possibilità messe a disposizione dal legislatore a chi esercita l'attività di revisione legale dei conti come "mero" revisore legale e chi la esercita in quanto dottore commercialista iscritto ad apposito albo e altresì al registro dei revisori legali dei conti.

Solo nel secondo caso infatti, per il tramite di una società tra professionisti multidisciplinare, l'attività di revisione potrà affiancarsi ad altre attività professionali traendo così il massimo vantaggio dall'organizzazione in forma societaria sia con riguardo ai profili gestori che con riferimento alla qualità della prestazione, la quale potrebbe avvantaggiarsi di una organizzazione comune dell'attività di revisione con altre professioni intellettuali a questa affini. Allo stato attuale della normativa, il revisore legale dei conti, per la sua incapacità di costituire società tra professionisti e conseguentemente società tra professionisti multidisciplinari, è privato di tale opportunità, concessa invece all'esperto contabile che, grazie al richiamo che l'ordinamento professionale dei dottori commercialisti e esperti contabili fa all'attività di revisione legale dei conti⁵⁴, esercita la medesima attività professionale ma è iscritto e nell'Albo dei dottori commercialisti e nel Registro dei revisori legali.

Emerge quindi dalla disciplina in commento un profilo di potenziale illegittimità costituzionale, per lesione del principio d'eguaglianza e della libertà di iniziativa economica, che meriterebbe ulteriore approfondimento.

6.2 Esclusività dell'oggetto sociale come prestazione tecnica funzionale a soli soci professionisti: ammissibilità di prestazioni tecniche per il mercato?

Un ulteriore profilo critico concerne l'ipotesi, innanzi prospettata, del revisore socio non professionista per prestazioni tecniche, e riguarda la possibilità per lo stesso di rendere tali prestazioni direttamente al mercato, cioè a soggetti terzi rispetto alla società tra professionisti.

54 Art. 1, co. 4, lett. d) ed e), d.lgs. n. 139/2005.

Parte della dottrina, muovendo dall'assunto che la società ha come oggetto esclusivo l'esercizio di attività professionale, e sostenendo che il legislatore abbia voluto riferirsi solo a prestazioni tecniche funzionali allo svolgimento dell'attività sociale, interpreta il requisito di strumentalità della prestazione tecnica rispetto all'attività della società tra professionisti nel senso che le prestazioni tecniche vanno rese esclusivamente alla società, e non anche direttamente ai terzi, clienti della società⁵⁵.

Senza stravolgere l'assunto per cui tali prestazioni tecniche devono essere funzionali e accessorie rispetto all'attività professionale dei soci professionisti, nonché a essa coerenti, si pone il problema se sia possibile sostenere che, proprio in un'ottica di maggior funzionalità sostanziale, l'attività di revisione possa essere resa direttamente all'utente.

Tale affermazione sembrerebbe contrastare con la previsione normativa che pare disporre l'esclusività dell'oggetto sociale; si ritiene⁵⁶ tuttavia che l'esclusività dell'oggetto sociale, in quanto limitazione alla libertà di iniziativa economica che deve dunque essere interpretata in modo restrittivo, non determini di per sé l'illegittimità di un prestazione tecnica rivolta direttamente al cliente, purché tuttavia si mantenga stretto il nesso di funzionalità e accessorialità della prestazione tecnica "professionale" con l'attività professionale oggetto principale della società tra professionisti.

Non parrebbe in tal caso venir meno alcun requisito essenziale della società tra professionisti: l'attività professionale ordinistica sarebbe svolta solo da soci professionisti (art. 10, co 4, lett. a) e lett. c)) e il rapporto tra le due categorie di soci, professionisti e non, resterebbe comunque tale da assicurare ai primi la maggioranza dei due terzi nelle deliberazioni o decisioni dei soci (art. 10, co. 4, lett. b)). Invero, non sarebbero violate nemmeno disposizioni di diritto societario generale laddove l'oggetto sociale si riferisse anche ad attività funzionali e accessorie alla professione intellettuale (o alle professioni intellettuali in caso di società tra professionisti multidisciplinare). Sarebbe invece rimessa alla libertà dei soci la scelta se, nel caso concreto per quel servizio reso allo specifico utente, ammettere che la prestazione tecnica, nel caso di specie di revisione contabile, strumentale alla prestazione professionale del socio professionista, debba essere resa alla sola società o possa invece rivolgersi direttamente al cliente della società tra professionisti. Ovviamente, una estensione in tal senso della disciplina pone problemi di informazione e comunicazione all'utente e deve essere affiancata da adeguata protezione dell'affidamento del cliente.

55 In questo senso, P. MONTALENTI, *op. cit.*

56 In questo senso *supra*, par. 3, ma anche *supra*, nt. 20 per dottrina discordante.

Novità per gli *Energy Derivatives*

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

Abstract Following the global financial crisis, a new regulatory framework regarding derivatives regulation has arisen from the combined provisions of MiFID II, MiFIR and EMIR, aimed to make financial markets more efficient and transparent and to increase investor protections. In detail, MiFID II and MiFIR have introduced important changes particularly in relation to the definition of “financial instrument” and the exemptions defining the regulatory perimeter. Interpretative doubts arising from current regulations have resulted in clarifying interventions of European Authorities such as ESMA and ACER. Furthermore, EMIR has introduced provisions to improve transparency, establish common rules for central counterparties and for trade repositories and to reduce the risks associated with OTC derivatives market.

Sommario 1. Introduzione. – 2. MiFID I: dubbi interpretativi e interventi chiarificatori delle Autorità. – 3. Il (mutato) regime di esenzioni. – 4. Gli obblighi derivanti dal Regolamento EMIR.

1 Introduzione

La disciplina relativa ai derivati¹ su *commodities*² ha subito una profonda evoluzione nel corso degli ultimi decenni in cui si è passati da una indifferenza del legislatore europeo (basti pensare che prima dell'entrata in vigore della Direttiva MiFID I³, i derivati su *commodities*, a livello europeo, non erano soggetti ad alcuna specifica regolamentazione) ad un intervento

1 E. GIRINO, *I contratti derivati*, Milano, 2010, p. 433 ss.

2 Gli *energy derivatives* sono strumenti finanziari il cui valore dipende (“deriva”) da un'attività sottostante di natura reale, una merce oppure l'energia. Le parti, attraverso tali contratti, negoziano a termine (con adempimento differito di una, di più o di tutte le prestazioni rispetto alla data di stipulazione del contratto) un'entità economica parametrandola al differenziale tra il prezzo dell'attività sottostante (energia) al momento della stipulazione, e il suo valore – presunto – alla scadenza pattuita per l'esecuzione: l'oggetto della negoziazione, dunque, non è mai direttamente l'attività sottostante, bensì il differenziale fra il valore presunto e quello attuale di detta attività. Cfr. F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, Milano, 2007.

3 Direttiva n. 2004/39/CE.

legislativo sempre più mirato e dettagliato⁴, rappresentato dal Regolamento EMIR⁵, dal Regolamento REMIT⁶ e dalla revisione della Direttiva MiFID I che porterà al suo completo superamento ad opera della Direttiva MiFID II e del Regolamento MiFIR⁷.

Con la Direttiva MiFID I, infatti, i contratti derivati su *commodity*⁸ (e quindi anche quelli aventi come sottostante l'energia) ove «*negoziati in modo tale da richiedere un approccio regolamentare comparabile a quello degli strumenti finanziari tradizionali*»⁹ sono stati ricompresi all'interno della categoria degli strumenti finanziari¹⁰.

4 La crisi economica e finanziaria scoppiata nel 2008, infatti, avendo messo chiaramente in luce le debolezze strutturali insite nel funzionamento dei mercati finanziari, ha spinto i vertici internazionali (riunitisi a Pittsburgh nel 2009 e a Toronto nel 2010) ad assumersi l'impegno di adottare misure stringenti per accrescere la trasparenza nel mercato interno degli strumenti finanziari ed incrementare, a livello internazionale, la vigilanza regolamentare dei contratti derivati *Over The Counter (OTC)*, ovvero quei derivati negoziati fuori dai mercati regolamentati direttamente tra le due parti che hanno la possibilità di stabilire tutte le caratteristiche del contratto.

5 Regolamento n. 648/2012.

6 Regolamento n. 1227/2011.

7 Rispettivamente, la Direttiva n. 2014/65/UE e il Regolamento n. 600/2014.

8 Per *commodity* deve intendersi «*qualsiasi bene di natura fungibile che possa essere consegnato, compresi i metalli e i loro minerali e leghe, i prodotti agricoli e l'energia, come ad esempio l'elettricità*», art. 2, n. 1, Regolamento (CE) n. 1287/2006 della Commissione del 10 agosto 2006 recante «*Modalità di esecuzione della direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda gli obblighi in materia di registrazioni per le imprese di investimento, la comunicazione delle operazioni, la trasparenza del mercato, l'ammissione degli strumenti finanziari alla negoziazione e le definizioni di taluni termini ai fini di tale direttiva*».

9 4° *considerando*. Per ulteriori approfondimenti si veda P. BRACCO, S. DA EMPOLI, L. PAROLA e O. PRIVITERA, *Mercati a termine dell'energia*, Milano, 2012.

10 Sul punto, si rinvia a D. EZICKSON, P. SAMANT, *Prepare for regulation, International finance and law review* (consultabile al sito: <http://www.iflr.com>), 2008, pp. 52 e 53 ove si precisa che «*before November 2007, under the now repealed Investment Services Directive (ISD, Directive 93/22/EEC), commodity derivatives were not recognised as regulated financial instruments. Trading of these products was not a passportable activity. A balkanised regulatory system developed across the EU - different member states had differing regulatory standards and regimes for trading. To carry out commodity trading activities, firms would sometimes need to seek regulatory permissions in multiple jurisdictions. The system fostered regulatory arbitrage and market inefficiency. [...] Since the introduction of Mifid, energy market participants have been subject to new transparency and transaction reporting rules, with certain exemptions. As was the case before Mifid, OTC trades of energy derivatives are not subject to transparency rules. When transactions are entered into on an exchange or multilateral trading facility (MTF), the exchange or MTF must establish and maintain its own non-discriminatory rules, which will include transparency and transaction reporting provisions. [...] Each exchange or MTF must give participants enough information about the underlying markets to enable them to make reasonably informed decisions about the derivatives. In relation to energy derivatives, this will require an exchange or MTF to provide information about the underlying energy markets, including (where relevant) information on*

Un derivato su *commodity* è tale quando sussiste un legame fra il contratto e la merce sottostante (sia diretto, come nel caso di derivati sul prezzo della *commodity* stessa, sia indiretto, come ad esempio nel caso di un'opzione su un *future*¹¹ su *commodity*, ossia un derivato su un derivato)¹².

Ciononostante, non bisogna cadere nell'errore di ritenere che tutti i contratti aventi ad oggetto una *commodity* possano essere qualificati come strumenti finanziari: la Direttiva MiFID I sul punto precisa - anche se senza troppa chiarezza come si tenterà di spiegare nel prosieguo - che sono strumenti finanziari soltanto quelli che prevedono come modalità di esecuzione, anche per volontà di una sola delle parti, il regolamento dei differenziali del contratto per contanti (*cash settlement*)¹³ oppure quelli che, pur essendo regolati unicamente tramite consegna fisica (*physical settlement*), sono privi di scopi commerciali¹⁴ e dotati di sufficienti caratteristiche di finanziarietà quali la negoziazione su un mercato regolamentato o un sistema multilaterale di negoziazione¹⁵, la compensazione tramite controparti centrali, la previsione di disposizioni per il pagamento o la fornitura di margini in relazione al contratto¹⁶ e un certo grado di standardizzazione (ovvero il prezzo, il lotto, la data di consegna o altri termini stabiliti principalmente con riferimento ai prezzi pubblicati regolarmente)¹⁷.

Questi "indici di finanziarietà", rendendo finanziario un derivato su *commodity* anche quando ha ad oggetto la consegna fisica del bene, assumono particolare rilevanza in quanto l'esercizio professionale nei confronti del

pricing, supply and demand. [...] In the pre-Mifid era, each exchange would monitor transactions and produce a report. When the exchange identified suspicious transactions, it would inform the FSA, which would then investigate and decide what further action should be taken. [...] the question of whether the transparency and transaction reporting requirements placed on firms are proportional to the realities of trading on today's energy derivatives market. This is not just about regulating the traditional players that have always participated in the energy/commodity markets, but about ensuring that new investors (the hedge funds, pension funds and retail investors) are adequately protected and policed».

11 V. *infra*, nt. 18.

12 Come precisato dal richiamato Regolamento (CE) n. 1287/2006 (v. *supra*, nt. 7).

13 Allegato I, sez. C, n. 5, Direttiva MiFID I.

14 Si rinvia in generale a *L'energia di domani. Derivati elettrici e gestione del portafoglio per le imprese*, a cura di EGL Networking Energies e Idex Borsa Italiana, 2011.

15 Allegato I, sez. C, n. 6, Direttiva MiFID I.

16 Allegato I, sez. C, n. 7, Direttiva MiFID I.

17 Art. 38, co. 1, Regolamento (CE) n. 1287/2006.

pubblico di servizi e attività d'investimento¹⁸ è soggetto a una riserva di attività¹⁹, il cui esercizio abusivo è sanzionato anche penalmente.

Tuttavia, come si preciserà nel prosieguo, la Direttiva MiFID I ha previsto, per i derivati su *commodity*, un regime di esenzioni che può portare, in determinati casi, ad evitare che si applichino talune previsioni dettate in tema di intermediazione finanziaria; tale regime di esenzioni, però, occorre precisarlo fin da subito, cambierà notevolmente con l'effettiva entrata in vigore della Direttiva MiFID II.

2 MiFID I: dubbi interpretativi e interventi chiarificatori delle Autorità

Il nuovo quadro normativo derivante dall'applicazione della Direttiva MiFID II, del Regolamento MiFIR e del Regolamento EMIR, finalizzato a rendere i mercati finanziari più efficienti e trasparenti e a rafforzare la tutela degli investitori, ha mutato enormemente le "regole del gioco" per gli operatori che negoziano *energy derivatives*. In particolare, la Direttiva MiFID II, da un lato, ha ampliato il mercato dei derivati energetici, dall'altro, ha ristretto l'ambito di operatività delle esenzioni utilizzabili dagli operatori energetici, con conseguenze per questi ultimi che vanno oltre la richiamata necessità di ottenere un'autorizzazione come imprese di investimento (le uniche entità autorizzate a svolgere servizi e attività di investimento).

Per quanto riguarda la definizione di «*strumenti finanziari*», ai sensi della Direttiva MiFID II sono ora considerati strumenti finanziari sia le quote di emissione di CO2 sia gli strumenti derivati su merci negoziati su un sistema organizzato di negoziazione (OTF) – ad eccezione di quelli che «*devono essere regolati con consegna fisica*».

In particolare, la Direttiva MiFID I ha previsto che i contratti di opzione, *future*, *swap*²⁰ e altri derivati aventi come sottostante delle merci si qualificano come strumenti finanziari ove:

18 Ai sensi dell'art. 1, co. 5, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, il Testo Unico delle disposizioni in materia d'intermediazione finanziaria, d'ora innanzi t.u.f., per «*servizi e attività di investimento*» si intendono, quando hanno per oggetto strumenti finanziari, la negoziazione per conto proprio, l'esecuzione di ordini per conto dei clienti, la sottoscrizione e/o collocamento con assunzione a fermo ovvero con assunzione di garanzia nei confronti dell'emittente, il collocamento senza assunzione a fermo né assunzione di garanzia nei confronti dell'emittente, la gestione di portafogli, la ricezione e trasmissione di ordini, la consulenza in materia di investimenti e la gestione di sistemi multilaterali di negoziazione.

19 Secondo quanto previsto dalla Direttiva MiFID I e dall'art. 18 t.u.f.

20 Nonostante la sua dimensione e complessità, il mercato dei derivati è composto prevalentemente da *future*, *forward*, opzioni e *swap*. I *future* sono contratti a termine il cui *standard* prevede che le controparti si impegnino nello scambio di una certa attività finanziaria ad un determinato prezzo, con consegna e regolamento alla scadenza del contratto stesso.

- a. sia previsto il regolamento dei differenziali del contratto per contanti («*cash settlement*»), anche per volontà di una sola delle parti, quale modalità di esecuzione del contratto (Allegato I, sez. C, n. 5); ovvero
- b. il contratto sia regolato unicamente tramite consegna fisica («*physical settlement*»), ma ricorrano altresì alcune condizioni di natura tipicamente finanziaria, quali la negoziazione su un mercato regolamentato o un sistema multilaterale di negoziazione (Allegato I, sez. C, n. 6) oppure, nel caso si tratti di un contratto negoziato *over-the-counter*, l'assenza di scopi commerciali e il possesso delle caratteristiche degli altri strumenti finanziari derivati²¹ (Allegato I, sez. C, n. 7).

Nonostante l'imminente entrata in vigore della Direttiva MiFID II, l'ESMA 29 settembre 2015 è intervenuta sulla corretta interpretazione dei punti C.6 e C.7 dell'Allegato I della Direttiva MiFID I, pubblicando in consultazione una bozza di *paper*²² con lo scopo di chiarire alcuni dubbi interpretativi che da tempo sono oggetto di attenzione da parte degli operatori²³: il rischio, infatti, è che le differenze di approccio tra i diversi stati nazionali possano condurre ad applicazioni parzialmente difformi anche di altre normative in materia di derivati, come ad esempio il Regolamento EMIR.

All'esito di tale consultazione, il 6 maggio 2015 l'ESMA ha pubblicato le nuove linee guida²⁴ apportanti modifiche all'interpretazione della Direttiva MiFID I.

Tra gli interpreti, infatti, non era chiaro, in primo luogo, se i contratti *forward* regolati con consegna fisica fossero inclusi all'interno della defini-

I *forward* richiamano la fattispecie contrattuale dei *future*, essendo anch'essi accordi per comprare o vendere un'attività ad una certa data futura, per un certo prezzo. Tuttavia, a differenza dei *future*, non vengono trattati in borsa (*exchange-traded*), bensì nei mercati *over-the-counter*. Le opzioni si distinguono in due tipologie: *call* e *put*. Una *call option* dà al portatore il diritto di comprare un'attività entro una certa data per un certo prezzo; una *put option*, al contrario, dà al portatore il diritto di vendere un'attività entro una certa data, per un certo prezzo.

21 Ad esempio compensazione tramite *clearing house* e richiami di margini.

22 Disponibile all'indirizzo <http://www.esma.europa.eu/news/ESMA-consults-draft-guidelines-clarifying-definition-derivatives-under-MIFID?t=326&o=home>.

23 A seguito dell'entrata in vigore del Regolamento EMIR che ha introdotto nuovi obblighi in capo agli operatori, infatti, si è reso necessario assicurare che all'interno di tutti i Paesi membri vi fosse un'interpretazione armonizzata delle definizioni di strumenti finanziari contenute all'interno della Direttiva MiFID I, in quanto su tali definizioni si basano le previsioni del Regolamento EMIR che è direttamente applicabile in tutti gli Stati membri e non può essere oggetto di applicazioni differenti.

24 Tali modifiche sono destinate a trovare applicazione per un periodo di tempo circoscritto in quanto, riferendosi soltanto alle previsioni della Direttiva MiFID I, dovranno ritenersi applicabili soltanto fino all'entrata in vigore della Direttiva MiFID II.

zione di cui al punto C.6 e cosa dovesse intendersi per «*physically settled*» di cui ai punti C.6 e C.7; in secondo luogo, era stata avvertita l'esigenza di distinguere la portata della definizione contenuta al punto C.6 da quella di cui al punto C.7²⁵.

Il primo di tali dubbi interpretativi sorgeva dal dettato del punto C.6 che, a differenza del punto C.7, non fa espresso riferimento ai contratti derivati *forward*²⁶, lasciando agli interpreti di fronte all'interrogativo se tale previsione possa essere interpretata nel senso di ricomprendere anche tale tipologia di derivati oppure no.

L'ESMA, nel *paper* in consultazione prima e nelle linee guida poi, al riguardo si è espressa in termini positivi. La ragione di ciò, secondo l'Autorità, risiede nel fatto che la formulazione del punto C.6 è ampia e include non solo i contratti di opzione, *future* e *swap*, ma anche, in generale, «*altri contratti su strumenti derivati connessi a merci*». La definizione di strumenti finanziari di cui al punto C.6, dunque, a parere dell'ESMA, deve essere interpretata nel senso di includere tutti i contratti derivati su merci, inclusi i *forward*, ove però questi siano regolati tramite consegna fisica del sottostante («*physically settled*») e negoziati su un mercato regolamentato o un sistema multilaterale di negoziazione.

Con il proprio intervento l'ESMA si è soffermata altresì sul significato dell'espressione «*physically settled*» riprendendo un orientamento del CESR²⁷ al fine di precisare che si tratta di un'espressione ad ampio spettro che include diverse modalità di consegna (oltre alla consegna fisica delle merci vera e propria) quali:

- a. la consegna di un documento che attribuisce diritti di proprietà sulle merci sottostanti o sulla sottostante quantità di merci interessate (quali una polizza di carico o una garanzia di deposito); oppure
- b. altre modalità con le quali si realizza il trasferimento di diritti di proprietà in relazione alla sottostante quantità di beni senza consegna fisica degli stessi (inclusa la notifica, fissazione o designazione di un operatore appartenente ad una rete di fornitura di energia) che legittimi il ricevente alla sottostante quantità di merci.

Per quanto riguarda, invece, il secondo dei dubbi interpretativi richiamati, ovvero la definizione dei confini tra le definizioni contenute nei punti C.6 e C.7, secondo l'ESMA, l'espressione di cui al punto C.7 deve essere intesa alla luce di quanto previsto dall'art. 38 del Regolamento (CE) n. 1287/2006 e deve essere tenuta distinta da quella di cui al precedente punto C.6, in

25 E. FANONE, C. ONCIA, *Rischio credito e rischio liquidità nei mercati energetici. Impatto delle nuove normative sul trading fisico e finanziario dell'energia*, Milano, 2015.

26 V. *supra*, nt. 18.

27 N. 2005-290b.

quanto si applica a tutte le operazioni in derivati che possono essere regolate mediante consegna fisica che non siano negoziate su un mercato regolamentato o su sistema multilaterale di negoziazione purché si tratti di contratti derivati su *commodity* che cumulativamente:

- a. non siano contratti «*spot*», ovvero non eseguiti entro due giorni lavorativi o, a seconda dei casi e del mercato di riferimento, entro il periodo comunemente accettato per l'esecuzione «*spot*» dei contratti, ai sensi dell'art. 38, co. 2;
- b. non siano stati conclusi per «*scopi commerciali*», per tali intendendosi quelli conclusi «*con o da un operatore o un amministratore di una rete di trasmissione di energia, di un meccanismo di bilanciamento dell'energia o di una rete di condotte, ed è necessario per bilanciare le forniture e i consumi di energia in un determinato momento*»²⁸;
- c. rientrino congiuntamente nei casi di cui all'art. 38, co. 1, lett. a), b) e c):
 - a) rispondano ad uno dei seguenti gruppi di criteri:
 - i. negoziazione in un sistema di negoziazione di un paese terzo che svolge una funzione analoga a quella di un mercato regolamentato o di un sistema multilaterale di negoziazione;
 - ii. indicazione espressa circa la negoziazione in un mercato regolamentato, in un sistema multilaterale di negoziazione o in un sistema di negoziazione analogo di un paese terzo o soggezione alle regole di un tale mercato o sistema;
 - iii. indicazione espressa circa l'equivalenza ad un contratto negoziato in un mercato regolamentato, in un sistema multilaterale di negoziazione o in un sistema di negoziazione analogo di un paese terzo;
 - b) compensazione di una stanza di compensazione oppure di un altro soggetto che svolga le stesse funzioni di controparte centrale, oppure previsione di disposizioni per il pagamento o la fornitura di margini in relazione al contratto;
 - c) standardizzazione tale per cui il prezzo, il lotto, la data di consegna o altri termini siano stabiliti principalmente con riferimento a prezzi pubblicati regolarmente, a lotti *standard* o a date di consegna *standard*.

Da ultimo, il quarto comma dell'articolo 38, dando rilevanza anche alle caratteristiche personali del soggetto che pone in essere le operazioni in derivati, fornisce anche altri criteri per individuare le operazioni di cui al punto C.7, tra cui rientrano quelle concluse «*con o da un operatore o un*

28 Art. 38, co. 4, Regolamento (CE) n. 1287/2006.

amministratore di una rete di condotte» e quelle necessarie «per bilanciare le forniture e i consumi di energia in un determinato momento».

Prima della pubblicazione delle richiamate linee guida, l'ESMA è tornata sul tema²⁹, questa volta però in riferimento al testo della Direttiva MiFID II, rilasciando un parere nel quale ha precisato che i contratti aventi ad oggetto prodotti energetici all'ingrosso di cui all'eccezione del punto C.6 della Direttiva MiFID II possono essere classificati come prodotti che «*devono essere regolati con consegna fisica*» soltanto quando le parti sono effettivamente in grado di consegnare fisicamente o di ricevere la consegna della *commodity* sottostante. Secondo l'ESMA, infatti, i contratti aventi ad oggetto prodotti energetici all'ingrosso devono contenere previsioni che impongano alle parti l'adozione di adeguate misure - in considerazione della loro capacità produttiva, di stoccaggio e di consumo - per procedere alla consegna o alla ricezione della merce sottostante alla scadenza del contratto.

Tale parere ha suscitato le reazioni dell'ACER³⁰ che il 17 marzo 2015 ha pubblicato una raccomandazione³¹ spinta dal timore che le precisazioni contenute nel parere dell'ESMA potessero far sorgere errori interpretativi. L'ACER, infatti, ha precisato che la previsione di cui al punto C.6 della Direttiva MiFID II non deve essere interpretata nel senso di ritenere che soltanto le parti che hanno la possibilità di produrre, consumare e conservare energia possono sottoscrivere contratti derivati che devono essere regolati mediante consegna fisica e, in quanto tali, esclusi dall'ambito di applicazione della Direttiva MiFID II³².

29 Il 19 dicembre 2014, data in cui l'ESMA ha altresì posto in consultazione la propria bozza di *standard* tecnici di regolamentazione e di attuazione (RTS/ITS) per quanto riguarda l'implementazione della Direttiva MiFID II e del Regolamento MiFIR. La scadenza per l'invio dei commenti è stata fissata al 2 marzo 2015. L'ESMA utilizzerà le risultanze della consultazione per finalizzare i progetti di RTS che saranno sottoposti al vaglio della Commissione Europea entro la metà del 2015, mentre per gli ITS entro gennaio 2016.

30 Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia («*Agency for the Cooperation for Energy Regulators*»).

31 Raccomandazione n. 01 del 17 marzo 2015. Ai sensi del combinato disposto di cui all'art. 4 (1) (2) e 89 della Direttiva MiFID II, alla Commissione è stato attribuito il compito di adottare atti delegati che specifichino le caratteristiche di tali contratti derivati.

32 Il considerando n. 9 della Direttiva MiFID II precisa che sono inclusi tra gli strumenti finanziari oggetto della stessa direttiva anche i contratti energetici soggetti a regolamento fisico e scambiati nell'ambito di sistemi organizzati di negoziazione, ad eccezione di quelli già disciplinati dal Regolamento (UE) n. 1227/2011, c.d. Regolamento REMIT, sull'integrità e la trasparenza del mercato dell'energia all'ingrosso.

Il considerando n. 10 chiarisce, inoltre, che in considerazione della circostanza per cui l'ambito di applicazione della Direttiva MiFID II è limitato agli strumenti derivati su merci scambiati nell'ambito di sistemi organizzati di negoziazione che possono essere regolati con consegna fisica, con esclusione dei prodotti energetici all'ingrosso negoziati in un sistema organizzato di negoziazione che devono essere regolati con consegna fisica, «*è opportuno*

Più precisamente, ad avviso dell'ACER, infatti, il consumo o la produzione di una determinata merce non dovrebbero essere intesi come presupposti per chiarire quando un contratto sia regolato con consegna fisica³³. A tal fine, infatti, è sufficiente che il contratto contenga al suo interno adeguate previsioni per procedere alla consegna o alla ricezione della merce sottostante oppure modalità per trasferire i diritti di proprietà in relazione alle merci pur senza consegnarle fisicamente (come, ad esempio, la notifica, fissazione o designazione di un operatore appartenente ad una rete di fornitura di energia che legittimi il ricevente alla sottostante quantità di merci).

Al fine di scongiurare dubbi interpretativi, l'ACER, con la raccomandazione in analisi, invita la Commissione europea ad intervenire sul testo della Direttiva MiFID II, per mezzo di un atto delegato³⁴, al fine di chiarire che la previsione di misure per procedere alla consegna o alla ricezione della *commodity* oppure altre modalità per trasferire i diritti di proprietà in relazione alle merci senza consegnarle fisicamente³⁵ sono sufficienti per considerare un contratto come regolato con consegna fisica: il consumo o la produzione di energia, dunque, non devono essere considerati dei presupposti per ritenere il contratto regolato con consegna fisica.

Ad avviso dell'ACER, la Commissione dovrebbe precisare altresì che i contratti *forward* regolati con consegna fisica non rientrano nell'ambito di applicazione della Sezione C.6 dell'Allegato I della Direttiva MiFID II: sul punto emerge il contrasto con quanto precisato dall'ESMA nel *paper* in consultazione e nelle successive linee guida, in riferimento all'interpretazione della Direttiva MiFID I.

Dovrà attendersi l'adozione degli atti delegati previsti dalla Direttiva MiFID II per beneficiare di una (auspicabile) maggior chiarezza sul punto da parte della Commissione e dell'ESMA, ma non c'è dubbio che alcune

introdurre restrizioni che prevengano eventuali scappatoie e l'arbitraggio regolamentare che può derivarne». Il considerando prosegue mettendo in luce la necessità di «prevedere un atto delegato che specifichi ulteriormente il significato dell'espressione «soggetto a regolamento fisico» tenendo conto, quanto meno, dell'introduzione di un obbligo irrevocabile di consegna fisica vincolante e opponibile a terzi, senza diritto a regolamenti in contanti o a operazioni di compensazione, salvo in caso di forza maggiore, default o altra situazione di impossibilità di assolvimento caratterizzata da buona fede».

33 L'espressione di cui al punto C.6 della Direttiva MiFID II «devono essere regolati con consegna fisica» riferita ai prodotti energetici all'ingrosso negoziati su OTF. La corretta interpretazione di tale espressione è di fondamentale importanza in quanto permette di distinguere i contratti assoggettati alla disciplina della Direttiva MiFID II da quelli disciplinati dal richiamato Regolamento REMIT (v. *supra*, nt. 30).

34 La Commissione europea, al tempo in cui si scrive, sta lavorando alla preparazione di tale atto delegato.

35 Come la notifica, fissazione o designazione di un operatore appartenente ad una rete di fornitura di energia che legittimi il ricevente alla sottostante quantità di merci.

operazioni che prima delle richiamate riforme del legislatore europeo sono state considerate in passato come “trading fisico” saranno considerate “attività finanziarie”.

3 Il (mutato) regime di esenzioni

Come accennato, la recente riforma ha mutato notevolmente anche il regime di esenzioni previsto dalla Direttiva MiFID I che può portare³⁶, in determinati casi, ad evitare che in relazione ai derivati su *commodity* si applichino talune previsioni dettate in tema di intermediazione finanziaria: *in primis* quelle sulla riserva di attività.

Le esenzioni di cui possono beneficiare attualmente gli operatori che negoziano derivati su merci sono disciplinate dall’art. 2, lett. *b)*, *d)*, *i)* e *k)*, della Direttiva MIFID I e il loro regime è destinato a mutare non appena la Direttiva MiFID II entrerà definitivamente in vigore.

La prima di tali esenzioni è costituita dalla *c.d. specialization exemption* che opera a favore dei soggetti la cui attività principale consiste nel negoziare per conto proprio merci e/o strumenti derivati su merci (*commodity firms*), a meno che tali soggetti facciano parte di un gruppo la cui attività principale consiste nella prestazione di altri servizi di investimento³⁷. I soggetti che prestano servizi di investimento in strumenti derivati su merci ai clienti della propria attività principale, considerata nell’ambito di gruppo, purché l’attività principale del gruppo di appartenenza non sia la prestazione di servizi di investimento³⁸, possono beneficiare della *c.d. ancillary exemption*; la *c.d. infra-group exemption*, invece, è applicabile a quei soggetti che prestano servizi di investimento esclusivamente in favore della propria impresa madre, delle proprie imprese figlie o delle altre imprese figlie della propria impresa madre³⁹; infine, la Direttiva MiFID I ha previsto la *c.d. dealer exemption* in favore dei soggetti che non prestano servizi di investimento o non esercitano attività di investimento diversi dalla negoziazione per proprio conto (a meno che siano *Market Maker*, membri di un mercato regolamentato o di un sistema multilaterale di negoziazione ovvero che negozino in modo proprio agendo in modo sistematico e fornendo un sistema accessibile a terzi volto all’avvio di negoziazioni)⁴⁰.

In relazione alla fruibilità di tale regime di esenzioni da parte degli

36 Tale regime sarà applicabile fino alla definitiva entrata in vigore della Direttiva MiFID II.

37 Art. 2, par. 1, lett. *k)*, Direttiva MiFID I.

38 Art. 2, par. 1, lett. *i)*, Direttiva MiFID I.

39 Art. 2, par. 1, lett. *b)*, Direttiva MiFID I.

40 Art. 2, par. 1, lett. *d)*, Direttiva MiFID I.

operatori di settore, occorre precisare che, in applicazione dell'art. 18, co. 5, t.u.f., al Ministero dell'economia e delle finanze (MEF) è attribuito il potere di adottare le norme di attuazione e integrazione della riserva di attività previste in materia, nel rispetto del diritto dell'Unione Europea.

Ad oggi, tuttavia, il MEF non ha ancora adottato alcun decreto, con la conseguenza che il predetto regime di esenzioni alla riserva di attività non ha trovato "formale" ingresso all'interno del nostro ordinamento. Benché da tale inerzia l'ovvia conclusione che se ne potrebbe trarre sarebbe la non applicazione della disciplina in parola, occorre richiamare l'orientamento della Corte di Giustizia Europea secondo il quale le Direttive europee possono divenire direttamente applicabili negli Stati Membri quando il loro contenuto (i) sia privo di condizioni, (ii) sufficientemente preciso e (iii) lo Stato Membro sia in ritardo, rispetto ai tempi posti dalla Commissione, per il suo recepimento.

Alla luce di tale orientamento, dunque, si potrebbe propendere per la diretta applicabilità delle esenzioni in oggetto all'interno del nostro ordinamento, trattandosi, senza dubbio, di previsioni normative sufficientemente dettagliate e non condizionate⁴¹.

Il regime di esenzioni appena descritto, come accennato, muterà notevolmente con l'effettiva entrata in vigore della Direttiva MiFID II e l'impatto per i contratti derivati su *commodities* sarà notevole.

La nuova disciplina, infatti, restringerà l'ambito oggettivo di applicazione della c.d. *specialization exemption* che potrà essere invocata soltanto per le negoziazioni per conto proprio in strumenti finanziari diversi dai derivati su merci o dalle quote di emissione o relativi a strumenti derivati.

La Direttiva MiFID II, inoltre, ha modificato notevolmente anche la c.d. *ancillary exemption* che sarà limitata alle sole attività connesse a derivati su merci, alle quote di emissione e ai derivati su tali quote: non ne potranno beneficiare, invece, le imprese che negoziano per proprio conto eseguendo ordini dei clienti oppure quelle che prestano servizi di investimento diversi dalla negoziazione per conto proprio ai clienti o ai fornitori della loro attività principale. Per beneficiare di tale esenzione, inoltre, è necessario che le attività citate costituiscano attività accessorie dell'attività svolta in via principale, considerata nell'ambito di un gruppo e che tale attività principale non consista nella prestazione di servizi di investimento

41 Tale orientamento, per di più, è stato fatto avvallato dalla Consob che ha precisato che «[...] con riferimento alle richieste di chiarimento concernenti la possibilità per gli operatori del settore dell'energia di negoziare per conto proprio strumenti derivati sull'energia elettrica, alla luce della disciplina comunitaria, si conferma tale possibilità. In particolare, si aggiunge che lo stesso Regolamento comunitario 1287/2006, in modo esplicito, rappresenta che "è possibile attendersi che le esenzioni di cui alla Direttiva 2004/39/CE riguardanti la negoziazione per conto proprio in relazione ai derivati su merci [...] escludano dall'ambito di applicazione della direttiva un numero significativo di produttori e consumatori commerciali di energia e altre merci, inclusi fornitori di energia, i commercianti (merchants) in merci e loro imprese figlie». Consob, *Esito consultazioni nuovo regolamento intermediari*, 2007.

ai sensi della Direttiva MiFID II, in attività bancarie ai sensi della Direttiva 2013/36/UE o in attività di *Market Making* relativa a strumenti derivati su merci. Per beneficiare della richiamata esenzione è altresì necessario che le parti non abbiano utilizzato una tecnica di negoziazione algoritmica ad alta frequenza⁴².

L'esenzione specificamente prevista per chi negoziava per conto proprio merci e/o strumenti derivati su merci (c.d. *dealer exemption*), invece, non essendoci alcun riferimento ad essa all'interno della Direttiva MiFID II, è da ritenersi eliminata.

In compenso, tuttavia, il legislatore europeo ha introdotto una nuova esenzione a beneficio degli operatori soggetti agli obblighi della Direttiva 2002/87/CE⁴³ nel caso in cui trattino quote di emissione e non eseguano ordini di clienti e non prestino servizi o attività di investimento diversi dalla negoziazione per conto proprio, a condizione che non si faccia applicazione di tecniche di negoziazione algoritmica ad alta frequenza⁴⁴.

È rimessa, infine, alla discrezione degli Stati membri la possibilità di introdurre esenzioni facoltative per i gestori del sistema di trasmissione di gas ed elettricità⁴⁵.

Alla luce di tale mutato regime di esenzioni, gli operatori che attualmente stanno beneficiando di una delle esenzioni esistenti, dovranno presto riconsiderare la loro posizione al fine di valutare se potranno continuare a beneficiare dell'esenzione.

Tuttavia, anche quei soggetti che continueranno a beneficiare di un'esenzione e, quindi, che non avranno bisogno di essere autorizzati come

42 Gli operatori, per poter beneficiare di tale esenzione dovranno informare ogni anno l'Autorità competente del proprio Stato membro del fatto che stanno beneficiando di detta esenzione e l'Autorità competente potrà chiedere chiarimenti circa l'esistenza dei presupposti per poterne beneficiare.

43 Relativa «*alla vigilanza supplementare sugli enti creditizi, sulle imprese di assicurazione e sulle imprese di investimento appartenenti ad un conglomerato finanziario*».

44 Art. 2, co. 1, lett. e).

45 Art.2, co. 1, lett. n): «*Ai gestori del sistema di trasmissione quali definiti all'articolo 2, paragrafo 4, della Direttiva 2009/72/CE o all'articolo 2, paragrafo 4, della Direttiva 2009/73/CE quando svolgono le loro funzioni in conformità delle suddette direttive o del regolamento (CE) n. 714/2009 o del regolamento (CE) n. 715/2009 o dei codici di rete o degli orientamenti adottati a norma di tali regolamenti, alle persone che agiscono in qualità di prestatori di servizi per loro conto per espletare i loro compiti ai sensi di tali atti legislativi o dei codici di rete o degli orientamenti adottati a norma di tali regolamenti, o a qualsiasi gestore o amministratore di un meccanismo di bilanciamento dell'energia, di una rete o sistema di condotte per bilanciare le forniture e i consumi di energia quando svolgono detti compiti. Tale esenzione si applica alle persone che esercitano le attività menzionate nella presente lettera solo quando effettuano attività di investimento o prestano servizi di investimento relativi ai derivati su merci al fine di svolgere tali attività. Tale esenzione non si applica in relazione alla gestione di un mercato secondario, incluse le piattaforme per la negoziazione secondaria di diritti di trasmissione finanziari».*

imprese d'investimento, dal combinato disposto della Direttiva MiFID II, del Regolamento MiFIR e, soprattutto, del Regolamento EMIR, saranno soggetti a nuovi obblighi.

4 Gli obblighi derivanti dal Regolamento EMIR

Un'altra importante novità che ha coinvolto i *commodity derivatives* è costituita dagli obblighi imposti in generale ai derivati *over-the-counter* dal Regolamento EMIR al fine di aumentare e garantire la trasparenza, la sicurezza sistemica e la vigilanza regolamentare nelle negoziazioni dei contratti derivati *over-the-counter*⁴⁶.

In particolare, il Regolamento EMIR ha imposto l'obbligo di compensare presso le controparti centrali⁴⁷ gli strumenti finanziari *over-the-counter* che superino determinate soglie di rilevanza.

L'obbligo di compensazione risponde, in astratto, all'esigenza di ridurre il rischio dell'inadempimento contrattuale della controparte in quanto comporta l'interposizione delle controparti centrali nel rapporto tra le parti. La controparte centrale⁴⁸, infatti, garantisce ai propri aderenti l'adempimento delle obbligazioni derivanti dai contratti stipulati anche in caso d'inadempimento dell'originario creditore in quanto si assume il rischio di insolvenza della controparte, divenendo essa stessa la controparte del contratto e proteggendosi, a sua volta, attraverso il rilascio di garanzie da parte dei partecipanti in proporzione al valore delle obbligazioni garantite.

Sotto il profilo dell'ambito soggettivo di applicazione di quest'obbligo, ai sensi del Regolamento EMIR, il ricorso alla compensazione delle controparti centrali è obbligatorio per le controparti finanziarie⁴⁹ e per le controparti non finanziarie c.d. qualificate⁵⁰.

46 In generale si veda D. DUFFIE, A. LI, T. LUBKE, *Policy Perspectives on OTC Derivatives Market Infrastructure*, in *Federal Reserve Bank of New York Staff Reports*, 2010.

47 Le controparti centrali sono autorizzate a svolgere detta attività dalle competenti autorità europee. Cfr. L. SASSO, *L'impatto sul mercato dei derivati OTC*, in *Giur. comm.*, 2012, I, p. 899 ss.; R. SCALCIONE, *La nuova disciplina dei derivati OTC: un prodotto di importazione*, in *La crisi dei mercati finanziari: analisi e prospettive*, I, a cura di V. Santoro, Milano, 2012, p. 407; ID., R. SCALCIONE, *The Derivatives Revolution. A trapped Innovation and a Blueprint for Regulatory Reform*, Wolters Kluwer Law & Business, 2011.

48 Nel mercato italiano, la Cassa di Compensazione e Garanzia agirà come unica controparte per tutte le transazioni in contratti derivati.

49 Ai sensi dell'art. 2, co. 1, n. 8), del Regolamento EMIR, sono da considerarsi controparti finanziarie le imprese di investimento, gli enti creditizi, le compagnie di assicurazione e di riassicurazione, gli OICVM, gli enti pensionistici e i fondi di investimento alternativi gestiti da gestori di fondi di investimento alternativi.

50 Le controparti non finanziarie soggette all'obbligo di compensazione, invece, sono individuate attraverso un duplice criterio quantitativo e qualitativo: rispettivamente, il supera-

In riferimento, invece, all'individuazione delle categorie di derivati oggetto dell'obbligo di *Clearing*, occorre precisare che la normativa comunitaria stabilisce due diverse procedure: una di tipo ascendente (c.d. "bottom-up") e una di tipo discendente (c.d. "top-down").

Secondo la procedura "bottom-up" sono previste le seguenti fasi. Ciascuna controparte centrale individua, in primo luogo, le categorie di derivati *over-the-counter* che intende sottoporre a compensazione, dandone notifica all'autorità di vigilanza nazionale competente per l'autorizzazione. Tale autorità comunica all'ESMA le autorizzazioni che ha rilasciato a ciascuna controparte centrale e le categorie di derivati interessate e l'ESMA, dal canto suo, avvia la consultazione della bozza di RTS con indicazione: (i) della categoria di derivati *over-the-counter* da assoggettarsi all'obbligo di compensazione; (ii) la data da cui decorrerà detto obbligo e (iii) le categorie di controparti soggette alla compensazione. Una volta chiusa la fase di consultazione, l'ESMA redige la bozza finale degli RTS e la trasmette alla Commissione Europea nei tre mesi successivi e, in assenza di obiezioni da parte del Parlamento europeo e del Consiglio, gli RTS sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea; dopo venti giorni da tale pubblicazione gli RTS entrano in vigore e inizia a decorrere il termine per l'applicazione effettiva dell'obbligo di compensazione⁵¹.

Con la procedura "top-down", invece, è l'ESMA, in collaborazione con il Comitato europeo per il rischio sistemico (CESR), ad individuare i derivati, tra quelli per i quali non sia già stata rilasciata un'autorizzazione, che sono soggetti all'obbligo di compensazione; successivamente l'ESMA li notifica alla Commissione Europea e invita le controparti centrali ad elaborare proposte per la compensazione dei derivati così individuati⁵².

Un ulteriore obbligo introdotto dal Regolamento EMIR è quello di segnalazione («reporting») dei contratti derivati alle centrali di raccolta dei dati

mento di una determinata soglia di compensazione, la c.d. *clearing threshold* e l'esclusione dal computo degli strumenti finanziari derivati aventi finalità di copertura dei rischi (il c.d. *hedging test*). L'art. 11 del Regolamento Delegato UE n. 149/2013 fissa la *clearing threshold* ad un valore nozionale lordo maggiore di un miliardo di euro per contratti di derivati di credito *over-the-counter*, o contratti derivati *over-the-counter* di *equity*; la soglia viene elevata a tre miliardi per i derivati *over-the-counter* su tassi di interesse o *forex exchange* e, in generale, per tutti gli altri contratti derivati diversi da quelli richiamati.

51 M. LENZETTI e V. MORELLO, *EMIR. Sarà vera svolta? Uno sguardo al mercato dell'energia*, Roma, 2014, p. 21 ss.

52 Nella redazione degli RTS, l'ESMA ha individuato delle macro-categorie di derivati raggruppati in base al sottostante (*interest rate*, *credit*, *foreign-exchange*, *equity* e *commodity*) di fatto adottando una procedura più semplice rispetto a quella prevista dal Regolamento EMIR che avrebbe comportato per l'ESMA la redazione di RTS distinti in base a ciascuna autorizzazione rilasciata a livello nazionale alle CCP, con conseguente appesantimento del lavoro degli operatori che avrebbero dovuto costantemente esaminare e commentare gli RTS posti in consultazione e dell'attività dell'ESMA.

sulle transazioni in derivati o *Trade Repository* entro il giorno lavorativo successivo alla conclusione, alla modifica o alla cessazione del contratto.

Tale obbligo si applica a tutti i contratti derivati (anche a quelli aventi finalità di copertura) stipulati prima del 16 agosto 2012⁵³ e ancora in essere a tale data e a quelli stipulati a decorrere dal 16 agosto 2012.

La segnalazione consiste nel fornire al *Trade Repository* le informazioni riguardanti le parti del contratto derivato e, qualora siano diversi, i titolari delle posizioni attive e passive derivanti dal contratto; occorre inoltre indicare le principali caratteristiche di tutti i contratti che vengono conclusi, modificati o risolti dalle controparti rientranti nell'ambito di applicazione del Regolamento EMIR, precisandone tipo, scadenza, sottostante, valore nozionale, e prezzo.

L'adempimento di tale obbligo, comporta un onere economico a carico delle imprese in quanto queste per "identificarsi" nelle comunicazioni con il *Trade Repository* dovranno dotarsi di un codice denominato LEI (*Legal Entity Identifier*), rilasciato da Infocamere, assumendosi a proprio carico i costi di rilascio e di gestione.

Il Regolamento EMIR prevede per i derivati non soggetti all'obbligo di compensazione presso le controparti centrali ulteriori specifici obblighi finalizzati ad attenuare quello operativo e il rischio di controparte, molto frequenti nelle negoziazioni in derivati⁵⁴.

Alcuni di tali obblighi hanno un'applicazione generale (coinvolgendo indistintamente tutte le categorie di controparte, finanziarie e non finanziarie) altri, invece, si applicano solo alle controparti finanziarie e alle controparti non finanziarie qualificate.

Tra quelli ad applicazione generale rientrano l'obbligo di conferma tempestiva delle condizioni di contratto, la riconciliazione del portafoglio, la compressione di portafogli e l'adozione di specifiche procedure per la risoluzione delle controversie relative al calcolo del valore dei derivati in portafoglio.

L'obbligo di conferma tempestiva delle condizioni di contratto (la c.d. «*timely confirmation*») impone a partire dal 15 marzo 2013 a tutte le controparti di scambiarsi, possibilmente con mezzi elettronici e il prima possibile, le conferme dei dati dei contratti derivati che sono stati stipulati⁵⁵. I termini per adempiere a tale obbligo non sono uguali per tutti gli operatori: le controparti finanziarie e quelle non finanziarie aventi rilevanza

53 Data di entrata in vigore del Regolamento EMIR.

54 P. LUCANTONI, *L'organizzazione della funzione di post-negoziazione nella regolamentazione EMIR sugli strumenti finanziari derivati OTC, Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, I, p. 642 ss.

55 Ai sensi delle disposizioni attuative del Regolamento EMIR, le tempistiche entro cui occorre adempiere tale obbligo variano a seconda della natura della controparte e dell'operazione conclusa.

sistemica dovranno trasmettere conferma il più rapidamente possibile e comunque entro un giorno lavorativo dalla conclusione del contratto; le controparti non finanziarie, invece, potranno al più tardi trasmettere la conferma entro due giorni lavorativi dalla conclusione del contratto.

Come accennato, un ulteriore obbligo che il legislatore comunitario ha introdotto al fine di attenuare il rischio sistemico e di controparte è quello della riconciliazione del portafoglio⁵⁶. A partire dal 15 settembre 2013, tutte le controparti aventi rilevanza sistemica e anche quelle non finanziarie prive di tale rilevanza che però sottoscrivono contratti derivati *over-the-counter*, autonomamente o per il tramite di un soggetto terzo qualificato, devono procedere alla sincronizzazione dei dati relativi alle operazioni sui contratti derivati poste in essere tra due controparti; secondo quanto precisato alla premessa 28 del Regolamento n. 149/2013, la riconciliazione deve riguardare soprattutto la valutazione dell'operazione, ovvero il c.d. «*Mark to Market*»⁵⁷ del contratto derivato, elemento non immediatamente desumibile dal contratto⁵⁸.

Prima della conclusione di un contratto derivato, ai sensi dell'obbligo in analisi, le parti devono concordare le modalità di esecuzione della riconci-

56 Sul rischio sistemico, in particolare, si è soffermato R. SCALCIONE, *op. ult. cit.*, pp. 92-93, ove chiarisce come «*the expression "systemic risk" describes a type of financial risk, i.e., the risk that a given system, hit by an economic shock (systemic event), may experience some type of network crisis manifesting itself in the form of repeated bankruptcies of banks, financial institutions, corporations, or hedge funds (which may also trigger a number of subsequent correlated bankruptcies, as a result of the interdependency of the economy - domino effect), caused or significantly aggravated by a form of systemic distrust or loss of confidence in the stability of the system. The system wide distrust is ultimately the cause of many negative effects among which the most common are generalized liquidity crises, high volatility and/or generalized asset prices decline, with spill over effects on the real economy*»; poi a pp. 93-95 «*even though it is unlikely that derivatives in isolation may cause systemic event, derivatives might be implicated in an uncontrolled transmission of financial shocks and may channel the rapid spread of financial instability. The credit crisis, for example, highlighted the existence of a generalized corporate culture of excessive risk taking and the wide diffusion of risk reward mechanisms that privileged and incentivized risk taking. These elements, associated with the emergence of a sudden financial shock, can always trigger systemic meltdowns that may be aggravated by the existence of large derivatives exposures. Derivatives sit at the core of risk creation, division, reallocation and transmission mechanism: this is why derivatives must be carefully dealt with by regulators and lawmakers alike. Derivatives in fact raise many regulatory and oversight issues that must be dealt with in a timely fashion. In the absence of adequate supervision, derivatives could be inappropriately employed to generate and amass large exposures on certain financial variables that may go unnoticed until it is too late*».

57 Si tratta del valore del contratto derivato ad una certa data che può avere segno positivo o negativo. Per ulteriori approfondimenti si veda R. CESARI, *Mark-to-Market, valutazioni di convenienza economico-finanziaria e giurisprudenza*, in *Riv. dir. banc.*, 2012, n. 7, p. 1 ss..

58 La premessa richiamata prevede anche altri termini da assoggettare a conciliazione: la data effettiva, la data di scadenza prevista, le date di pagamento, il valore nozionale del contratto, la valuta dell'operazione, lo strumento sottostante, la posizione delle parti ed eventuali tassi fissi o variabili.

liazione (per iscritto o con mezzi elettronici equivalenti) e i termini entro cui i dati devono essere comunicati variano a seconda del tipo di operatore e del numero di contratti in essere⁵⁹.

L'obbligo di procedere alla compressione del portafoglio, invece, consiste nella riduzione del valore nozionale dei derivati in portafoglio attraverso l'eliminazione dei contratti riguardanti transazioni compensabili tra le parti oppure attraverso la novazione dei contratti in essere con contratti aventi un valore inferiore. Tale obbligo interessa tutte le controparti con rilevanza sistemica e quelle che seppur prive di tale rilevanza abbiano in essere con una controparte un elevato numero di contratti derivati *over-the-counter* (più di 500) non compensati a livello centrale. I soggetti appena richiamati dovranno, inoltre, spiegare alla competente autorità i motivi per cui hanno ritenuto che non fosse possibile procedere alla compensazione.

Come accennato, il Regolamento EMIR prevede altresì obblighi rivolti non a tutte le tipologie di controparti, bensì soltanto a quelle che hanno una rilevanza sistemica.

Il primo di questi impone l'utilizzo della valutazione a prezzi correnti di mercato (il richiamato «*Mark to Market*» giornaliero). Ove non sia possibile valutare il *Mark to Market*, a causa delle condizioni di mercato, la valutazione dovrà essere compiuta in base al modello c.d. «*Mark to Model*»⁶⁰.

Un ulteriore obbligo gravante solo sulle controparti aventi rilevanza sistemica consiste nel rilascio di garanzie reciproche con relativa segregazione dei contratti derivati, la c.d. collateralizzazione.

Per garantire l'*enforcement* di tali obblighi il legislatore italiano, con la legge n. 97/2013 ha modificato il testo del decreto legislativo n. 58/1998 (t.u.f.), introducendo il nuovo art. 193-*quater* che prevede una sanzione

59 L'art. 13 del Regolamento n. 149/2013 impone l'obbligo di effettuare la conciliazione ogni giorno per le controparti finanziarie e quelle non finanziarie aventi rilevanza sistemica quando abbiano in essere più di 500 contratti derivati *over-the-counter*; la conciliazione, invece, dovrà essere fatta una volta alla settimana quando il numero di derivati in essere è compreso tra 41 e 499; in un qualsiasi momento nel corso della settimana, oppure trimestralmente, qualora tra le controparti siano 50 o meno contratti derivati *over-the-counter* nel corso di un trimestre.

Le controparti non finanziarie prive di rilevanza sistemica, invece, dovranno effettuare la riconciliazione trimestralmente, qualora tra le controparti siano in essere oltre 100 contratti derivati *over-the-counter* nel corso del trimestre oppure una volta all'anno, qualora tra le controparti siano in essere 100 o meno contratti derivati *over-the-counter*.

60 Come precisa l'art. 17, Regolamento delegato n. 149/2013, si tratta di un modello che (i) ingloba tutte le informazioni prese in considerazione dalle parti per la determinazione del prezzo, (ii) è conforme alle metodologie economiche di fissazione dei prezzi degli strumenti finanziari, (iii) è parametrato, testato e fondato su dati di mercato osservabili, (iv) è convalidato e monitorato da un servizio indipendente da quello che assume il rischio ed (v) è debitamente documentato e approvato da un consiglio di amministrazione almeno una volta l'anno.

amministrativa pecuniaria⁶¹ per i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione o di direzione delle controparti centrali, delle sedi di negoziazione, delle controparti finanziarie e delle controparti non finanziarie i quali non osservino «le disposizioni previste dai titoli II [Compensazione, segnalazione e attenuazione dei rischi dei derivati OTC], III [Autorizzazione e vigilanza delle CCP⁶²], IV [Requisiti delle CCP] e V [Accordi di interoperabilità] del medesimo regolamento e dalle relative disposizioni attuative, sono puniti con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro duemilacinquecento a euro duecentocinquantamila».

Tali sanzioni si applicano anche ai soggetti che svolgono funzioni di controllo nelle controparti centrali, nelle sedi di negoziazione, nelle controparti finanziarie e nelle controparti non finanziarie, i quali abbiano violato le disposizioni previste dai titoli II [Compensazione, segnalazione e attenuazione dei rischi dei derivati OTC], III [Autorizzazione e vigilanza delle CCP], IV [Requisiti delle CCP] e V [Accordi di interoperabilità] del Regolamento EMIR ovvero non abbiano vigilato, in conformità ai doveri inerenti al loro ufficio, affinché le predette disposizioni non siano da altri violate.

Il rapporto costi-benefici di questo nuovo regime è tutto da scoprire. Se, da un lato, l'opacità del mercato sarà sicuramente destinata a diminuire e la capacità di contenimento del rischio sistemico aumenterà, dall'altro, le strategie di copertura potrebbero essere scoraggianti, la versatilità dei contratti derivati potrebbe diminuire, e gli oneri di monitoraggio (per i gestori delle sedi di negoziazione) e i costi di negoziazione potrebbero aumentare, con conseguente uscita dal mercato di quegli operatori che non riusciranno a far fronte a tali oneri.

Bibliografia

- AA. VV., *L'energia di domani. Derivati elettrici e gestione del portafoglio per le imprese*, a cura di EGL Networking Energies e Idex Borsa Italiana, 2011.
- BRACCO, P., DA EMPOLI S., PAROLA L. e PRIVITERA O., *Mercati a termine dell'energia*. A cura di, Milano, 2012.
- CAPUTO NASSETTI F., *I contratti derivati finanziari*, Milano, 2007.
- CESARI R., *Mark-to-Market, valutazioni di convenienza economico-finanziaria e giurisprudenza*, in *Riv. dir. banc.*, 2012, VII, pp. 1 ss.

61 Tale disposizione è in vigore dal 4 settembre 2013 e saranno la Consob e la Banca d'Italia (limitatamente al mercato all'ingrosso di titoli di Stato) ad applicare la sanzione in essa prevista (che va da 2.500 a 250.000 euro).

62 Controparti centrali.

- DUFFIE D., LI A., LUBKE T., *Policy Perspectives on OTC Derivatives market Infrastructure, in Federal Reserve Bank of New York Staff Reports.*
- EZICKSON D., SAMANT P., *Prepare for regulation, International finance and law review* (<http://www.iflr.com>), 2010.
- E. GIRINO, *I contratti derivati*, Milano, 2010, p. 433 ss.
- FANONE E., ONCIA C., *Rischio credito e rischio liquidità nei mercati energetici. Impatto delle nuove normative sul trading fisico e finanziario dell'energia*, 2015.
- LENZETTI M. e MORELLO V., *EMIR. Sarà vera svolta? Uno sguardo al mercato dell'energia*, Roma, 2014.
- LUCANTONI P., *L'organizzazione della funzione di post-negoziamento nella regolamentazione EMIR sugli strumenti finanziari derivati OTC*, Banca, borsa, tit. cred, V, 2014.
- SASSO L., *L'impatto sul mercato dei derivati OTC*, in *Giur. comm.*, 2012, I, p. 899 ss.
- SCALCIONE R., *The Derivatives Revolution, A trapped Innovation and a Blueprint for Regulatory Reform*, a cura di Wolters Kluwer Law & Business.
- SCALCIONE R., *La nuova disciplina dei derivati OTC: un prodotto di importazione*, in *La crisi dei mercati finanziari: analisi e prospettive*, I, a cura di V. Santoro, Milano, 2012.

Il modello tedesco della cogestione nell'impresa Cronaca comparatistica di un diritto societario conformato in senso lavoristico

Antonio Ianni

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

Abstract This paper describes the evolution of german model of industrial relations: the so-called 'co-determination'. In Germany, 'co-determination' (*Mitbestimmung*) has a long tradition. Beginning in the late 19th century, the system has been developed over more than 100 years. Employees' co-determination in Germany becomes visible in two different forms: employees' participation in 'works councils' and labor's participation in 'supervisory boards' on board level. This paper focuses on the participation in supervisory board (*unternehmerische Mitbestimmung*). Compared with other EU member states – especially with Italy – Germany has one of the most highly developed systems of board-level co-determination: we can assume employee participation at board level as typical element of the local system of corporate governance.

Summary 1. Note introduttive. – 2. All'origine del cammino partecipativo tedesco: l'esperienza di Weimar. – 3. Carbone e acciaio: la disciplina della *Montanmitbestimmung* del 1951. – 4. (Segue) Il dibattito sull'estensione generale della cogestione. – 5. La disciplina del *Mitbestimmungsgesetz* del 1976. – 6. C'è un giudice a Karlsruhe? La cogestione dinanzi al *Bundesverfassungsgericht*. – 7. Note conclusive. Quale futuro per la cogestione tedesca?

È naturale che si considera la società per azioni come un istituto perfetto e non derogabile del capitalismo, e si subisce la suggestione che l'impresa non è altro che un oggetto del diritto di signoria di chi ha dato i capitali per la sua esistenza, si rimane al di fuori della concezione sociale, ma si rimane egualmente al di fuori della realtà odierna.

Le lotte sociali sempre più accanite intorno all'impresa, dimostrano che essa è ormai il centro della volontà e dell'interesse di tutti i suoi uomini, e non solamente dei capitalisti e datori di lavoro. Questo vivo turbinoso interesse, contrasta violentemente con l'inerzia e l'opacità, che regna da decenni all'interno della società azionaria

(L. MOSSA, *Problemi attuali della società per azioni*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1951, p. 11)

1 Note introduttive

Lavoro e capitale, oltre che su di un piano sociale generale, realizzano i loro rapporti all'interno dei confini particolari dell'impresa. La partecipazione dei lavoratori alle decisioni aziendali rappresenta una specifica manifestazione di tale relazione di confronto, dialettica e scontro. Si può quindi considerare, a pieno titolo ed in primo luogo, un modello di relazioni industriali.

Un modello che affonda le sue radici in un'idea ben precisa. L'idea che l'impresa, lungi dal rappresentare una *res* oggetto di proprietà esclusiva del titolare imprenditore, costituisce semmai un complesso di interessi che vanno tutti soddisfatti e composti. La partecipazione, in alcune sue varianti più incisive - c.d. "gestionale", nonché semplicemente cogestione - rappresenta una delle risposte più interessanti a tale complessità. A ben vedere, le istanze partecipative, attraverso declinazioni "forti" e gestionali, hanno trovato in Germania la loro massima implementazione; dunque a tale contesto occorre volgere lo sguardo¹.

Con il termine cogestione si è soliti indicare due realtà partecipative tedesche, tra loro tanto strutturalmente differenti quanto intimamente connesse: la c.d. "cogestione a livello di singole unità produttive" (*betriebliche Mitbestimmung*) e la c.d. "cogestione a livello di impresa" (*unternehmerische Mitbestimmung*).

Nonostante i due *topoi* partecipativi siano indissolubilmente intrecciati, la trattazione sarà riservata al solo modello cogestorio-societario: presenza dei rappresentanti dei lavoratori all'interno degli organi sociali delle società di capitali².

Si tratta di ricostruire le tappe di un percorso travagliato, al culmine del quale si è prodotto un modello legale che presenta connotati del tutto

1 A dispetto di quanto accaduto in Italia, l'esperienza giuridica tedesca produsse, già nei primissimi anni del secolo scorso, una diversa e nuova teoria nella quale, con convinzione, si ragionò dell'impresa come di una composizione complessa di interessi. Cfr. sul punto le mirabili pagine di P. GROSSI, *Itinerari dell'impresa*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 28, 2, Milano, 1999, p. 999 ss.

2 La cogestione a livello di singola unità produttiva si dispiega, in ogni unità (*Betrieb*) che impieghi almeno cinque dipendenti, per il tramite di un 'consiglio d'azienda' (*Betriebsrat*) chiamato a rappresentare e tutelare gli interessi dei dipendenti attraverso un'ampia gamma di diritti e prerogative. La normativa di riferimento, ad oggi, è veicolata dal *Betriebsverfassungsgesetz* del 1972 così come di recente novellato. Per una trattazione approfondita ed efficace cfr. W. DÄUBLER, *Das Grundrecht auf Mitbestimmung*, Frankfurt am Main, 1976; trad. it. (a cura di M. PEDRAZZOLI) *Diritto sindacale e cogestione nella Germania federale*, 1981, Milano, partic. pp. 297-428; nonché G. NICOLINI, *Il nuovo ordinamento introaziendale del lavoro nella Repubblica Federale Tedesca*, Padova, 1973. Per una panoramica sulle riforme più recenti cfr. W. DÄUBLER, *La riforma della legge tedesca sull'ordinamento aziendale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2002, n. 4, p. 621 ss.

peculiari per l'odierno contesto di *corporate governance*³. Si realizza una vera e propria rifondazione della concezione tradizionale di organizzazione imprenditoriale, e di conseguenza del paradigma capitalista. Non è più la sola componente azionaria a conformare lo schermo giuridico – la società di capitali – prescelto per muoversi all'interno dei rapporti e traffici giuridico-economici. Anche il lavoro è chiamato ad imporre i suoi voleri⁴.

2 All'origine del cammino partecipativo tedesco: l'esperienza di Weimar

«Operai! Poiché siete i miei sottoposti vi dirò soltanto che d'ora innanzi qui si lavorerà sodo. Voglio dare un nuovo impulso all'azienda [...] ora ho preso io il timone. Quelli che vogliono aiutarmi sono i benvenuti, ma quelli che mi contrastano nel mio lavoro li schiaccerò. Qui uno solo è il padrone, e quell'uno sono io. Devo render conto solo a Dio e alla mia coscienza [...] Be', adesso tornate a lavoro e riflettete su quanto vi ho detto⁵»

[H. MANN, *Il suddito*, Torino, 1955, p. 118-119]

Dopo la conclusione del primo conflitto mondiale, nei giorni in cui si delinearono le tappe per la costruzione della nuova Germania, le dirigenze

3 Le riflessioni di seguito proposte, contingentate da esigenze di spazio, muovono a partire dall'esperienza weimariana in avanti. Ad onor del vero, sempre con riferimento al contesto tedesco, le istanze di coinvolgimento dei lavoratori, seppur in forma embrionale, maturarono già a partire dagli anni trenta del XIX secolo, in primo luogo grazie alle riflessioni avanzate da autori collocabili all'interno della c.d. "dottrina sociale" della Chiesa Cattolica. In un secondo momento la questione partecipativa rappresentò una preziosa risorsa per il neonato Impero tedesco e, soprattutto, per il suo cancelliere Otto Von Bismarck: entrambi alle prese con il crescente successo del movimento operaio che sembrava ormai una realtà sempre più "preoccupante". Bisognava somministrare loro un qualche anestetico; queste le ragioni delle prime positivizzazioni *para-partecipative* – tutt'altro che liberatorie – e dell'intera legislazione sociale prodotta sul finire dell'Ottocento. Sulle esperienze cogestionali pre-Weimar cfr.: F. BRASCHI, *Il modello della codeterminazione nel sistema tedesco*, in AA. Vv., *Modelli ed esperienze a confronto sulla partecipazione nell'impresa: una prospettiva per le relazioni industriali*, 2000, Roma, p. 112 ss.; nonché C. DE BONI, *Lo stato sociale nel pensiero politico contemporaneo. Il Novecento, Parte Prima*, Firenze, 2009, p. 5 ss.

4 Del resto, la possibilità che il fattore lavoro possa incidere sulla struttura organizzativa, sembrerebbe tema di dibattito all'interno delle discipline sociali tradizionalmente alle prese con il mondo lavoristico-imprenditoriale. Sul punto cfr. S. BORELLI, *Tecniche di regolazione delle organizzazioni complesse e disciplina lavoristica*, in *Lav. dir.*, 2014, pp. 23-36.

5 Sono queste le parole del giovane industriale Diederich Hessling, personaggio principale del romanzo *'Der Untertan'* di H. MANN. L'opera, pubblicata nel 1918, è utile testimonianza della difficile situazione operaia dalla quale nacquero le istanze partecipative descritte nel paragrafo. Il medesimo contesto ispirò, qualche anno dopo (1927), la *'Metropolis'* del regista Fritz Lang.

sindacali e imprenditoriali strinsero un patto sociale (15 novembre 1918⁶) con il quale impostare le relazioni industriali da lì in avanti. «La ricostruzione dell'economia nazionale esige la concentrazione di tutte le forze economiche e morali come pure la fiduciosa collaborazione di tutti...⁷», muovendo da tali premesse, questi i punti di accordo che si raggiunsero. Ogni organizzazione avrebbe riconosciuto/legittimato la controparte; ogni restrizione alla libertà sindacale (compreso il sostegno da parte imprenditoriale ai c.d. "sindacati gialli") sarebbe stata bandita. La durata lavorativa non avrebbe superato le otto ore giornaliere (questione da tempo sul tavolo). Le condizioni salariali e di lavoro saranno concordate per mezzo della contrattazione collettiva; in ogni realtà con almeno 50 dipendenti si sarebbe istituito un apposito organismo rappresentativo dei lavoratori col fine di controllare il rispetto dei termini del contratto collettivo⁸. Con il documento del 1918 le relazioni industriali tedesche dimostrarono un dato inconfutabile: quale fosse stato il contesto di cornice (monarchia o repubblica, pace o conflitto) non si sarebbe più abbandonata la strada cogestoria; anche se per il momento era relegata al solo livello di unità produttiva.

In breve tempo, seppur in un clima di piena tensione⁹, si aprirono i lavori (4 marzo 1919) della Commissione costituzionale che avrebbe dovuto scrivere la matrice della neonata Repubblica. Il consesso, eletto nelle elezioni del 19 gennaio¹⁰, si riunì nella piccola cittadina di Weimar. Durante i lavori si decise di organizzare la discussione secondo argomenti distinti¹¹. Relatore per la commissione economica fu il giuslavorista Hugo Sinzheimer¹².

6 Patto c.d. "Legien-Stinnes", dal nome dei dirigenti delle due parti coinvolte: Hugo Stinnes per la parte datoriale e Carl Legien per la parte lavoratrice.

7 Si riporta il testo così come riprodotto in F. BRASCHI, *op. cit.*, p. 121. Una versione integrale è consultabile in E. FRAENKEL, O. KAHN-FREUND, K. KORSCH, F. NEUMANN, H. SINZHEIMER, *Laboratorio Weimar: conflitti e diritto del lavoro nella Germania prenazista*, G. ARRIGO, G. VARDARO (a cura di), Roma, 1985, p. 302 s.

8 Il giurista F. NEUMANN esprime sull'accordo un giudizio pienamente positivo. Ne parla come di un «documento autenticamente pluralista», così in *Behemoth. Struttura e pratica del nazionalsocialismo*, Milano, 2007, p. 17.

9 Nel gennaio del 1919 a Berlino si registrarono duri scontri tra le forze governative (militari) e gli oppositori comunisti. La repressione fu violentissima, tanto da portare alla morte, per mano dei c.d. "corpi volontari" (*Freikorps*), di Karl Liebknecht e Rosa Luxemburg.

10 La SPD raccolse la maggioranza relativa con un consenso del 37,9 %.

11 Cfr. G. GOZZI, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Roma, 1999.

12 Il testo della relazione del costituente Sinzheimer è riprodotto in E. FRAENKEL *et alii*, *op. cit.*, p. 45 ss. Hugo Sinzheimer (1875-1945) fu avvocato, professore di diritto del lavoro e politico della SPD (membro del *Reichstag* e dell'assemblea nazionale). Fondò la scuola di diritto del lavoro di Francoforte. Nel 1933 fu rinchiuso in un campo di concentramento

Sinzheimer ricollega ogni sua proposta ad una premessa essenziale: il riconoscimento dei diritti implica il godimento delle condizioni materiali che ne rendano effettivo l'esercizio; titolarità e godimento reclamano una tutela dello Stato, ma anche nei confronti di altri poteri sociali¹³. Si rende dunque necessario un processo di autodeterminazione delle forze sociali dal quale si sarebbero sviluppate relazioni industriali conflittuali. Tali rapporti di confronto e conflitto produrranno da ultimo accordi sulle condizioni di lavoro da cristallizzare in appositi contratti collettivi¹⁴; per garantire e completare il sistema vanno istituiti 'consigli operai' e 'consigli economici'. I consigli operai avrebbero controllato il rispetto di termini e clausole del contratto collettivo. A quelli economici, organismi nazionali composti da rappresentanti datoriali e dei lavoratori, andava invece attribuito «anzitutto il diritto di essere sentiti prima della presentazione di tutti i progetti di legge nel campo economico e sociale; riconoscendo loro, in secondo luogo, il diritto di iniziativa legislativa, con tutte le conseguenze che ne derivano¹⁵». Il consiglio generale - chiarisce il giurista - non sarebbe dovuto essere una sorta di terza camera del Parlamento: «Se i portatori di interessi economici avessero dovuto trovare in una speciale camera un'istanza decisionale equiparata al parlamento politico, l'intera politica sarebbe stata subordinata all'economia. Ne sarebbe conseguita una materializzazione della politica, della stessa formazione delle decisioni politiche¹⁶». Per quanto attiene il coordinamento tra i due consigli, per non scalfire il ruolo emancipatorio degli organi centrali, occorre limitare il potere di quelli d'azienda: «Le questioni economiche di natura generale devono essere decise dagli organi superiori dell'economia. I consigli d'azienda non possono anteporre, ma devono anzi posporre, le loro decisioni a quelle degli organi centrali dell'economia¹⁷». Al contempo, il consiglio d'azienda va visto come un luogo nel quale poter acquisire e raffinare quelle «competenze e capacità che sono necessarie per poter collaborare fruttuosamente nelle sedi centrali di governo dell'economia¹⁸».

Il modello sinzheimeriano alla fine comparirà come art. 165 della Costi-

dal quale fu liberato nel 1945 (poco prima della sua morte avvenuta quello stesso anno). Il prezioso apporto scientifico di H. Sinzheimer è ricostruito da L. NOGLER: *In ricordo di Hugo Sinzheimer (1875-1945): appunti sul Methodenstreit nel diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 1995, p. 565-588; *La scienza giuslavoristica italiana tra il 1901 e il 1960 e Hugo Sinzheimer*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2001, pp. 539-556.

13 Cfr. G. Gozzi, *op. cit.*, p. 81.

14 *Ivi*, p. 82.

15 H. SINZHEIMER in E. FRAENKEL *et alii*, *op. cit.*, p. 47.

16 *Ivi*, p. 46.

17 H. SINZHEIMER in E. FRAENKEL *et alii*, *op. cit.*, p. 49.

18 *Ivi*, p. 50.

tuzione di Weimar (11 agosto del 1919)¹⁹, disposto di cui si riportano solo gli spartiti iniziali e principali: «Gli operai ed impiegati debbono collaborare con gli imprenditori per la determinazione delle condizioni di impiego e di lavoro e per lo sviluppo economico complessivo delle energie produttive. Le organizzazioni delle due categorie ed i contratti da esse stipulati sono giuridicamente riconosciuti.

Gli operai ed impiegati, per la tutela dei loro interessi sociali ed economici, dispongono di una rappresentanza legale nei consigli operai di azienda e nei consigli operai di distretto, formati secondo la ripartizione delle regioni economiche, nonché nel consiglio operaio del Reich».

L'ampio progetto weimariano, a livello di legislazione ordinaria, fu attuato solo parzialmente. Per quanto attiene il coinvolgimento dei lavoratori, la disposizione costituzionale trovò concretizzazione, dopo un travagliato iter legislativo, nella legge sui consigli d'azienda del 4 Febbraio 1920 (*Betriebsrätegesetz*, BRG)²⁰. La proposta originaria (agosto 1919) prevedeva, per il tramite dei loro rappresentanti, pesanti ingerenze operaie sulla gestione aziendale: possibilità di intervento nelle decisioni in merito ad assunzioni e licenziamenti; o ancora, ad esempio, accesso completo ai bilanci e libri contabili. Ma soprattutto – novità di rilievo – era prevista la presenza di rappresentanti negli organi amministrativi. La bozza non fu ben accolta nel mondo imprenditoriale, né tantomeno dalle anime più reazionarie del Partito democratico tedesco (*Deutsche Demokratische Partei*, DDP)²¹. La pressione del DDP, nel frattempo rientrato al governo, condusse verso un progetto più morbido: ad esempio, la (pericolosa!) cogestione negli organi amministrativi fu stralciata dal provvedimento. Nonostante alcuni malumori, in ambito socialdemocratico, alla fine, fu convenuto di aderire al testo normativo.

Bisognerà attendere la fine del secondo conflitto mondiale perché la cogestione societaria possa riapparire sulla scena delle relazioni industriali.

19 L'intero documento costituzionale è consultabile in <http://www.dircost.unito.it>.

20 Si riporta il testo così come riprodotto in E. FRAENKEL *et alii*, *op. cit.*, p. 308-310. La cronistoria dell'iter legislativo è sintetizzata da H. WINKLER, *La repubblica di Weimar. 1918-1933: storia della prima democrazia tedesca*, Roma, 1998.

21 Il DDP fu una formazione democratica-liberale fondata il 20 novembre del 1918. Un esponente governativo del DDP etichettò il progetto come «bolscevismo organizzato». Così si legge in H. WINKLER, *op. cit.*, p. 120.

3 Carbone e acciaio: la disciplina della *Montanmitbestimmung* del 1951

L'odierno sistema tedesco di coinvolgimento dei lavoratori nella gestione imprenditoriale-societaria, tradizionalmente sintetizzato e tradotto con l'espressione italiana cogestione²², si compone di tre modelli, dalla differente fisionomia partecipativa, frutto di altrettanti interventi legislativi, tuttora – seppur con alcune modifiche ed integrazioni – contemporaneamente in vigore: a) legge sulla cogestione dei lavoratori nei consigli di sorveglianza e nei consigli di direzione delle imprese dell'industria mineraria e della produzione del ferro e dell'acciaio del 21 maggio del 1951 (*Montanmitbestimmungsgesetz*, *MontanMitbestG*); legge sull'ordinamento aziendale dell'11 ottobre 1952 (*Betriebsverfassungsgesetz*, *BVG*) in alcuni suoi articoli; c) legge sulla cogestione dei lavoratori del 4 maggio 1976 (*Mitbestimmungsgesetz*, *MitbestG*).

Le riflessioni che seguono saranno dedicate al primo dei tre interventi; principiando con la descrizione del contesto nel quale la legge fu confezionata²³.

La Germania, all'indomani della sconfitta bellica, si trovò nella necessità di ricostruire e rifondare ordine politico ed economico. Il Paese, come è noto, affrontò un momento così vitale sotto l'occupazione delle quattro Potenze alleate. La condizione di paese protetto non mancò di incidere su ogni matrice (costituzionale, istituzionale, economico-sociale) dalla quale sarebbe maturata la nuova Germania²⁴.

La componente alleata, con una forte dose di machiavellico cinismo, imbastì un ampio programma di decartellizzazione. Si trattava di soffocare ogni possibile rinascita di una eventuale fenice tedesca: così facendo, si

22 Il vocabolo cogestione viene convenzionalmente utilizzato – anche nel seguente elaborato – per tradurre l'espressione *Mitbestimmung*. Sarebbe del tutto sterile compiere una rassegna citazionista degli autori che nei loro scritti si sono avvalsi della formula: non vi è studioso che si sia sottratto alla consuetudine linguistica. L'equazione tra *Mitbestimmung* e cogestione è confermata dai dizionari specialistici. Tra quelli di recente pubblicazione cfr. P. TAINO, *il Tedesco dell'Economia*, Bologna, 2009.

23 Pescando tra le opere più recenti (in lingua tedesca), il contesto è ben descritto da L. KIßLER, R. GREIFENSTEIN, K. SCHNEIDER, *Die Mitbestimmung in der Bundesrepublik Deutschland: Eine Einführung*, Wiesbaden, 2011, p. 45 ss.

24 Si pensi al *placet* alleato sulla Costituzione della neonata democrazia tedesca. Ogni istanza che potesse definirsi sociale venne soffocata dal "modello neoliberale" (costituzionalismo classico, minimo) imposto dalle forze straniere. Sul punto cfr. A. SOMMA, *La Germania e l'economia sociale di mercato*, N1/2014 *Quaderni di Biblioteca della libertà*, p. 57 ss.; lo scritto è liberamente consultabile in <http://www.centroeinaudi.it/>. La 'Legge Fondamentale' (*Grundgesetz*, GG), del tutto digiuna da impegni sociali, mantenne un assoluto silenzio anche in materia cogestoria. DÄUBLER parla a tal proposito di un vero e proprio "agnosticismo" del *Grundgesetz*: *op. cit.*, p. 93-95.

sarebbero evitati eventuali rigurgiti nazionalisti²⁵. L'attività di decartellizzazione produsse 24 nuove società appartenenti ai grandi gruppi del carbo-siderurgico²⁶. L'industria si trovò dunque a dover digerire incisivi provvedimenti di scissione corredati, peraltro, da una forma cogestoria del tutto paritaria²⁷: metà dei posti dei neonati consigli di sorveglianza furono riservati ai rappresentanti sindacali dei lavoratori. A dispetto di quanto accaduto in passato, il coinvolgimento dei lavoratori - promosso dagli stessi alleati, britannici in testa - non solo non trovò l'ostilità della parte datoriale, ma venne quasi invocato dalla stessa²⁸.

Infatti, in un clima di generale incertezza - dalle forze alleate venne agitato financo lo spauracchio della nazionalizzazione - i capitani d'industria si decisero a giocare d'astuzia mettendo in pratica la regola logico-matematica del *minimax*: in sostanza, piuttosto che perseguire vincite velleitarie e rischiose, meglio "giocare" cercando di minimizzare le perdite. Si accolsero quindi le rivendicazioni gestionali dei sindacati, nella speranza che un fronte così coeso - sindacati e datori - non sarebbe stato scardinato dagli alleati. Al contempo, la scelta cogestoria avrebbe potuto saziare eventuali appetiti espropriativi dei sindacati; superata la tempesta, la pervasiva attività di *lobbying* avrebbe ricondotto la situazione al suo ordine "naturale": sindacati fuori dalle stanze dei bottoni! Si dimostrò strategia oculata e vincente?

All'indomani della fondazione della Repubblica Federale, il governo centrista di Adenauer, insediatosi dopo la prima tornata elettorale, decise di portare all'incasso la scommessa degli industriali. Fu quindi proposta: a) l'abrogazione del regime transitorio; b) l'accantonamento di qualsiasi progetto di estensione della disciplina ad ogni altra grande impresa. Di fronte ad una simile presa di posizione, ai sindacati non rimase che minacciare lo sciopero generale; venne indetto un referendum tra i lavoratori del Reno e della *Rhur* per saggiarne la volontà: il 92,8 % rispose che avrebbero aderito allo sciopero così da difendere i propri diritti coge-

25 Si pensò ad una limitazione della produzione industriale: non più del 60 % del volume raggiunto nel 1936. Le restrizioni produttive furono condite con ingenti riparazioni di guerra. Le possibilità tedesche di risollevarsi sembrarono del tutto compromesse. In realtà, le cose poi andarono diversamente: ragioni di *realpolitik* (guerra fredda) e di congiuntura favorevole condussero la Germania Occidentale lungo un cammino di crescita. In particolare, gli Stati Uniti mutarono presto i loro propositi: il blocco sovietico si faceva minaccioso!

26 Il dato è riportato da W. DÄUBLER (*op. cit.*, p. 432) e M. J. BONELL, *Partecipazione operaia e diritto dell'impresa*, Milano, 1983, p. 238 n. 139. Le scorporazioni, esaurite le primissime esperienze citate, terminarono con il *niet* degli Usa.

27 Industria carbo-siderurgica che comprendeva, tra gli altri, i possenti cartelli dei vari Krupp, Thyssen, e il già ricordato Stinnes.

28 Per la compagine alleata, la cogestione paritaria rappresentò lo strumento ideale per evitare ogni ostilità dei lavoratori nei confronti della campagna di frantumazione dell'industria tedesca.

stori²⁹. A quel punto Adenauer, da un lato, timoroso di dover inaugurare la vita repubblicana con una violenta sommossa, e, dall'altro, spinto da ragioni di politica estera³⁰, ripiegò verso più miti consigli. Si arrivò quindi alle trattative (governo, opposizioni, sindacati e associazioni datoriali) per l'approvazione di un provvedimento che blindasse la cogestione per il settore carbo-siderurgico; cosa che in effetti accade con la MontanMitbestG del 21 maggio 1951³¹.

Il legislatore scelse di innestare la partecipazione dei lavoratori all'interno dell'ordinaria disciplina di diritto societario. La legge trova difatti applicazione in tutte le società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata (§ 1)³². Si deve trattare - come già accennato - di enti societari utilizzati per attività (oggetto sociale) di impresa mineraria e di produzione di ferro e acciaio: in sintesi il c.d. "carbo-siderurgico"³³. Il meccanismo di partecipazione diviene cogente solo laddove si impieghino più di mille dipendenti.

Il coinvolgimento "robusto" dei lavoratori avviene a livello di organi sociali: consiglio di sorveglianza (*Aufsichtsrat*) e consiglio di direzione (*Vorstand*)³⁴.

L'idea cogestoria va a scaricarsi in primo luogo sul consiglio di sorveglianza. Laddove trovi applicazione la MontanMitbestG, l'organo dovrà così comporsi (§ 4): undici componenti, di cui cinque per la componente azionaria e cinque riservati ai rappresentanti dei lavoratori; occorre poi aggiungere un ulteriore componente (il c.d. "undicesimo uomo") da scegliere di comune accordo dalle due parti³⁵. In sostanza, si perviene ad un

29 La percentuale referendaria è attinta da W. DÄUBLER, *op. cit.*, p. 433. I valori sono confermati da M. J. BONELL, *op. cit.*, p. 239.

30 L'adesione alla CECA richiedeva un fronte nazionale coeso e pacificato. Il Trattato fu firmato un mese prima (18 aprile) dell'approvazione della MontanMitbestG. Evidentemente, Parigi - sede di firma del trattato - val bene una cogestione.

31 Il contesto carbo-siderurgico ha da sempre ricoperto un ruolo centrale per il sistema economico tedesco: «*The German Empire has been built more truly on coal and iron than on blood and iron*», così J. M. KEYNES, in *The Economic Consequences of the Peace*, 2012, Los Angeles, p. 34.

32 La normativa è cogente anche per eventuali consorzi minerari con personalità giuridica.

33 Produzione di ferro e acciaio, ma non anche trasformazione dei due materiali.

34 Sulla struttura ed il funzionamento di tale modello cfr. la sintesi - anche grafica - rinvenibile in L. KISLER *et alii*, *op. cit.*, p. 73.

35 L'eventuale revoca di un "membro lavorativo" sarà disciplinata dall'ordinario diritto societario. Con una sola variante: la rimozione può essere decisa dall'assemblea solo dietro istanza degli organismi (consigli interni o sindacati) che avevano proposto la nomina. Per l'undicesimo uomo è invece richiesta la delibazione dell'autorità giudiziaria chiamata a

rapporto dialettico del tutto paritario³⁶. Una volta formatosi, il consiglio di sorveglianza provvede alla nomina del consiglio di direzione³⁷ al cui interno un membro spetta comunque alla componente lavoratrice: è il “direttore del lavoro” (*Arbeitsdirektor*), figura creata dalla stessa legge (§ 13).

Viene da sé che le possibilità di incidenza gestionale da parte dei lavoratori sono strettamente connesse agli ampi diritti, facoltà, poteri che il diritto societario attribuisce al consiglio di sorveglianza³⁸.

All’indomani dell’approvazione della legge furono congegnati e messi in pratica una serie consistente di abusi. Era difatti pratica comune quella di dar luogo a fusioni del tutto strumentali con imprese estranee al carbosiderurgico; altrettanto frequente, sempre in chiave elusiva, la creazione di *holding* dall’oggetto sociale imprecisato. Lo scopo di tali operazioni era ben definito: sottrarsi alla applicazione della legge del 1951. Per arginare il fenomeno, nel 1956 venne approvata una legge di riforma (c.d. *Holding Novell*) con la quale la partecipazione fu estesa anche a quei gruppi³⁹ al cui interno il fatturato delle società minerarie o siderurgiche era maggiore di quello delle altre. Ciononostante, la novella non fu sufficiente a fermare gli abusi. Nel 1967 il *Bundestag* emanò un provvedimento ulteriore⁴⁰: la capogruppo rimane in orbita cogestoria anche laddove le controllate (c.d. “società figlie”) dovessero scendere sotto la quota del 50%. Nel 1971 ancora un ribasso: sufficiente che le imprese siderurgiche del gruppo superassero il 40% del fatturato consolidato.

Il legislatore federale fu quindi coinvolto in una rincorsa quasi senza

verificare la presenza di una giusta causa di allontanamento. Così dispone per entrambi i casi il § 11.

36 In ragione della parità assoluta di potere, lo schema mostra tratti partecipativi forti (fortissimi): la possibilità di incidere sulle scelte imprenditoriali raggiunge il suo massimo grado di estensione. Per una attenta classificazione dei diversi modelli partecipativi: cfr. M. D’ANTONA, *Partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese, II diritto del lavoro*, in *Enc. giur.*, 1990, p. 1 ss.; G. BAGLIONI, *Democrazia impossibile? Il cammino e i problemi della partecipazione nell’impresa*, Bologna, 1995, partic. p. 323 ss.

37 Nomina che nel sistema tradizionale italiano – unico conosciuto dal nostro ordinamento fino al 2003 – compete invece all’assemblea dei soci: v. meglio *infra*, par. 5.

38 Per una approfondita disamina delle prerogative dell’*Aufsichtsrat* si rimanda alla trattazione del modello cogestorio generale: v. *infra*, par. 4 e 5. In ogni caso, per una sintesi efficace dei tratti principali del diritto societario commerciale tedesco cfr. M. CASSOTTANA, A. NUZZO, *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, Torino, 2005, p. 125-130.

39 Con la *Holding Novell* la presenza dei lavoratori viene imposta anche nel consiglio di sorveglianza delle società controllanti: così facendo rimangono intonse le capacità di incidenza sulle politiche imprenditoriali.

40 La legge del 1967 viene convenzionalmente abbreviata e titolata con la formula *Lex Rheinstahl*. L’*alias* legislativo tradisce la genesi del documento normativo. Il gruppo *Rheinstahl* (acciaierie del Reno), a causa di alcune oculate acquisizioni, scese al di sotto della soglia minima; da qui la decisione di intervenire.

fine⁴¹. Il tutto a plastica dimostrazione di una volontà imprenditoriale - mai sopita! - di fuga dalla via cogestoria⁴².

4 (Segue) Il dibattito sull'estensione generale della cogestione

L'impegno sindacale a favore della via cogestoria si mantenne costante anche all'indomani delle prime esperienze legislative repubblicane (MontanMitbestG e BVG).

Il DGB (Confederazione dei Sindacati Tedeschi) nel Programma di Düsseldorf del 1963⁴³ annunciò un'azione pressante per l'estensione generale della cogestione: «in tal modo si vogliono trasformare l'economia e la società nel senso che tutti i cittadini possano partecipare, a parità di diritti, alla formazione della volontà sia in materia economica che politica⁴⁴». Nel 1968 il DGB, portando a sintesi le diverse anime interne, presentò, coerentemente con la sua linea congressuale, un progetto di legge che avrebbe dovuto allargare la disciplina della MontanMitbestG a tutte le imprese, quale che fosse l'oggetto sociale, che presentassero due delle tre seguenti caratteristiche: a) 2000 dipendenti; b) un bilancio totale di almeno 75 milioni di marchi; c) un fatturato annuo di 150 milioni di marchi⁴⁵. Pertanto, si decise di concentrarsi sui soli agglomerati aziendali dalle grandi dimensioni. Nei contesti più ampi l'esigenza di riduzione dell'asimmetria tra le due componenti - lavoro e capitale - fu quindi avvertita come preminente; si pensi alle possibili ricadute sistemiche, occupazionali *in primis*.

Un merito che si deve senz'altro appuntare al petto delle forze sindacali è di aver mantenuto l'attenzione collettiva sulle questioni della parteci-

41 Nel 1981 dapprima, e nel 1988 poi, il parlamento tedesco, ormai assorbito da una sorta di accanimento terapeutico, assunse due provvedimenti dalle maglie ancora più stringenti; per tutti, cfr. L. KISLER *et alii*, *op. cit.*, p. 74.

42 Nel 2011, secondo i dati della Fondazione Hans-Böckler, sono 31 le società ancora assoggettate alla MontanMitbestG: un terzo rispetto al 1951 (105 società). La tabella statistica è consultabile al link [<http://www.boeckler.de>]. Hans Böckler (1875-1951) fu, oltre che parlamentare, anche sindacalista. Primo presidente del DGB (1949), dopo la seconda guerra mondiale, lavorò con forza perché l'idea partecipativa, nelle sue manifestazioni più consistenti, potesse definitivamente attecchire. Al suo estenuante impegno si deve il raggiungimento della "vittoria" cogestoria del 1951. Purtroppo non fece in tempo ad assistere alla nascita della sua creatura: morì pochi mesi prima dell'approvazione ufficiale del provvedimento.

43 Il momento congressuale viene comunemente (e significativamente) indicato con l'espressione "Bad Godesberg della DGB": dal 1963 anche l'organizzazione sindacale - qualche anno dopo di quella partitica (SPD, congresso del 1959) - "digerì" il sistema economico capitalista.

44 Si riporta il testo così come riprodotto in W. DÄUBLER, *op. cit.*, p. 445 s.

45 D'ora innanzi, la trattazione è particolarmente debitrice del lavoro di T. RAISER, R. VEIL, *Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz*, Berlin, 2009, partic. p. 18 ss.

pazione. Diversamente la legislazione degli anni Cinquanta si sarebbe risolta in una meteora passeggera. La prima conseguenza della proposta sindacale fu infatti l'accensione di un vivace e vasto dibattito pubblico; ogni forza politica e sindacale avanzò una propria piattaforma cogestoria⁴⁶.

Un primo insieme di progetti vorrebbe imporre all'interno del consiglio di sorveglianza una piena parità tra rappresentanti dei lavoratori e degli azionisti. A questo primo novero si può certamente ascrivere la bozza del DGB⁴⁷. In una direzione simile si pone la mozione esposta al *Bundestag* (1968) dalla SPD.

Diversa la teoria cogestoria espressa da un secondo gruppo di proposte: si pensò ad una terza componente da affiancare a quella di capitale e lavoro⁴⁸.

La fazione ulteriore avrebbe dovuto rappresentare un generico "interesse pubblico". I membri della componente "terza" sarebbero stati nominati - questa ad esempio la proposta del DAG⁴⁹ - dai consigli comunali o regionali localmente interessati; i consiglieri andavano pescati nel mondo delle scienze economiche, tecniche, ma anche parlamentare. La proposta si può definire un chiaro tentativo - nemmeno così celato - di incanalare le istanze dei lavoratori all'interno di un più ampio schema partecipativo-gestionale, così da coinvolgere ogni *stakeholder* effettivamente toccato dall'attività imprenditoriale. Altrimenti detto: dalla sindacalizzazione (*Syndikalisierung*) alla societizzazione (*Vergesellschaftung*).

Anche la componente liberale (FDP)⁵⁰ propose l'introduzione di una terza "potenza". Da parte liberale furono partoriti due diversi modelli (conosciuti come *Maihofer-Modell* e *Riemer-Modell*, dal nome dei due proponenti). In entrambi i casi si pensò ad una presenza di dirigenti all'interno del consiglio⁵¹, ma soltanto nel primo schema (*Maihofer*) i dirigenti sarebbero stati un'effettiva componente terza accanto a lavoro e capitale. Il secondo modello (*Riemer*) prevedeva invece che alla fazione dirigenziale

46 Naturalmente non mancarono proposte reazionarie favorevoli ad una restaurazione della situazione *ante-cogestione*.

47 Tra le novità di rilievo rispetto al 'modello Montan' del 1951 - del quale si chiedeva una generalizzazione - l'idea di creare organi decentrati, e dalla composizione paritetica, per la gestione di singoli rami d'azienda.

48 Cfr. G. E. COLOMBO, *Il problema della «cogestione» alla luce dell'esperienza e dei progetti germanici*, in *Riv. soc.*, 1974, p. 127 s.

49 Il DAG era la federazione che riuniva i lavoratori-impiegati (Deutsche Angestellten-Gewerkschaft). Oggi il sindacato si è fuso con altri dando vita alla federazione dei Ver.di.

50 Cfr. G. E. COLOMBO, *op. cit.*, p. 128 s.

51 I sindacati - così accadde in effetti con il testo definitivo del 1976 - avrebbero preferito escludere dal novero dei dipendenti solo i dirigenti massimi (c.d. "top managers"). Sulle posizioni sindacali cfr. G. NICOLINI, *op. cit.*, p. 31-33.

sarebbero spettati due dei sei membri riservati ai lavoratori. In questa mozione i dirigenti erano dunque considerati del tutto "equipollenti" ad ogni altra maestranza.

All'interno del dibattito non mancarono coloro che negarono la possibilità di percorrere la via paritaria, e quindi di estendere la disciplina del carbo-siderurgico⁵². In questo senso si pronunciarono i cristiano-democratici. La cogestione - riassumendo le tesi della CDU - non avrebbe dovuto soffocare né le esigenze produttivistiche di ogni impresa né la loro capacità concorrenziale. Quindi cogestione sì, ma con moderazione. Nel primo progetto (1971) fu previsto un consiglio di sorveglianza con sette rappresentanti per la parte azionaria e cinque per quella lavoratrice; con un solo membro (su cinque) proposto - ma non direttamente nominato - da parte sindacale⁵³.

Il cambio di forza che nel frattempo si consolidò in Parlamento⁵⁴ condusse la CDU ad accettare, suo malgrado, la rappresentanza paritetica⁵⁵.

La panoramica va infine conclusa con il progetto governativo (coalizione SPD-FDP) approvato il 20 marzo 1974. Di seguito le disposizioni fondamentali della proposta⁵⁶.

La legge si sarebbe dovuta applicare ad ogni società di capitali (società per azioni, per accomandita per azioni, a responsabilità limitata) che impiegate almeno 2000 dipendenti. Al di sotto di questa soglia, a partire però dalle realtà con almeno 500 lavoratori, rimane cogente il BVG del 1952⁵⁷.

A mo' di chiarimento: la legge del 1952, oltre che a veicolare la partecipazione a livello di singola unità produttiva, quanto alla cogestione propriamente societaria, dispone ed implementa il meccanismo della c.d. 'cogestione del terzo': all'interno dell'*Aufsichtsrat* i rappresentanti dei la-

52 Cfr. G. E. COLOMBO, *op. cit.*, p. 130-132.

53 Per attutire le conseguenze di una presenza certamente minoritaria fu proposto che: a) ai lavoratori andasse riservato un posto in ogni commissione del consiglio sorveglianza; b) ogni delibera del consiglio, assunta con il voto contrario dei rappresentanti dei lavoratori, venisse giustificata con motivazione verbalizzata. In sostanza si può parlare di un "pannicello caldo".

54 La SPD registrò un successo elettorale che la portò per lungo tempo stabilmente al governo (dal 1969 con la FDP).

55 I timori cristiano-democratici furono condivisi dalla c.d. "commissione Biedenkopf": cfr. sul punto G. E. COLOMBO, *op. cit.*, p. 131, n. 106. La commissione, presieduta dal Prof. Biedenkopf, fu istituita dal governo di (grande coalizione) nel 1968 per saggiare la possibilità di un'estensione della legislazione cogestoria. Kurt Biedenkopf (1930), oltre che docente universitario, è stato anche un politico cristiano-democratico di primo piano: in passato ha ricoperto i ruoli di segretario generale della CDU, parlamentare e capo del governo sassone.

56 Cfr. G. E. COLOMBO, *op. cit.*, p. 133-135; nonché W. DÄUBLER, *op. cit.*, p. 455-457.

57 Pertanto, il valore di 500 dipendenti costituisce il livello minimo perché un'impresa sia interessata dalla cogestione societaria.

vorì avranno diritto ad un solo terzo dei membri⁵⁸. In ogni caso, per le sole imprese minerarie e siderurgiche, rimane cogente la *MontanMitbestG*.

Proseguendo lungo le linee chiave della mozione governativa: in seno al consiglio di sorveglianza si optò per una progredita e ficcante parità assoluta.

La componente lavoratrice, in ragione della presenza numerica in azienda, viene ripartita tra operai, impiegati e dirigenti⁵⁹. Tuttavia, quale che sia la composizione dei dipendenti, almeno un posto deve essere garantito ad ognuno dei tre gruppi. Si preservano quindi le ragioni dei dirigenti che, per ovvie ragioni organizzative, costituiscono sempre minoranza.

Nelle imprese di massima dimensione, tre su dieci dei rappresentanti dei lavoratori⁶⁰ sono eletti dai lavoratori tra i nomi proposti dai sindacati rappresentati nell'impresa. I restanti rappresentanti sono invece nominati dai dipendenti.

L'elezione dei rappresentanti - siano essi "sindacali" o "aziendali" - avviene per il tramite di grandi elettori, anch'essi, come per i designati finali, individuati esclusivamente tra i dipendenti: in definitiva, si tratta di un procedimento elettorale di secondo grado⁶¹. Una volta completata l'individuazione dei delegati, questi vanno a comporre una sorta di assemblea che si esprime poi in via collegiale per ogni membro da eleggere. Ciò vuol dire che - ad esempio - i posti dei dirigenti saranno assegnati da una maggioranza (operai ed impiegati) che potrebbe decidere in senso contrario rispetto alle indicazioni della minoranza dirigenziale.

Presidente del consiglio e vicario dovranno appartenere ai due blocchi (lavoratori e azionisti)⁶². Lo stesso consiglio di sorveglianza potrebbe decidere di assegnare un doppio voto al presidente; la prerogativa in questione verrà utilizzata per superare eventuali situazioni di stallo. La scelta di concedere il potere di "doppio voto" non è valida se avversata dalla maggioranza (quattro su due) di uno dei gruppi del consiglio. Si tratta dunque di facoltà condizionata che i rappresentanti dei lavoratori potrebbero negare.

58 La c.d. "cogestione del terzo", cristallizzata dalle norme del *BVG* (1952), rimase in vita per oltre cinquant'anni: nel 2004 si optò per una conferma del modello, limitandosi ad una operazione di restauro. Il sistema venne infatti rinnovato con la legge sulla partecipazione del terzo (*Drittelbeteiligungsgesetz*, *DrittebetG*), approvata il 18 maggio 2004, durante il secondo cancellierato Schröder; a cambiare, nei fatti, fu il solo veicolo-involucro normativo; per un commento esegetico della disciplina si rinvia a T. RAISER, R. VEIL, *op. cit.*, p. 553 ss.

59 L'inclusione dei dirigenti tra la fazione lavoratrice rivela l'evidente influenza del modello coniato dall'alleato (liberale, FDP) di governo.

60 Nelle altre, a seconda delle dimensioni, due su otto o due su sei.

61 Anche i grandi elettori devono rispecchiare il "peso specifico" di ogni gruppo (operai, impiegati, dirigenti) all'interno dell'impresa.

62 Se non dovessero essere eletti con maggioranza qualificata (due terzi dei membri) andranno ad alternarsi ogni due anni alla carica presidenziale.

In ultimo, non certo per importanza, il dato del progetto sull'elezione del consiglio di direzione: il consiglio di sorveglianza nomina i componenti dell'organo di amministrazione con maggioranza di due terzi dei suoi membri; in seconda battuta con maggioranza assoluta⁶³.

Non si stupisca il lettore per l'analiticità e macchinosità del dato tecnico-normativo. Si tratta di mettere a punto un complesso marchingegno dove ogni ingranaggio deve poter funzionare a pieno e in rapporto con gli altri⁶⁴. In materia si impone – facendosi monito – il celebre passo dantesco: «e 'l modo ancor m'offende».

5 La disciplina del *Mitbestimmungsgesetz* del 1976

Il progetto governativo non trovò consacrazione nelle aule parlamentari; in parte, altra fu la disciplina alla quale si pervenne nel 1976⁶⁵. Le proposte socialdemocratiche (sindacali e partitiche) dovettero fare i conti, in sede di trattativa, con le contropunte liberali e cristianodemocratiche⁶⁶.

Il testo definitivo, approvato il 4 maggio del 1976 (entrato in vigore il 1° luglio), si innesta, come già accaduto per la Montan, nell'ordinamento commercialistico-societario tedesco⁶⁷; in quest'ultimo la disciplina sull'organizzazione delle società per azioni (*Aktiengesellschaft/AG*)⁶⁸ è

63 In seconda battuta i candidati – da eleggere a maggioranza assoluta – vengono proposti da un'apposita commissione paritetica o, in caso di insuccesso, da presidente e vicepresidente del consiglio di sorveglianza. Nella proposta governativa manca la figura dell'*Arbeitsdirektor*, presente invece nel modello della MontanMitbestG. Ci si limita a precisare che uno dei membri dell'organo di amministrazione dovrà occuparsi di questioni sociali e del personale. Scompare dunque la carica, ma non la funzione.

64 Legislazione poi accompagnata dalle proposte e soluzioni dei formanti giurisprudenziale e dottrinale.

65 Nel paragrafo si darà conto: a) delle norme definitive divergenti rispetto al progetto governativo del 1974; b) delle disposizioni, rimaste immutate in sede di approvazione, non analizzate in precedenza. Quindi, per una fotografia completa dell'intera normativa, v. anche *supra*, par. 4.

66 Nel primo caso – liberali – si diede voce all'alleato governativo; nel secondo caso si trattò di acquisire i voti cristianodemocratici, nel frattempo diventati essenziali per l'approvazione della camera dei Länder (*Bundesrat*).

67 La legge stessa si preoccupa, per ogni questione non trattata, di rinviare all'articolato della AktG. La legge del 1976 è interamente riprodotta in *Mondo Operaio, Il potere in fabbrica: esperienze di democrazia industriale in Europa*, G. ARRIGO, M. BACCIANINI (a cura di), 1979, Roma, p. 171-200.

68 L'attenzione di analisi sarà rivolta alla società per azioni: si tratta del tipo societario preferito, specie per le imprese medio-grandi, dalla moderna economia capitalistica. Eventuali differenze con altre varietà di società di capitali verranno debitamente segnalate.

veicolata dalla legge azionaria del 1965 (*Aktiengesetz/ AktG*) così come successivamente modificata ed integrata⁶⁹.

La normativa prevede - lo si è già accennato - per la struttura della AG tre organi sociali: a) il *Vorstand* (consiglio di direzione) con funzioni amministrative; b) l'*Aufsichtsrat* (consiglio di sorveglianza) con funzioni di controllo, ma anche con alcuni poteri gestionali; c) la *Hauptversammlung* (assemblea generale)⁷⁰. Si tratta di declinazione paradigmatica del c.d. "modello dualistico" di amministrazione e controllo delle società di capitali; un modello che trova nel contesto tedesco la sua testimonianza più significativa⁷¹. L'espressione "dualistico" non si riferisce, come forse comunemente ed erroneamente si crede, alla biforcazione (sorveglianza e gestione) che si registra accanto all'assemblea, quanto piuttosto alla presenza di un *Aufsichtsrat* che possiede anch'esso poteri latamente amministrativi⁷². Di seguito il commento delle principali disposizioni che compongono il corpo normativo del *Mitbestimmungsgesetz*.

In tutte le imprese, che utilizzano lo schermo giuridico della società per azioni, accomandita per azioni e a responsabilità limitata, e che occupino più di 2000 dipendenti, quest'ultimi hanno diritto alla cogestione nei termi-

69 Nell'elaborato si farà riferimento all'attuale normativa azionaria. La versione originaria è interamente consultabile in B. LIBONATI, *La legge tedesca sulle società per azioni: Aktiengesetz vom 6 September 1965*, Milano, 1971. Per il testo consolidato e più recente si rinvia a P. AGSTER, F. BORDIGA, *Legge sulle società per azioni della Repubblica federale tedesca*, Milano, 2013.

70 La trattazione dello schema societario tedesco è supportata ed ispirata dal lavoro di T. RAISER, R. VEIL, *op. cit.*, partic. p. 153 ss.; di particolare pregio comparatistico anche lo studio di: M. RONDINELLI, *Il sistema dualistico di amministrazione e controllo nella società per azioni tedesca*, in *Percorsi di diritto societario europeo*, E. PEDERZINI (a cura di), Torino, 2011, p. 207 ss.

71 Una sintetica mappatura delle diverse esperienze dualistico-cogestorie europee è rinvenibile nel volume collettaneo R. R. KRAAKMAN, P. DAVIES, H. HANSMANN, G. HERTIG, K. J. HOPT, H. KANDA, E. B. ROCK, *Diritto societario comparato. Un approccio funzionale*, Bologna, 2006, p. 77-81; nonché all'interno della sezione 'National Industrial Relations' in <http://www.worker-participation.eu/>.

72 Sul sistema dualistico - *tout court* considerato e nelle sue diverse declinazioni - scontato appare il riferimento a V. CARIELLO, *Il sistema dualistico*, Torino, 2012. Il modello italiano - unico disponibile fino alla riforma del 2003 - prevede anch'esso una struttura ternaria (consiglio di amministrazione, collegio sindacale ed assemblea), eppure, per ciò solo, non si può etichettare come un dualistico: il collegio sindacale non ha alcun potere amministrativo. Lo schema nazionale tradizionale (e legale) è invece sussumibile al di sotto della esperienza del "monistico" (un unico organo con poteri gestionali), diffuso specie nel mondo anglosassone. Sul punto cfr. M. CASSOTTANA, A. NUZZO, *op. cit.*, p. 126-128; e poi ancora D. CORAPI, *Le società per azioni*, in *Diritto Privato Comparato*, G. ALPA, M. J. BONELL, D. CORAPI, L. MOCCIA, V. ZENO-ZENCOVICH, A. ZOPPINI, Roma, 2012, p. 468 ss. Nel sistema tedesco il modello duale trovò invece accoglienza fin dal 1861 (codice di commercio all'epoca vigente). Inizialmente il consiglio di sorveglianza fu pensato come un organo di solo controllo sulla gestione. Cfr. nuovamente V. CARIELLO, *op. cit.*, p. 5.

ni e modi previsti dalla legge in questione (§ 1)⁷³. L'ambito di applicazione rimane dunque identico a quello cristallizzato nel progetto governativo⁷⁴.

Unicamente tra i dipendenti saranno individuati (*rectius* eletti) i rappresentanti del fattore lavoro (§ 7, co. 3).

Nelle imprese interessate dal provvedimento, i consigli di sorveglianza dovranno essere composti per metà da rappresentanti dei lavoratori (§ 6 e 7). Il proclama di assoluta pariteticità si dimostra però azzoppato per le ragioni che seguono. In prima battuta, è previsto che la nomina di presidente e vice-presidente del consiglio di sorveglianza debba avvenire a maggioranza interna dei due terzi (§ 27, co. 1). Se però non si dovesse raggiungere la maggioranza qualificata, si procede ad un secondo turno nel quale i rappresentanti degli azionisti (con maggioranza interna allo stesso gruppo "azionario") eleggono il presidente, mentre i rappresentanti dei lavoratori (con maggioranza interna al solo gruppo "lavoratizio") eleggono il vice (§ 27, co. 2)⁷⁵. Si badi bene, la possibilità per gli azionisti di accaparrarsi la nomina del presidente non è questione scevra di conseguenze sostanziali. Difatti, se in occasione di una certa delibera si dovesse raggiungere la parità (un blocco), si procede ad una seconda votazione; se anche questo nuovo tentativo dovesse andare a vuoto, a quel punto il presidente - non anche il vice - avrà diritto ad un doppio voto (§ 29). La logica del voto capitaro, che domina ogni organismo collegiale, viene quindi messa in discussione da una sorta di preminente "logica capitalista".

Inoltre, come se ciò non bastasse, la regola del doppio voto si estende anche alla nomina (e revoca) dei membri del *Vorstand* (§ 31). Eppure, nelle more della scelta degli amministratori, i rappresentanti del fattore lavoro

73 Il § 1 si preoccupa inoltre di specificare che: a) la legge si impone purché, in ragione dell'oggetto sociale, non si debba applicare la *MontanMitbestG*; b) alle imprese escluse, che impieghino almeno 500 dipendenti, si andranno comunque ad applicare i diritti cogestori previsti dal *BVG* con la sua partecipazione del terzo; c) la disciplina cogestoria non si applica alle c.d. "imprese di tendenza" (imprese che, direttamente e prevalentemente, perseguono, ad es., finalità politiche o confessionali). Rimangono in assoluto fuori dall'orbita cogestoria le sole attività che, almeno per il tessuto economico tedesco, possiedono modeste dimensioni (meno di 500 dipendenti). Secondo le più recenti statistiche confezionate dalla Fondazione Hans Böckler (periodo 2011-2012), le imprese che applicano la cogestione del 1976 sono: a) circa 260 società per azioni; b) circa 350 società a responsabilità limitata. La diffusione è dunque massiccia e capillare. Sarà sufficiente considerare che ciascuna di tali 600 società possiede in media almeno 2 mila dipendenti; molte superano tale minimo legale.

74 Non sono mancate esperienze di c.d. "cogestione volontaria" introdotte in forza di accordi privatistici. In base a tali accordi, la disciplina viene estesa anche a quelle realtà societarie (per azioni e non) che, secondo la norma vigente, non sarebbero oggetto (ad es. per ragioni dimensionali) di cogestione obbligatoria.

75 È come se si creassero due gruppi (capitale e lavoro) ciascuno dei quali elegge al suo "interno" il proprio candidato di spetanza.

potrebbero far valere ragioni ed interessi del solo personale⁷⁶. È questa una delle forze del modello cogestorio tedesco: portare il conflitto industriale fin dentro le camere e le logiche decisionali-imprenditoriali, principiando dalla selezione di coloro che sono chiamati ad assumere tali decisioni. Se questa prerogativa – come accade con la legge in esame – dovesse risultare scalfita, le istanze emancipatorie della partecipazione ne uscirebbero indubbiamente danneggiate. È questa, all’opposto e in negativo, l’essenza del modello approvato nel 1976; modello non a caso significativamente etichettato con la formula della c.d. “cogestione quasi paritetica”⁷⁷. Il “quasi” è purtroppo frutto avvelenato del compromesso al ribasso accettato dalla SPD⁷⁸.

A nulla vale l’obiezione di quanti fanno notare (cumulativamente) che: a) non è detto che si arrivi ad una nomina (presidente) non condivisa; b) le situazioni di stallo/parità, con possibilità di attivare il doppio voto, potrebbero rimanere infrequenti. A risposta: quando il legislatore decide di impegnarsi in un progetto politico-sociale dovrebbe agire con alla mente il passato, l’occhio sul presente, e l’ideale di ciò che vuole si verifichi in futuro. Non importa cosa potrebbe accadere, o cosa solitamente accade (*id quod plerumque accidit*); ciò che conta è quanto si vuole che accada.

In altre parole, quali che saranno i rapporti di forza in concreto esercitati, resta il dato di un testo normativo che per la fattoria-impresa, citando George Orwell, cristallizza la regola: «tutti gli animali sono uguali, ma alcuni sono più uguali degli altri». Ben altri erano invece i termini paritari – traditi e disattesi – del primo progetto governativo⁷⁹.

Ciò premesso e chiarito, occorre dar contro delle restanti disposizioni dell’articolato, evidenziandone gli intrecci con la correlata disciplina

76 Ad es., amministratori propensi ad attuare un piano di investimenti potrebbero essere preferiti a quanti si propongono come “ottimizzatori” di costi societari; ad un *manager* dalla formazione finanziaria si potrebbe contrapporre uno di scuola industriale.

77 Alcuni parlano di “parità zoppa” (*hinkende Parität*).

78 Il progetto governativo fu modificato, così da tornare in aula dove trovò il voto anche dell’opposizione democristiana.

79 Per un lucido commento “a caldo” (rispetto al testo del 1976) cfr., per tutti, M. PEDRAZZOLI, *La cogestione tedesca: esperienze e problemi*, in *Pol. dir.*, 1977, p. 261 ss. L’autore, qualche anno più tardi, darà alla luce un volume che rappresenta un pilastro fondamentale per gli studi – domestici e non – del fenomeno socio-giuridico della c.d. “democrazia industriale”. Il volume, con grande acume e spessore, affronta uno dei dilemmi centrali di ogni sistema di relazioni industriali che si possa dire effettivamente partecipativo: quali siano le conseguenze, in termini di ricadute sul rapporto di lavoro subordinato, dell’adozione di un sistema cogestionale; ovvero, cosa accada quando un contropotere (sindacale) finisce per tramutarsi in potere (gestionale). Non è possibile indugiare su di tale *Questione*; un’analisi in tal senso richiederebbe un’attenzione ed un’esperienza sapienziale ben più ampie delle brevi note che si intendo qui proporre. Pertanto, non resta che rinviare a M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione: poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Milano, 1985.

societaria. Così facendo si avrà modo di saggiare quali siano i poteri che le rappresentanze lavoratrici, nonostante il *vulnus* della “quasi-parità”, potranno comunque esprimere.

L'*Aufsichtsrat*, in forza del *Mitbestimmungsgesetz*, ha una composizione contingentata, oltre che qualitativamente, anche quantitativamente. Infatti il consiglio di sorveglianza (§ 7): a) nelle imprese che occupano meno di 10 mila dipendenti è composto da sei membri in rappresentanza degli azionisti e sei in rappresentanza dei lavoratori; b) nelle imprese che occupano più di 10 mila dipendenti, ma meno di 20 mila, otto membri in rappresentanza degli azionisti e otto in rappresentanza dei lavoratori; c) nelle imprese che occupano più di 20 mila dipendenti, dieci membri in rappresentanza degli azionisti e dieci in rappresentanza dei lavoratori.

Il consiglio di sorveglianza viene eletto, quote cogestorie comprese, dall'assemblea che delibera a maggioranza dei presenti (§ 101 AktG); la durata dell'incarico è di quattro anni con possibilità di rielezione (§ 102 AktG).

Quali sono i compiti attribuiti all'*Aufsichtsrat*, e quindi, quali le possibilità attribuite all'ordinamento per i suoi membri? La risposta permetterà di circoscrivere la “forza” concessa ai lavoratori per il tramite dei loro rappresentanti.

Al consiglio di sorveglianza spetta innanzitutto l'attività di controllo sulla gestione (il c.d. “*Überwachungspflicht*”): «il consiglio di sorveglianza deve sorvegliare l'amministrazione della società» (§ 111, co. 1, AktG). La lettera della norma non chiarisce con analiticità cosa si debba intendere per tale attività di controllo. Al di là della vaghezza legislativa, quale che sia la portata aurea del potere di controllo, l'operato del consiglio si può certamente distinguere in attività di controllo preventiva e successiva.

Principiando con l'attività esercitata *ex ante*, la legge – specie dopo una modifica del 2002⁸⁰ – stabilisce che lo statuto o il consiglio di sorveglianza debbano indicare le attività o le operazioni relative alla gestione dell'impresa per il cui compimento è necessaria una approvazione preventiva del consiglio stesso (§ 111, co. 4, AktG); la norma parla di un (doveroso) elenco di specifiche categorie di operazioni. Pertanto, l'enunciato legislativo, per quanto non si spenda in un catalogo predeterminato, impone la predisposizione di un'elencazione puntuale.

Si deve trattare di un insieme di operazioni capaci di incidere sostanziosamente sulla situazione patrimoniale, finanziaria, o reddituale dell'impre-

⁸⁰ La modifica fu introdotta con la legge sulla trasparenza e la pubblicità (Transparenz- und Publizitätsgesetz/ TransPuG). Prima della novella la previsione di un'approvazione preventiva era solo facoltativa. Le altre novità, di rilievo per l'elaborato, sono così sintetizzabili: a) ogni membro è singolarmente legittimato ai poteri informativi nei confronti del consiglio di direzione ed a chiedere la convocazione dell'organo di sorveglianza; b) competenza del consiglio di sorveglianza ad approvare il bilancio consolidato.

sa⁸¹. Di regola, si finisce per comporre un novero, sì definito, ma alquanto ampio; di conseguenza, altrettanto estesi saranno i poteri cogestori(-autorizzatori) nella disponibilità dei rappresentanti dei lavoratori.

Se il consiglio di sorveglianza dovesse negare la necessaria autorizzazione, il *Vorstand* potrà decidere di investire l'assemblea perché approvi con propria delibera l'attività in questione (§ 111, co. 4, AktG). L'assemblea decide con maggioranza qualificata⁸².

Perché il potere dell'*Aufsichtsrat* possa essere effettivo e giudizioso occorre che l'organismo sia dotato di informazioni complete, esaustive ed adeguate. A tal proposito la legge azionaria ha cura di imporre al *Vorstand* un accurato fascio di doveri informativi - con speculari diritti in capo al sorvegliante - sia di carattere generale che particolare (in particolare § 90 AktG).

Ulteriori prerogative del sorvegliante sono diretta ed immediata conseguenza dell'obbligo di corretta tenuta delle scritture contabili che grava sul consiglio di direzione (§ 91, co. 1, AktG); al consiglio di sorveglianza, per verificare il rispetto del dovere in questione, è riconosciuta la possibilità - incaricando se necessario degli esperti⁸³ - di ispezionare le scritture (§ 111, co. 2 AktG).

Per quanto attiene all'attività di controllo successiva, non si può che evidenziare, come prerogativa principe, il potere di approvazione del bilancio che spetta, per l'appunto, al consiglio di sorveglianza (§ 172 AktG)⁸⁴; all'assemblea invece il compito di decidere della destinazione degli utili (eventuali).

L'*Aufsichtsrat* è inoltre legittimato a promuovere l'azione sociale di responsabilità nei confronti di eventuali amministratori inadempienti degli obblighi gestori (§ 112 AktG).

Il quadro societario finora disegnato si può dire il prodotto di decenni di maturazione⁸⁵. Uno dei momenti principali di tale evoluzione è senz'altro

81 In tal senso cfr. V. CARIELLO, *op. cit.*, p. 8, n. 23. Tra le ipotesi di sicuro interesse per i lavoratori: la creazione di società c.d. "figlie" (anche all'estero), così anche la loro liquidazione o vendita; gli ampliamenti e le restrizioni dell'attività economica concretamente svolta.

82 Sarà necessario il voto favorevole dei tre quarti del capitale presente in assemblea; il *quorum* aggravato non può essere modificato dallo statuto.

83 La possibilità normativa di avvalersi dell'ausilio di esperti sembrerebbe risolvere ogni possibile questione circa le (in) competenze dei rappresentanti lavorati; competenze necessarie per maneggiare materiali complessi e delicati quali certamente sono i bilanci societari.

84 È questa una peculiarità del sistema (dualistico) di *corporate governance* tedesco. Altrove l'approvazione è competenza dell'assemblea plenaria.

85 Cfr. per tutti, quantomeno nella letteratura italiana, G. B. PORTALE, *Il sistema dualistico: dall'Allgemeines Deutsches Handelgesetzbuch (1861) alla riforma italiana della società per azioni*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, p. 673 ss.; nonché, dello stesso autore, il più

rappresentato dal lento ma incisivo mutamento funzionale e caratteriale del consiglio di sorveglianza; e quindi dei suoi rapporti con il consiglio di direzione.

I dipendenti, lo si è detto, sono impegnati in un organo attraverso il quale è dato loro l'accesso ad un'ampia cesta di informazioni aziendali⁸⁶; e poi ancora: possibilità di usufruire di un meccanismo istituzionalizzato e preconstituito di procedimentalizzazione delle politiche imprenditoriali. È anche questa l'esperienza societaria propriamente tedesca. Chiunque volesse proiettare tale ordinamento in altri contesti non potrà trascurarlo. Coloro che hanno agito (vedi il legislatore italiano) per un "trapianto" dello schema tedesco, escludendo la cogestione, si sono macchiati di una colpevole omissione.

Detto ciò, non è possibile imputare alla *Mitbestimmung*, con il grado della certezza assoluta, le caratterizzazioni che nel tempo hanno interessato l'*Aufsichtsrat*, passato da organo di solo controllo, ad organo co-gestionale. Anche se, la natura delle stesse - maggiore incidenza sulla guida imprenditoriale - fa propendere per una modifica determinata dalla presenza dei rappresentati dei lavoratori⁸⁷.

Negli anni, il sistema tedesco si è connotato come "dualistico cogestito". Formula, quest'ultima, che sta a significare la combinazione tra strada societaria ordinaria e istanze partecipative. La combinazione ha dato luogo ad una sorta di nuovo tipo societario. Qualunque esportazione del contesto tedesco non può tacere di questa evoluzione ormai risalente e ben radicata. Ogni altro modello non ha nulla a che vedere con la moderna esperienza normativa⁸⁸.

recente *Il modello dualistico di amministrazione e controllo. Profili storico-comparatistici* in *Riv. dir. comm.*, 2015, p. 39-62.

86 L'enfasi sui poteri informativi del consiglio - e quindi anche dei suoi rappresentanti lavorati - è diffusa tra gli autori; perfino i critici sono "costretti" a riconoscerne le ricadute positive per la componente lavoro: cfr. R. KRAAKMAN *et alii*, *op. cit.*, p. 79.

87 Accenna ad un'influenza cogestoria, senza però approfondire, V. CARIELLO, *op. cit.*, p. 7.

88 Anche solo da pochi cenni, appariranno evidenti al lettore italiano le profonde differenze con il sistema nazionale tradizionale. Si pensi alla nomina dell'organo amministrativo riservata ad un organo non assembleare. Si presti però attenzione all'aggettivo tradizionale. Infatti da qualche anno (dal 2003) anche l'ordinamento societario italiano conosce la presenza di due ulteriori sistemi di amministrazione e controllo: il c.d. monistico di ispirazione anglosassone (art. 2409 *sexiesdecies* ss., c.c.) il c.d. "dualistico" (artt. 2409 *octies* ss., c.c.). Quest'ultimo, volendo sintetizzare, riproduce in buona parte l'opzione tedesca. In buona parte, ma non in assoluto. In sede di riforma si è deciso di scartare la disciplina cogestoria. Il che è come dire - sia permesso il semplicismo comparatistico - importiamo la monarchia Buckingham Palace, a patto di lasciare a Londra la Regina!. Non è dunque un caso se la riforma societaria del 2003, sbandierata anche per via dell'introduzione dei nuovi sistemi di *governance*, rappresenti ad oggi un sostanzial.fall.mento; spiace, perché il modello duale avrebbe potuto produrre risultati gestionali positivi. Eppure, i dati ad oggi disponibili non lasciano spazio ad alcun dubbio. Secondo le statistiche più accurate solo lo 0,24 % delle

6 C'è un giudice a Karlsruhe? La cogestione dinanzi al *Bundesverfassungsgericht*

A breve distanza dall'approvazione della legge cogestoria generale (MitbestG), nonostante il parziale successo parlamentare, la parte datoriale tentò la carta dell'illegittimità costituzionale; a conferma dunque di un immutato sentimento antipartecipativo. Nove grandi imprese, ventinove associazioni datoriali nonché l'associazione dei possessori di titoli azionari, sollevarono la questione dinanzi al giudice costituzionale del Land di Amburgo; quest'ultimo, condividendo i "dubbi" dei proponenti, ricorse a suo volta al tribunale costituzionale federale (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG) che definì la vicenda con la sentenza del 1 marzo 1979⁸⁹.

L'interrogativo posto all'attenzione del giudice costituzionale si può così riassumere: gli articoli della MitbestG - presenza lavorativa all'interno del consiglio di sorveglianza - si possono considerare lesivi della proprietà azionaria? La compagine proprietaria verrebbe illegittimamente compressa nelle sue possibilità in ragione di interessi del tutto estranei?

La norma di riferimento è l'art. 14 del *Grundgesetz*, in particolare commi primo e secondo: «La proprietà e il diritto ereditario sono garantiti. Il contenuto e i limiti di essi sono fissati dalle leggi. La proprietà impone obblighi. Il suo uso deve anche servire al bene della collettività⁹⁰».

Il testo costituzionale impone al legislatore ordinario un impegno per la garanzia del diritto; non va però dimenticata l'apposizione del vincolo sociale (*Sozialbindung*) che rappresenta clausola altrettanto fondamentale della disposizione costituzionale.

società per azioni italiane ha optato per il duale. Il *trend* - del tutto negativo - è confermato anche le indagini più recenti della Consob: ad es. "*Rapporto 2014 sulla corporate governance delle società quotate italiane*". Forse è giunto il momento che il legislatore, a guida di autocritica, riveda le sue scelte; del resto, l'odierna crisi economico-finanziaria, tanto sul piano nazionale che su quello globale, non sembra lasciar spazio alcuno a modelli tradizionali dimostratisi del tutto inadeguati. Cfr. a questo proposito ed in tal senso: F. VELLA, *L'impresa e il lavoro: vecchi e nuovi paradigmi della partecipazione*, in *Giur. comm.*, 2013, n. 6, p. 1210 ss.; S. TRENTO, A. MATTEI, *Uscire dalla crisi: la partecipazione del lavoro all'impresa*, in *Mul.*, 2014, n. 6, p. 923 ss.; *La partecipazione incisiva: idee e proposte per rilanciare la democrazia nelle imprese*, M. CARRIERI, P. NEROZZI e T. TREU (a cura di), Bologna, 2015.

89 Per una attenta disamina dei passaggi principali della pronuncia cfr. T. RAISER, R. VEIL, *op. cit.*, p. 24 ss.; in relazione alle riflessioni "nostrane" all'indomani della pronuncia, si v. pure *Sulle reazioni e riflessioni La legge sulla cogestione nella RFT. Sentenza della Corte Costituzionale Federale dell'1.3.1979*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1979, p. 585 ss.; S. SIMITIS, *La Corte Costituzionale Federale e la cogestione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1979, partic. p. 619-626. Tra le note di comparazione più recenti cfr. F. SAITTO, *Economia di mercato e regolazione statale: la controversia tedesca sulla Wirtschaftsverfassung e il "posto" dell'art. 41 della Costituzione italiana*, in *Janus*, 2011, n. 5, partic. p. 24-32.

90 Il testo costituzionale integrale è consultabile in <http://www.dircost.unito.it>.

La proprietà di cui si parla – la cui difesa reclamano i ricorrenti – non è a ben vedere la proprietà tradizionalmente consolidatasi, ovvero la proprietà su di specifici cespiti reali. Nella proprietà “reale” «coincidono la libertà di uso della proprietà, il potere di decisione sulla stessa e l'imputazione degli effetti dell'esercizio del diritto alla persona del proprietario⁹¹»; diversamente tale connessione «viene ampiamente a mancare nel caso della proprietà delle quote sociali⁹²». Il giudice costituzionale parla, a proposito della proprietà azionaria, di una proprietà “mediata” attraverso l'esercizio dei diritti connessi alla qualità di socio: «il proprietario non può, di norma, far direttamente uso della sua proprietà, né può esercitare il potere di disporre di essa, ma deve limitarsi agli aspetti patrimoniali della sua quota sociale, poiché la più ampia facoltà di disporre è esercitabile solo per il tramite degli organi della società⁹³».

Ed è nell'essenza stessa di tale mediazione – determinata dal diritto societario e non da quello cogestorio – che va ricercata una prima risposta circa la bontà costituzionale della cogestione. Infatti non è escluso che, prescindendo dalla partecipazione dei lavoratori, un socio non si trovi comunque a dover subire le decisioni della maggioranza. D'altronde, la proprietà azionaria non è la proprietà lockiana del Secondo trattato sul governo⁹⁴!

Per ciò che attiene invece la funzione sociale, posta a copertura dell'intervento cogestorio, i passaggi della sentenza sono alquanto chiari e definiti.

«L'aspetto sociale della proprietà azionaria consiste nell'attribuire all'azionista, in comunità con altri, la proprietà di mezzi di produzione [...] non appare inadeguato che il legislatore cerchi di realizzare un temperamento tra il fattore sociale e quello privato⁹⁵». Le ragioni di riequilibrio dell'asimmetria sociale tra i due fattori (capitale e lavoro) giustificano le limitazioni sofferte dagli azionisti; ragioni di tutela hanno determinato i condizionamenti al versante capitalistico. Il regolatore, attraverso le scelte compiute, si è mantenuto «entro l'ambito consentito per una determinazione del contenuto e limiti della proprietà azionaria, se è vero che la cogestione non produce la conseguenza che il capitale sottoscritto sia soggetto a decisioni prese contro la volontà di tutti i proprietari di quote sociali: se è vero che costoro non perdono, a causa della cogestione, il controllo sulla

91 Si riporta il testo così come riprodotto in *La legge sulla cogestione nella RFT. Sentenza della Corte Costituzionale Federale* dell'1° marzo 1979, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1979, p. 585 ss.

92 *Ivi*, p. 588.

93 *Ibidem*, p. 588.

94 In Italia l'idea di una proprietà azionaria del tutto peculiare si deve alle riflessioni di alcuni originali autori: cfr. partic. G. Rossi, *Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa*, Milano, 1967, p. 32 ss.

95 Cfr. Sentenza della Corte, *cit.*, p. 594 s.

designazione degli organi cui è attribuita la funzione direttiva dell'impresa e se, infine, è vero che agli stessi azionisti è lasciato il diritto alla decisione finale⁹⁶». Il riferimento alla decisione finale è da leggersi come richiamo al regime di quasi-parità (doppio voto).

Nel confronto, da un lato, tra una proprietà che trova comunque un appiglio nel profilo liberale del *Grundgesetz*, e, dall'altro, una tutela dei diritti dei lavoratori che non affiora in alcun modo a livello costituzionale, le ragioni del capitale apparirebbero conclusione quasi obbligata. Considerata la neutralità economica della Costituzione, il Tribunale federale avrebbe potuto assumere pronunce ben più "gravi"; mancando di un qualsiasi salvagente costituzionale, la cogestione avrebbe potuto soccombere. Così invece non è stato⁹⁷.

Il BVerfG non ritenne di dover sanzionare il legislatore: la disciplina – si disse – è costituzionalmente legittima. Ed infatti il giudizio del 1979 viene ricordato come una robusta pietra miliare dell'edificio partecipativo: nessuno ridiscusse, almeno seriamente, la questione costituzionale.

7 Note conclusive. Quale futuro per la cogestione tedesca?

Nei decenni successivi non si registrarono interventi di rilievo sulla legislazione del 1976, ciò permise all'impianto cogestorio di poter dispiegare a pieno i suoi effetti partecipativi⁹⁸.

Eppure, nonostante il suggello di costituzionalità, gli attacchi alle mura della cittadella cogestoria non mancarono di riproporsi.

Nel 2001, nel corso di un ricco appuntamento di confronto sulle tendenze in atto nel campo della *corporate governance*⁹⁹, il giurista tedesco Klaus Hopt così riassunse la questione: «Tutta la legislazione societaria è troppo poco flessibile ed ha urgente bisogno di deregulation»; istituti quali quello della cogestione «sono veri e propri fossili, di cui gli americani si meravigliano oppure – se si pensa alla competizione tra i sistemi – si

96 *Ivi*, p. 595.

97 In un certo senso, la massima del giudice statunitense Holmes, secondo il quale «*the Constitution is what we say it is*», trovò nuova conferma; anche se, in questo caso, ad avere importanza fu certamente il *non detto*.

98 L'unica (non-)novità intercorsa – di cui si è già detto (v. *supra*, n. 58) – è rappresentata dalla 'legge sulla partecipazione del terzo' (*Drittelbeteiligungsgesetz*, DrittebetG).

99 L'incontro è avvenuto nel luglio del 2001 presso il centro italo-tedesco di Villa Vigoni; il confronto ha impegnato giuristi ed esperti italiani e tedeschi. Gli atti sono stati poi pubblicati in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, n. 56, 2003. L'intervento di K. HOPT è riprodotto alle p. 29 ss; il testo è liberamente consultabile in <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/quarigi>.

rallegrano¹⁰⁰».

L'idea di fondo, implicita od esplicita che sia, si può così tradurre. Se la cogestione fosse davvero quella panacea che da più parti si reclama, perché imporla per legge? Saranno le stesse imprese – si ragiona – ad implementarla in via del tutto volontaria.

Quello che però la riflessione liberista sembra dimenticare è la complessità degli interessi sottesi ad ogni attività economica. Il diritto non è il riflesso del volere di una sola parte sociale; è semmai la sintesi dei voleri, ancorché contrapposti, di tutte le parti coinvolte.

Correggendo un passo economico-letterario caro alla dottrina liberista, si potrebbe così affermare: «Non è dalla benevolenza del macellaio, del birraio o del fornaio che noi attendiamo il nostro pranzo cogestorio, quanto piuttosto dalla mano Visibile dell'intervento legislativo».

La cavalleria americana (*rectius* statunitense) cui si riferisce Klaus Hopt riunisce un ampio arco anti-cogestorio che trova tra i suoi pionieri quel gruppo di studiosi che hanno dato vita alla c.d. *New comparative economics*¹⁰¹. Da questo punto di vista, i primi a rompere gli indugi sono stati gli autori del movimento di *law and finance*¹⁰².

Ebbene, neppure il consolidato sistema partecipativo tedesco è riuscito a sfuggire al test di competitività imposto dal movimento giuseconomico liberista. Nel luglio 2005, l'allora governo Schröder, insediò una commissione per la "modernizzazione della codeterminazione aziendale in Germania". La commissione, guidata dal Prof. Kurt Biedenkopf¹⁰³, concluse i suoi lavori nel dicembre 2006; nel frattempo al governo si era insediata la cancelliera Angela Merkel.

Nonostante le pressioni datoriali la commissione approvò un rapporto di maggioranza nel quale si legge che: «non si vedono ragioni per la quale si dovrebbe mettere in discussione la valutazione positiva del legislatore

100 K. HOPT, *op. cit.*, p. 31.

101 Per un approccio critico agli studi della c.d. 'Nuova economia comparata' cfr. A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, 2014, p. 129-134.

102 Il lavoro capofila in materia è quello di R. LA PORTA, F. LOPEZ DE SILANES, A. SHLEIFER, R. W. VISHNY, *Law and Finance*, in *Journ. pol. eco.*, 106, 1998, p. 1113 ss. L'approccio è proprio della giuseconomia classica; anche se nessuno dei suddetti autori ha una formazione accademica di tipo giuridico. Per uno spaccato sulla declinazione anticogestoria di tale approccio: cfr. R. KRAAKMAN *et alii*, *op. cit.*, p. 77 ss.; lo stesso dicasi per M. J. ROE, *La public company e i suoi nemici*, Milano, 2004, partic. p. 23 ss., nonché p. 81 ss. Gli autori testé citati condividono una concezione evolucionistico-hayekiana della dimensione giuridica che se effettivamente assecondata rischierebbe di condurre ad una sorta di '(neo)stato di natura', quantomeno economico.

103 Si tratta dello stesso Kurt Biedenkopf già chiamato negli anni Sessanta a presiedere un gruppo di studio sulla possibile estensione generale della cogestione carbo-siderurgica. Cfr. L. KIßLER *et alii*, *op. cit.*, p. 97; una sintesi del rapporto è consultabile in http://www.boeckler.de/pdf/bb_zusammenfassung_BiKo_ital.pdf.

nel 1976 e proporre una correzione o addirittura un annullamento della legge». La commissione, o quantomeno la sua maggioranza, ritengono di dover “prosciogliere” la *Mitbestimmung* da un nuovo capo di accusa, in parte diverso dai precedenti. Difatti, mentre in passato si era invocata la presunta lesione del diritto di proprietà, adesso si parla di attentato alla competitività.

Respinta la rinnovata ondata reazionaria, la cogestione si può considerare definitivamente in salvo? La risposta è solo parzialmente positiva.

Dopo il consolidamento a livello giurisprudenziale europeo della dottrina *Centros* (CGE, 9 marzo 1999, in causa C-212/97), si è assistito ad un fenomeno graduale di fuga dall’ordinamento tedesco a favore di realtà giuridiche meno stringenti ed “invasive”. A tal proposito, per meglio capire, va qui brevemente ricordato il portato della *doctrine* citata. La Corte di Giustizia, interrogata sulla portata dei Trattati in materia di libertà di stabilimento delle persone legali (prima artt. 43 e 48 TCE, oggi artt. 49 e 54 TFUE), ha statuito che rientra nell’ambito del diritto europeo (all’epoca ‘comunitario’) la possibilità di costituire una società in un primo Stato membro «al solo scopo poi di stabilirsi in un secondo, nel quale la società svolgerebbe l’essenziale, se non il complesso delle sue attività economiche». E per non lasciare alcun spazio al dubbio, prosegue la Corte: «il fatto che un cittadino di uno Stato membro che desideri creare una società scelga di costituirla nello Stato membro le cui norme di diritto societario gli sembrino meno severe e crei succursali in altri Stati membri non può costituire di per sé un abuso del diritto di stabilimento. Tale diritto [...] è inerente all’esercizio, nell’ambito di un mercato unico, della libertà di stabilimento garantita dal Trattato».¹⁰⁴

Ebbene, proprio in applicazione di tale principio, c.d. delle “società senza legge”¹⁰⁵, sempre più di frequente accade che l’impresa di grandi dimensioni abbandoni la forma societaria tedesca per andare a stabilire la propria sede di incorporazione all’interno del “libertario” ordinamento britannico, trasformandosi dunque in una *limited company* di diritto inglese. Una volta mutata la forma e la cornice giuridica, l’attività commerciale effettiva può così agevolmente proseguire – *Centros* lo permette – all’interno dell’originario mercato tedesco; il tutto senza dover “patire”, al contempo,

104 Sullo sviluppo della giurisprudenza europea e sulle sue ricadute in materia commercialistico-societaria cfr. M. CASSOTTANA, A. NUZZO, *op. cit.*, p. 19-23; e poi ancora A. PERRONE, *Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra gli ordinamenti? Riflessioni sul “caso Centros*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 1292-1307.

105 Per una ricostruzione esaustiva delle diverse questioni chiamate in causa dal fenomeno delle c.d. “società pseudo-straniere” cfr. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Paris, 2010, p. 494-501; cfr. inoltre, tra i contributi più recenti, M.V. BENEDETTELLI, *Profili di diritto internazionale privato ed europeo delle società*, in *Riv. dir. soc.*, 2015, p. 35 ss.

le rigide imposizioni germaniche¹⁰⁶. Il fenomeno migratorio sembra ormai inarrestabile¹⁰⁷. Del resto, le teorie di applicazione imperativa della disciplina partecipativa non pare abbiano attecchito¹⁰⁸.

Sarebbe forse necessario un intervento europeo che però, allo stato attuale, non sembra avere *chance* di riuscita¹⁰⁹: la competizione tra ordi-

106 Cfr. sul punto la ricostruzione di O. SANDROCK, J. J. DU PLESSIS, *The impact of european developments on German Codetermination and German Corporate Law*, in AA. VV., *German Corporate Governance in International and European Context*, Berlin-Heidelberg, 2012, p. 225 ss.

107 Secondo la Fondazione Hans Böckler si tratta di un processo esponenziale. Il novero delle società non più assoggettate al diritto tedesco è in costante aumento: nel 2014 sono 69 le società che hanno optato per la "migrazione giuridica"; nel 2000 erano solo tre; cfr. le tabelle statistiche consultabili in http://www.boeckler.de/pdf/p_mbf_report_2015_8.pdf. Peraltro, ai Paesi di approdo tradizionale, altri se ne sono aggiunti (ad es. Lussemburgo); cfr. inoltre la ricerca di S. SICK, L. PÜTZ, *Der deutschen Unternehmens- mitbestimmung entzogen: Die Zahl der Unternehmen mit ausländischer Rechtsform wächst*, in *WSI Mitteilungen*, 2011, 1, p. 34-40, consultabile in http://www.boeckler.de/wsimit_2011_01_Sick.pdf.

108 Alcuni hanno proposto di considerare la disciplina, in ragione delle sue finalità di tutela sociale, tra le norme imperative-lavoristiche che, per il tramite del diritto internazionale privato tedesco, potrebbero estendersi ad ogni situazione che presenti comunque una qualche connessione nazionale. La teoria, ad oggi, non sembra aver riscosso successo. In ogni caso, per un esempio di tale orientamento cfr. J. C. DAMMANN, *Future of Codetermination after Centros: Will German Corporate Law Move Closer to the US Model?*, in *The Fordham J. Corp. & Fin. L.*, 2003, 8, p. 607 ss. Sulle scarse fortune pratiche di tale proposta dottrinale pesa la natura ambivalente del regime legale cogestorio, sospeso tra diritto del lavoro e diritto societario.

109 Nei cassetti delle istituzioni europee, del tutto dimenticata, giace la Proposta di Quinta direttiva societaria: armonizzazione i sistemi di organizzazione amministrativa delle società per azioni dei Paesi membri. La prima bozza, presentata dal Consiglio, risale al 9 ottobre 1972. Le discipline societarie nazionali sono, per gran parte, il frutto del recepimento di Direttive - ad oggi se ne contano almeno quindici - che riguardano ogni aspetto essenziale della vita societaria (ad es., ma non solo, costituzione, operazioni straordinarie, diritti degli azionisti); eppure, nulla per quanto riguarda i meccanismi di *governance*. La lacuna è da ritenersi strettamente connessa con la questione cogestoria. Difatti, la proposta del 1972, che imponeva il dualistico con annessa e coesenziale cogestione, venne respinta da alcuni Paesi (Gran Bretagna ed Italia su tutti) gelosi del loro monistico a-cogestorio. A nulla valsero le modifiche successive. Sul punto si rinvia all'attenta ricostruzione di M. CASSOTTANA, A. NUZZO, *op. cit.*, p. 130-134. Da ultimo, nel 2002, in declinazione dell'art. 27 della Carta di Nizza, il regolatore comunitario ha partorito una Direttiva sui diritti di informazione e consultazione a favore dei lavoratori (Direttiva CE 2002/14); provvedimento, quest'ultimo, destinato ad introdurre (timidi) diritti partecipativi per nulla comparabili allo spessore cogestorio. Per una ricostruzione dello scenario europeo - anche con riferimento alla disciplina partecipativa della (mai decollata) Società Europea - e delle disposizioni italiane di recepimento cfr. L. DE ANGELIS, *Riflessioni sulla partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*, in *Ric. giur.*, 2012, partic. p. 33 ss.; nonché M. BIASI, *Il nodo della partecipazione dei lavoratori in Italia: evoluzione e prospettive nel confronto con il modello tedesco ed europeo*, Milano, 2013, partic. p. 132 ss. Alla monografia da ultimo citata si rinvia inoltre, più in generale, per una saziante ed ampia disamina dell'evoluzione (interna e non) dell'idea partecipativo-cogestoria, tanto in chiave storica che in quella normativa.

namenti giuridici è oggi un mercato in fiorente espansione¹¹⁰.

Tuttavia, se il sistema tedesco vuole conservare un suo caposaldo fondamentale, è necessario che l'attenzione si sposti a livello sovranazionale; è certamente questo uno degli impegni futuri che attende la *Mitbestimmung* e i suoi sostenitori.

La cogestione non è mai stata, non è, e non dovrà mai essere un evento. La cogestione è e dovrà essere un processo, si spera progressivo.

110 La cogestione tedesca si sta quindi scontrando con gli appetiti giuridici sorti anni or sono sulle coste occidentali di un piccolo Stato statunitense: è il c.d. ormai noto "effetto *Delaware*"; effetto che, dopo le sentenze della CGE in materia di libertà di stabilimento e circolazione delle persone giuridiche, si estese anche alla dimensione europea. Sul fenomeno della c.d. 'concorrenza tra ordinamenti' cfr. *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, A. ZOPPINI (a cura di), Roma, 2004.

The Contributions of International Bodies of the Protection of Social Rights to the Struggle with Deregulation

Daniela Schiuma
(Ph.D. Candidate at the Università degli Studi di Bari «Aldo Moro», Italia)

Elena Sychenko
(Phd, senior lecturer at the State Institute of Economics, Finance, Law and Technology, Russia)

Agata Ludera-Ruszel
(PhD Assistant Professor at the University of Rzeszow, Poland)

Abstract Globalization, increase in competitiveness, progressing economic integration and the “austerity” measures due to the European Union (EU) actions during the last economic crisis, especially in so-called GIPSI countries, have strongly deteriorated the relationship between social rights and economic freedoms. This made international instruments for protection of social rights more relevant than ever for resisting this re-balance. The aim of this article is to research the contributions of the International bodies to this process and reveal their actual role in the sphere of protection of social rights.

Summary 1. Introduction. – 2. National Cases. – 2.1 Italy. – 2.2. Greece. – 3. The Supervisory Mechanisms of International instruments for Protection Social Rights. – 3.1. International Committee on Economic, Social and Cultural Rights. – 3.2. The ILO and the European Committee of Social Rights (ECSR). – 3.3. European Court of Human Rights. – 4. Conclusions.

1 Introduction

According to the European Parliament, “fundamental social rights” are the rights to which «every individual citizen is entitled, that are a necessary compliment to civil rights and liberties, since the latter cannot be enjoyed without a minimum of social security». During the last decades the relation between economic freedoms and fundamental social rights

The article is the result of our involvement in the Seminar on International and Comparative Labour Law *Fundamental Social Rights in the Age of Globalization* (Venice, 1-10 July 2014) that was organized by the International Society for Labour and Social Security Law and Ca’ Foscari University of Venice. The present work is the result of the common reflections of all the Authors. Within in, paras. 2.2, 3.1, 3.3 were written entirely by E. Sychenko, par. 2.1 by D. Schiuma and par. 3.2 by A. Ludera-Ruszel.

is suffering a re-balance due to globalization, economic crisis, European integration and international economic cooperation. It leads to undermining the fundamental *status* of these rights and to evident deregulation in the spheres of protection of labour and social security rights.

Confronting this re-balance is a complex task as it is not only legal or political, but also an economic problem, especially in the context of such European countries as Greece, Ireland, Portugal, Italy or Spain where the Troika¹ imposes mandatory instructions aimed at reducing budget deficits, which in practice lead to deterioration of social rights protection at national level.

How can International bodies ensure compliance with human rights standards where deregulation was a result of austerity measures? We suppose that in these circumstances the focus must be made on the role of international bodies in the enforcement of international labour standards at national level.

In this regard, the aim of the article is to research whether international instruments are capable of resisting the process of deterioration of social rights and clarify their role in the situation where national States are forced to deregulation by financial institution. In order to answer these questions we will analyse the examples of Italy and Greece in order to understand whether international bodies were capable to contribute to the struggle for protection of social rights, we will further make a brief overview of the international instruments and bodies, created for the supervision and protection of social rights, focusing on the recent jurisprudence and trying to reveal the position of these bodies towards recent reforms.

2 National Cases

2.1 Italy

The reform of Italian labour market has been initiated by the European Central Bank. The "Letter"² sent to the Italian Government set out the European authorities' requests for the reform to achieve the balanced budget, to tighten the criteria for the calculation of retirement pensions, to make labour market more flexible, especially by improving the outgoing flexibility, to simplify dismissal procedures, reducing costs for the com-

1 European Commission, International Monetary Fund and European Central Bank.

2 The text of the letter can be found in <http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2011-09-29/testo-lettera-governo-italiano> (2014-11-19). On this subject, see *amplius* A. PERULLI, V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione d'Agosto" del Diritto del lavoro* [Article 8 of Law September 14, 2011, n. 148 and the "Revolution of August" of the Labour Law], in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*. IT - 132/2011, p. 14.

pany, and to modify the collective bargaining system, enhancing the role of enterprise bargaining.

Italy has implemented the policy approach advocated by the European institutions, primarily through a reform of the relationship between collective agreements at different levels³, giving the plant-level collective agreements and agreements concluded at regional level a wide margin of derogation in a manner unfavourable for workers from the legal regulation and national collective agreements, although delimited by the indication of specific goals within which such power may be exercised⁴. The reform also has given the decentralized collective agreements signed by workers' associations comparatively most representative on the national or territorial level or by their trade unions in the company⁵ an exceptional effectiveness *erga omnes*, which has raised issues of unconstitutionality in relation to art. 39 of the Constitution⁶.

The pension reform⁷ raised the retirement age and established the transition from the pay system to contribution system, in order to reduce the impact of the pension system on public spending, in view of the objective of balanced budget, newly constitutionalized⁸.

In accordance with the principle of balanced budget, the Italian legislator also some rules restricting the guarantees of some expensive social rights, providing, for example, the temporary freeze of the indexing for

3 Art. 8, l. 148/2011.

4 Pursuant to the same provision is necessary, in fact, that the agreements are made in order to create quality jobs, to manage the crisis of enterprise, to increase competitiveness and attract foreign investment. So companies have used this possibility to derogate: there are, for instance, company agreements which suspend the effectiveness of certain rules of law for a certain period of time (Agreement between Golden Lady Company S.p.A. and national federations CGIL, CISL and UIL textile July 16, 2012), agreements which derogate from the legal regulation in the field of installation of audiovisual systems by the employer (Company agreement of Banca Popolare di Bari February 2, 2012), agreements derogating from the legal regime of solidarity in procurement (Company agreement of ILVA S.p.A. Paderno Dugnano of 27 September 2011).

5 The rules for the determination of that representativeness have been outlined by the Cross-Industry Agreement of 28 June 2011, the Cross-Industry Agreement of 5 May 2013, and finally from the Consolidated Representation Agreement of 14 January 2014.

6 The fourth paragraph of art. 39 Const. allows to stipulate collective agreements binding for all workers only to registered trade unions; this part of the rule, however, has not been implemented so today a law conferring the predicted effect *erga omnes* collective agreement by a procedure different from the art. 39, fourth paragraph, shall be considered unconstitutional. See generally, on the subject, V. LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale* [The trade-union law in the time of crisis. Intervention heteronymous and profiles of constitutionality], in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2012, IV, p. 479 ff.

7 L. 214/2011.

8 Article 81, Co. 1, Const., as amended by Constitutional law n. 1/2012.

pensions exceeding three times the minimum⁹, and block of collective bargaining in the public sector¹⁰.

However, Italian Constitutional Court recently declared the unconstitutionality of such provisions, as conflicting with the principles of equality, proportionality and sufficiency of wages, the adequacy of social security benefits, as well as freedom of trade union action¹¹.

In 2012, the discipline of individual dismissal¹² was completely reformed. Indeed, new edition of article 18 L. 300/1970 provides that the unfair dismissal ordered in big companies does not involve, necessarily, the full reinstatement, but also, according to the different reasons of the unfairness, a remedy more bland, which the weak reinstatement, or, even, merely an indemnity: strong monetary compensation or weak monetary compensation. The reform, therefore, implements a change in the discipline aimed at facilitating the withdrawal of the employer, as well as the most expeditious settlement of disputes relating to dismissal, through the introduction of a special procedure for judgments concerning the legitimacy of the dismissal. These changes are partly based on previous conclusions of the Constitutional Court which once established that the reinstatement is not "constitutionally needed"¹³. The L. 92/2012 also introduced, *inter alia*, the possibility of concluding an unjustified initial fixed-term contract. Later, with the L. 78/2014, the need for causal justification of fix term contract has been completely eliminated.

Recently, in 2015, the current Italian Government adopted a series of important reforms of labour discipline (the so-called "Jobs Act"), that introduced a new type of employment contract with different rules of dismissal¹⁴, in which the hypothesis of reinstatement has been further reduced¹⁵.

9 Art. 24, co. 25, L. 214/2011.

10 L. 122/2010, L. 111/2011 and especially L. 190/2014.

11 Italian Constitutional Court judgments 70/2015, available at: <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2015&numero=70>, and 178/2015, in: <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2015&numero=178>. On topics, see M. BARBIERI, M. D'ONGHIA, *La sentenza n. 70/2015 della Corte Costituzionale* [Judgment no. 70/2015 of the Constitutional Court], in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". *Collective Volumes - n. 4/2015* and L. ZOPPOLI, *La Corte finalmente costituzionalizza la contrattazione per il lavoro pubblico. E la retribuzione?* [The Court finally recognizes constitutional status of bargaining for public work. And wages?], in *Dir. Lav. Merc.*, 2015, no. 2.

12 For a more comprehensive examination of the topic, please see M. BIASI, *The effect of the global crisis on the labour market: report on Italy*, in *Comp. lab. law pol. journ.*, 2014, 35-3, p. 371 ff.

13 Constitutional Court, sentence of February 7, 2000, n. 46.

14 Legislative decree 23/2015.

15 Reinstatement remains only in residual hypotheses, such as the oral dismissal or for discriminatory one, invalid layoffs by express provision of law, unjustified dismissal re-

In any other case, the protection is only a growing economic benefit based on length of service.

The “Jobs Act” also regulated again many types of employment contracts¹⁶, following a flexibility perspective and giving wide margin of derogation to collective bargaining, even at plant and regional level.

The evident deterioration of protections for workers has led commentators to emphasize contradictions between the anti-crisis measures adopted in Italy on the basis of European requirements and the principles and rules arising from international conventions and European law.

In particular the ILO Convention n. 158 relating to layoffs, which precludes the regulation of this institution with the means of collective bargaining, and the ILO Convention n. 132 which sets out the minimum guarantees for paid annual leave to each worker.

In this contradiction, the power of derogation granted to the decentralized collective bargaining might be constrained by International bodies or by direct implementation of International instruments. According to some commentators¹⁷, the national court may directly declare illegal the collective bargaining agreement that violates them, while others¹⁸ say that national courts would have to raise a preliminary question to the Constitutional Court, the ECJ or the International Court of Justice of the ILO.

International bodies have paid little attention to the current reforms. European Court of human rights considered Italian cases of reductions of pensions and found a violation in the case *Maggio and others v. Italy*¹⁹: in particular, the ECtHR held that retroactive changes of the rules for calculating pensions for Italian workers who had worked in foreign countries and made relevant contributions in these countries violate the right to a fair trial enshrined in art. 6, par. 1, of the Convention²⁰. Italian Constitutional Court was very reluctant to re-evaluating the rel-

lated to physical or mental disability of the employee or ordered in the complete absence of disciplinary reasons.

¹⁶ Legislative decree 81/2015.

¹⁷ F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore* [At the bedside of the bargaining system: the judge, the union, the legislator], in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 133/2011*.

¹⁸ E. ALES, *Dal “caso Fiat” al “caso Italia”. Il diritto del lavoro di prossimità, le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali* [Since “the Fiat” to the “Italian case”. The decentralised labour law, its sources and its constitutional limits], in *Dir. rel. ind.*, 2011, p. 1061 ff.

¹⁹ ECtHR, 31 May 2011, cases No. 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08 e 56001/08, *Maggio and others v. Italy*.

²⁰ See also ECtHR, 07 June 2011, cases No. 43549/08, 6107/09 and 5087/09, *Agrati and Others v. Italy*.

evant legislation. It ignored the ruling of the ECtHR and considered that contested provision balanced with other constitutional values complied with the Constitution.²¹

As a more positive example of international influence on the level of protection of social rights in Italy we might remember the decision of the Constitutional Court n. 223/2012, where with the reference to the European convention of human rights, the reductions of pensions for judges were held unconstitutional²². It is especially interesting to note, that ECtHR heard a similar case versus Georgia just four months before and came to the opposite conclusion²³. Thus we can presume that the Constitutional Court is a kind of filter of the experience and legal provisions of the ECtHR, which are implemented in case of their "suitability".

All these reforms, make us think that the load of Italian applications to international bodies might rise considerably. In the light of ECtHR decisions in *Volkov v. Ukraine*²⁴ and *Redfearn v. United Kingdom*²⁵, the main attention might be in future attracted to legal positions of this body.

2.2 Greece

In May 2010, Greece signed the first *Memorandum*, which required the implementation of austerity measures to meet specific deficit reduction targets²⁶. The measures required by this and later *memorandum* were used to aggressively implement massive social and economic reform. Among the most vivid examples of the deterioration in the level of guaranteed social rights we will note the raise of the legal retirement age from 64 to 67,

21 Judgment 248/2012 and ordinance 10/2014.

22 See Italian Constitutional Court judgment n. 223/2012 that held unconstitutional the reduction of pensions of former judges, available at: <http://www.cortecostituzionale.it/actionschedapronuncia.do?anno=2012&numero=223> (2014-10-20).

23 ECtHR, 19 June 2012, case No. 17767/08, *Khoniakina v. Georgia*.

24 In this case for the first time in its history, the ECtHR ordered a Member State to reinstate unfairly dismissed applicant, see ECtHR, 9 January 2013, case No. 21722/11, *Oleksandr Volkov v. Ukraine*.

25 In this case the Court considered the provisions of the Employment Rights Act 1996 which required one year's service before an employee could bring an action for unfair dismissal: this qualifying period did not apply where the dismissal was on grounds of pregnancy, race, sex or religion. The Court found these norms to be incompatible with the European Convention when unfair dismissal was due to political views of an employee. See ECtHR, 6 November 2012, case No. 47335/06, *Redfearn v. United Kingdom*.

26 ESPOSITO, *Constitutions Through The Lens Of The Global Financial Crisis: Considering The Experience Of The United States, Portugal, And Greece*, in *Law School Student Scholarship*, 2014, paper No. 461, p. 23.

pension cuts, salary cuts for public employees, abolishment of Christmas, Easter and summer bonuses for pensioners²⁷ and the reduction of minimal wage (especially in regard of young workers) through the state intervention in suspending or modifying the effects of existing collective agreements²⁸.

Greek austerity measures were the subject of concern of the most important International bodies, namely the CFA²⁹, ECSR and the ECtHR. The CFA refrained from condemning the austerity measures and, taking into account current circumstances which are “grave and exceptional”, limited its recommendations to the proposal of promotion and strengthening of the institutional framework for collective bargaining and social dialogue.³⁰

The ECtHR and the ECSR seem to propose a deeper approach to the violations of social rights in Greece. Both bodies have dealt with the reductions of pensions. The ECtHR in *Koufaki and ADEDY v. Greece*³¹ decided that Greek austerity measures did not overstep the limits of the margin of appreciation of the state and thus did not violate the European convention. Answering the question whether the interference was in public interest the Court largely relied on the conclusions of the Supreme Administrative Court of Greece. The Court held both applications inadmissible as it came to conclusion that the State ensured fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the fundamental rights of the first applicant and the second applicant’s members. In the admissibility decision, the ECtHR noted the observation of the Greek court that the applicants had not claimed that they risked falling below the subsistence threshold. This observation might be interpreted as posing “subsistence threshold” for justification of austerity measures.

Another approach to estimation of Greek austerity measures was adopted by the ECSR two months before the decision of the ECtHR. The Commit-

27 See The Conclusion of the European Committee of Social Rights XX-2 (Greece), adopted in November 2014. Available at: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/State/GreeceXX2en.pdf> (accessed 20 October 2014).

28 See I. KATSAROUMPAS, *EU Bailout Conditionality as a De Facto Mode of Government: A Neo-Liberal ‘Black Hole’ for the Greek Collective Labour Law System?*, *Critical Quarterly for Legislation and Law (CritQ)* 96, 2013, 4, pp. 345-386, available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2446899> (2014-10-20).

29 ILO Committee of Freedom of Association, *Conclusions on Case No. 2820 (Greece)*, in *365th Report on*

30 *Ibid.*, par. 1003.

31 ECtHR, 7 May 2013, case No. 57665/12 and 57657/12, *Koufaki and Adedy v. Greece*.

tee considered five collective complaints³² related to austerity measures. It came to the conclusion that even though restrictions to the benefits available in a national social security system do not under certain conditions breach the Charter, the cumulative effect of restrictions introduced as “austerity measures”, together with the procedures applied to put them into place, may amount to a violation of the right to social security. The position of the ECSR is very important even if it is not legally binding. It can encourage claims for protection from austerity measures in domestic courts. For instance, in January 2014 the Greek Council of State stated that the government’s cuts to the wages of police and armed forces employees violated the Constitution. In February it ruled that a tax on benefits for university staff members and cuts to civil servants’ pensions were illegal. The same month the Greek Supreme Court found that a property tax introduced in 2011 as an emergency measure and later extended was unconstitutional³³. These examples show that the legal and moral support of International bodies in the sphere of protection of social rights has become more important than ever for the national judiciary that every day faces the necessity to balance social rights and economic interests.

3 The Supervisory Mechanisms of International Instruments for Protection Social Rights

The idea of developing economy productivity and performance together with the social justice has been laid down in all the instruments for protection of social rights and is still present³⁴. In the report devoted the challenges of globalization ILO have emphasized that «The rules of the global economy should be aimed at improving the rights, livelihoods, security and opportunities of people, families and communities around the world»³⁵.

32 ECSR, complaint No. 76/2012, *Federation of Employed Pensioners of Greece (IKA-ETAM) v. Greece*; ECSR, complaint No. 77/2012, *Panhellenic Federation of Public Service Pensioners (POPS) v. Greece*; ECSR, complaint No. 78/2012, *Pensioners’ Union of the Athens-Piraeus Electric Railways (I.S.A.P.) v. Greece*; ECSR, complaint No. 79/2012, *Panhellenic Federation of Pensioners of the Public Electricity Corporation (POS-DEI) v. Greece*; ECSR, complaint No. 80/2012, *Pensioner’s Union of the Agricultural Bank of Greece (ATE) v. Greece*, became public on 22 April 2013.

33 http://www.nytimes.com/2014/06/13/world/europe/greece-wars-with-courts-in-struggle-to-slash-budget.html?_r=0 (accessed 22.10.2014).

34 See the Constitution of International Labour Organisation (ILO) - that states that lasting peace can be established only if it is based on social justice - Declaration of Philadelphia, The European Social Charter (ESC).

35 ILO, *A Fair Globalization: Creating opportunities for all. Report of the World Commission on the Social Dimension of Globalization*, Geneva, 2004, pp. 136-156.

Scholars note that core labour standards can serve as a protection against economic downturn³⁶.

The ILO standards, the International Covenant on economic, social and cultural rights and the European Social Charter (ESC) are equipped with the mechanisms of control of the member States' compliance with accepted obligations. It has to be emphasised, that the international supervisory bodies did not analyse the EU law but control instead the situation at the national level³⁷. This point of view was held during the examination of the "austerity" measures that has been brought by EU action due to the time of economic crisis and the decision of ECJ in *Viking and Laval* case which had a strong impact on the situation at national level. According to M. Rocca, Member States, as a result, «find themselves between the proverbial rock and a hard place: on the one hand they must apply EU law, on the other they are bound to respect of the obligations stemming from international agreements they have ratified»³⁸.

Further we will consequently deal with the international systems of social rights protection in order to reveal their legal positions on current deregulation and the efficiency of their decisions.

3.1 International Committee on Economic, Social and Cultural Rights

International Committee on Economic, Social and Cultural Rights was created for supervision of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR).

Consideration of the State's reports on realization of the provisions of the Covenant is the main method of supervision. Another way of monitoring was established by Optional protocols that came into force in 2013. It is based on the individual communication of violation. As a result of both procedures the Committee may issue recommendation to the State-party, violating the Covenant.

³⁶ See E. LEE (1998), *The Asian financial crisis: the challenge for social policy*, ILO, Geneva, 1998, see also D. KUCERA who argues that there is little evidence for the belief that non-respect of labour standards leads to greater country competitiveness in the global economy: D. KUCERA, *Core labour standards and foreign direct investments*, in *International Labour Law Review*, 2002, Vol. 141, No. 1-2, pp. 31-70.

³⁷ See the European Committee of Social Rights, Decision on Admissibility and the Merits on 3 July 2013, Complain No. 85/2012, *Swedish Trade Union Confederation and Swedish Confederation of Professional Employees v. Sweden*, par. 74; International Labour Conference, 99th Session, *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, 2010, pp. 208-209.

³⁸ M. ROCCA, *Enemy at the (flood) gates. Bringing the EU back to social justice through the international protection of social rights. A legal perspective*, in <http://www.socialjustice2014.org/papers/>, 2014, p. 38.

In spite of evident deterioration in the protection of social rights in the recent years, during 2014 the Committee on Economic, Social and Cultural Rights did not consider any individual case concerning labour or social security rights³⁹.

Thus the only source of estimating the activity of the Committee in the field of protection of social rights is the analysis of concluding considerations of the States' reports.

Analysis of the Concluding observations adopted by the Committee of Economic, Social and Cultural rights in 2014 reveals that countries tend to adopt legislation recommended by the Committee but often it remains unenforced and unable to resolve the problem pointed by the Committee. The phrases "the Committee reiterates" or "remains concerned" are often used while speaking about the most problematical issues such as discrimination in employment⁴⁰, social security⁴¹, or trade unions' rights⁴².

The Committee elaborated the system of estimation of austerity measures, which represents a kind of guidelines for the States, teaching how to imply austerity measures without violating the International Covenant. These "guidelines" were published in the Open letter to the State-parties, issued after considering the Spanish report in May 2012⁴³. According to the Committee's approach to "due" austerity measures, they have to be: 1. a temporary measure covering only the period of the crisis; 2. necessary and proportionate; 3. not discriminatory; 4. must respect the minimum core content of rights as defined by ILO.

This view of the Committee is very arguable, as it leaves white spots and ambiguities. Three out of four requirements are subjective in nature, the fourth one has very limited reference to social rights and leaves aside

39 There were only two communications registered by Committee of Economic, Social and Cultural rights under Available at: <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14638&LangID=E#sthash.cSXJ8VEs.dpu> (accessed 29 august 2014).

Optional Protocol to the CESCR, the Committee is now awaiting the response of the State party (Spain). See Press release *Committee on Economic, Social and Cultural Rights concludes its fifty-second session*, 24.05.2014, All the reports are available at: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=820&Lang=en (2014-08-29).

40 See CESCR, *Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights on the combined third, fourth and fifth periodic reports of El Salvador*, adopted on the 19 th june 2014, par. 10.

41 See CESCR, *Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights on the second periodic report of Lithuania*, adopted on the 24th June 2014, par. 10.

42 See CESCR, *Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights on the second periodic report of China*, adopted on the 13th June 2014, par. 23.

43 CESCR, *Open Letter to States Parties regarding the protection of rights in the context of economic crisis* available at: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/LetterCESCRtoSP16.05.12.pdf> (2014-08-12).

any social security right. Applying this approach the Committee found that the austerity measures adopted in Spain⁴⁴ and in Czech Republic⁴⁵ harm the most vulnerable groups and individuals and are disproportionate. States were recommended to reconsider adopted measures. Though neither Spain nor Greece have fulfilled this recommendation, attempting to look at the situation in the optimistic way, we can presume that domestic courts might use the conclusions of the Committee considering individual claims on austerity measures, thus rendering them some “binding effect”.

Therefore the powers of the ICESCR in protection of social rights are not totally “toothless”, but still its “teeth” are evidently not enough sharp to ensure due implementation of core labour and social security rights in the era of crisis.

3.2 The ILO and the European Committee of Social Rights (ECSR)

The primary system of control over State’s compliance with ILO and ESC provisions is based on considering the periodic national reports.

Both ILO and European Social Charter supervisory system do not grant an individual the right to file a claim against member States⁴⁶. The system of supervision of the European Social Charter was complemented with additional system of collective complaints procedure in 1998 in order to «increase the efficiency of supervisory machinery»⁴⁷. However, the system of collective complaints is optional for countries. Only 13 countries, that is one-third of the parties of the ESC, have accepted it. The right to file complaint to European Committee of Social Rights (ECSR) is entailed to the social partner organisations and non-governmental organisations (NGOs). The total amount of 110 complaints that have been examined within this procedure since 1998 reveals its small popularity and importance.

Also ILO supervisory system provides for special additional procedures of ‘collective’ representations and complaints⁴⁸. The analysis of cases within the procedure of representation shows that most of the applica-

44 CDESCR, *Concluding observations on the fifth periodic report of Spain*, adopted on the 6th June 2012, E/C.12/ESP/CO/5, par. 8, CDESCR, *Concluding observations on the second periodic report of the Czech Republic*, adopted on the 22th June 2014, E/C.12/CZE/CO/2, par. 14.

45 CDESCR, *Concluding observations on the second periodic report of the Czech Republic*, cit., par. 14.

46 The deputy at International Labour Conference provide an exception as it is entailed to file a complaint against member states (art. 26 ust. 4 of the ILO Constitution).

47 Explanatory Report on the Protocol 26 at. 2, adopted in 1995.

48 With the exception for the deputy at International Labour Conference.

tions were lodged by employee's organisations⁴⁹. During the complaint examination the Governing Body may recommend to the International Labour Conference (ILC) such action as it may deem wise and expedient to secure compliance of the country's legislation with the international labour standards. For example, in 2000 in the Myanmar case ILC adopted the resolution in which it «recommended to the Organization's constituents as a whole – governments, employers and workers – to review the relations that they may have with the member State concerned and take appropriate measures to ensure that the said member State cannot take advantage of such relations to perpetuate or extend the system of forced or compulsory labour»⁵⁰.

The Committee on Freedom of Association (CFA) is another element of the ILO system of supervision. It deals with the complaint regarding freedom of association and collective bargaining that demonstrates a great importance of both principles. The total amount of complaints that are examined annually by CFA shows the growing importance of this procedure based on tripartism⁵¹.

All legislative measures adopted in the GIPSI countries in response to the *Memoranda of Understanding*, has been the subject of the severe control of international bodies in terms of its compliance with international standards adopted in ILO Conventions and ESC⁵².

The CEACR (Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations) has analysed the impact of *Viking and Laval* case on social rights at national level two times. In so-called *BALPA* case⁵³ and related to the so-called *Lex Laval* that was a package of amendments introduced in Sweden Posting on Workers Act and Co-determination Act⁵⁴

49 See NORMLEX database.

50 See *Report of the Commission of Inquiry under the article 26 of the Constitution of the International Labour Organisation to examine the observance by Myanmar of the Forced Labour Convention No. 29, 1930*, in NORMLEX.

51 See W.R. SIMPSON, *The ILO and tripartism: some reflections*, in *Monthly Labor Review*, 1994, Vol. 117, No. 9, pp. 40-45.

52 See for example the CEACR observations on the measures to alleviate the impact of economic crisis in Portugal in relation to the *Employment Policy Convention No. 122, 1964* – adopted 2013, Publisher 103rd ILC session, 2014.

53 International Labour Conference, 99th Session, *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, International Labour Office, Geneva, 2010.

54 See N. BRUUN, J. MALMBERG, *Lex Laval: Collective Actions and Posted Workers in Sweden*, in *Labour Law Between Change and Tradition, Liber Amicorum Antoine Jacobs*, R. Blanpain, F. Hendrickx (ed.), Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2011, pp. 21-33.

in order to adjust the national system to the *Laval* decision⁵⁵. The latter case was also examined by the ECSR⁵⁶. The *BALPA* case has resulted from the failure in collective bargaining between British Airways and the British Air Line Pilots' Association (BALPA) around the working conditions of workers of the subsidiary airlines that was to be introduced by British Airways between Paris and the US. When BALPA called for a collective action British Airways hold that the strike would be unlawful because it violate its freedom of enterprises. Due to the threat of claim for damages, estimated by the company at £100 milion per day, BALPA has cancelled the strike and failed a complaint to the CEACR. In its conclusions on the dispute the CEACR has voted against the application of the principle of proportionality to the right to take collective action. The CEACR has expressed the view that «the doctrine that is being articulated in these ECJ judgements is likely to have a significant restrictive effect on the exercise of the right to strike in practice in a manner contrary to the Convention»⁵⁷. The similar statement was delivered by both CEACR and ECSR in *Lex Laval* case concerning the restrictions of the right to organise and collective bargaining with the aim of regulating the working conditions of posted workers. The ECSR has found that any restrictions to those rights have to be evaluated from the point of view of article G of the ESC⁵⁸. Concluding the violation of article 6§2, article 6§4, article 19§4a and the article 19§4b of ESC, the ECSR has emphasized that the freedom to provide cross-border services «constitutes an important and valuable economic freedom within the Framework of EU law - cannot be treated, from the point of view of the system of values, principles and fundamental rights embodied in the Charter, as having a greater *a priori* value than core labour rights, including the right to make use of collective action to demand further and better protection of the economic and social rights and interests of workers»⁵⁹.

As far as Spain "austerity" package is concerned the special attention was also placed by CFA on freedom of association and collective bargaining challenged by the Royal Legislative Decree No. 3/2012 of 10 Fe-

55 International Labour Conference, 102th Session, *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, International Labour Office, 2013, Geneva.

56 Collective complain of Swedish Trade Union Confederation (LO) and Swedish Confederation of Professional Employees (TCO) v. Sweden, No. 85/2012.

57 International Labour Conference, 102th Session, 2013, cit., p. 209.

58 That states that the rights and principles set forth in Part I may a subject of limitations and restrictions in the cases prescribed by law and if it is necessary in a democratic society for the protection of the rights and freedoms of others or for the protection of public interest, national security, public health, or morals.

59 Swedish Trade Union Confederation (LO) and Swedish Confederation of Professional Employees (TCO) v. Sweden..., cit., par. 122.

burary 2012 on urgent measures for labour market reform. The CFA has examined the complaint of the Trade Union Confederation of Worker's Committees and the General Union of Workers on the grounds on violation the right to freedom of association and the right to bargain collectively. The complainants alleged that the Royal Legislative Decree has been drafted and promoted with no participation by or negotiation with the unions. In a final report CFA has requested the Spanish Government to be kept informed of developments on Spanish law, criticized the measures taken and proposed certain actions that should be taken at national level⁶⁰. It has to be mentioned that the CFA has recommended the Spanish government to «draw the attention to the principles concerning consultation of the most representative worker's and employers' organisations with sufficient advance notice of draft laws»⁶¹ that remain valid even at the time of crises.

The non binding nature of the ILO and ESC decisions is the main point of the critics of the effectiveness of the system of international instruments of protection of social rights⁶². There is extensive discussion on the due model of international labours standards⁶³, on the impact of international instruments on protection of social rights⁶⁴ and on the obstacles in the incorporation and effectiveness of international labour standards in national legal systems⁶⁵. In this line some authors argue that applying sanctions is the best way to guarantee enforcement of international instruments⁶⁶.

The cases of violations of international labour standards reveal the difficulties that face Member States in its effective implementation. The experiences of ECJ decision in *Viking and Laval* case as well as cases on "austerity measures" reveal the huge discrepancy on how the relationship between social rights and economic freedoms is determined by the EU on the one hand and ILO and the Council of Europe on the other. As a

60 See Report No. 371, March 2014, NORMLEX.

61 *Ibidem*.

62 J. SERVAIS, *Universal labor standards and national cultures*, in *Comp. lab. law pol. journ.*, 2004, Vol. 26, No. 1, pp. 35-54.

63 See A. VERMA, G. ELMAN, *Labour Standards for a Fair Globalization for Workers of the World*, in *The Good Society*, 2007, Vol. 16, No. 2.

64 See X. BEAUDONNET, *L'utilisation des sources universelles du droit international du travail par les juridictions internes*, in *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* (Bordeaux), 2005, pp. 43-84.

65 See R. FILALI MEKNASSI, *L'effectivité du droit du travail et l'aspiration au travail décent dans les pays en développement: une grille d'analyse*, Geneva, International Institute for Labour Studies, 2007.

66 G. BIFFL, J. ISAAK, *Globalisation and core labour standards: Compliance problems with ILO conventions 87 and 98. Comparing Australia and other English-speaking countries with EU Member States*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2005, Vol. 21, No. 3, pp. 405-444.

result, the closer link between EU action and the international standards of protection social rights has to be adopted. Otherwise the EU member States will still find themselves between a rock and a hard place. Unison plays an essential role in effective application of international instruments.

At the same time the system of supervising of labour rights should take into account so-called “national context”⁶⁷. This implies the wider use of the principle of proportionality in order to balance correctly rights concerned. We also believe that the whole supervisory mechanism of the ILO and the ESC might be strengthened by making public information on claims brought before these bodies and the measures taken by the member States in response to the recommendation.

3.3 European Court of Human Rights

Although the Court was created for the protection of political and civil rights, during the last 20 years the scope of social cases heard by the ECtHR is evidently enlarging in spite of criticism from the States and some scholars⁶⁸. It is interesting to note that the largest number of “fundamental” for labour and social security law cases were heard during last 10 years when the globalization and the crisis have brought into question the implementation of many social rights. It can be presumed that the Court’s willingness to deal with “social cases” is the response to the contemporary challenges faced by labour and social security rights⁶⁹.

Most of the claims on austerity measures were either hold inadmissible or the violation was not found⁷⁰. However, this tendency does not mean that

67 See A. DASGUPTA, *Labour Standards and WTO: A New Form of Protectionism*, in *South Asian Economic Journal*, 2002, Vol. 1, No. 2, pp. 113-129.

68 See the article of the President of the Russian Constitutional Court: V. ZORKIN, *The limits of pliability* (Predel ustupchivosti), *Rossiysskaya Gazeta*, 29 October 2010, available at <http://www.rg.ru/2010/10/29/zorkin.html> (2014-10-07) or L. HOFFMANN, *The universality of human rights. Judicial Studies Board Annual Lecture*, 19 March 2009, par. 22; L. BOJIN, *Challenges facing the European Court of Human Rights: Fragmentation of the international order, division in Europe and the right to individual petition*, in *The European Court of Human Rights and its Discontents: Turning Criticism*, edited by Spyridōn I. Phlogaitēs, Tom Zwart, Julie Fraser, Edward Elgar Publishing, 2013, p. 60; M. BOSSUYT, *Should the Strasbourg Court Exercise More Self-Restraint? On the extension of the jurisdiction of the European Court of Human Rights to social security regulations*, in *Human Rights Law Journal*, Vol. 28, n. 9-12, 2007, pp. 321-332.

69 This opinion was confirmed by some judges of the ECtHR, see *Implementing the European Convention on Human Rights in times of economic crisis*, materials of the seminar, held in ECtHR on 25 January 2013, available at: http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2013_ENG.pdf (accessed 20 October 2014).

70 ECtHR, 07 May 2013, case No. 57665/12, 57657/12, *Koufaki and Adedy v. Greece*; ECtHR, 02 February 2012, case No. 44232/11, 44605/11, *Mihăieş and Senteş v. Romania*;

the Court is unwilling to protect social rights in the era of crisis, analysis of earlier social security cases make us understand that the Court's approach to this matter was always very rigorous for the applicant. The States were always granted a wide margin of appreciation⁷¹ in establishing the system of social security and in regulating the sums of particular pensions or allowances⁷².

We can presume that the Court in general admits reduction of social security benefits or other deterioration in the level of social rights⁷³ if it is dictated by austerity measures as the *aim* to overcome economic hardships is found to be a legitimate one. However, the margin of appreciation enjoyed by States in these particular fields is not unlimited⁷⁴. The Court's attention in such cases is focused on proportionality of the State's interference to the aim pursued.

The test of proportionality is the key to understanding the Court's approach both to austerity measures and to re-balancing of social rights and economic freedom⁷⁵. The research of the Court's case-law shows that the burden is very rarely considered to be excessive. Leaving apart cases concerning termination of payments of social security benefits⁷⁶ there are only several cases where the reductions of pensions or salaries are found to be disproportionate and excessive.

ECtHR, 08 October 2013, case No. 62235/12, 57725/12, *Da Conceição Mateus v. Portugal and Santos Januário v. Portugal*; ECtHR, 20 March 2012, case No. 13902/11, *Panfile v. Romania*; ECtHR, 19 June 2012, case No. 17767/08, *Khoniakina v. Georgia*.

⁷¹ About the margin of appreciation of the states see, for example, G. LETSAS, *A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2007, pp. 80-98.

⁷² In the area of pensions and welfare benefits see for ex. ECtHR, 25 October 2011, case No. 2033/04 et al., *Valkov and others v. Bulgaria*, para.91; ECtHR, 15 June 1999, case No. 34610/97, *Domalewski v. Poland*.

⁷³ See for ex. recent case ECtHR, 20 May 2014, case No. 4241/12, *McDonald v. The United Kingdom*, concerning the night care of disabled person.

⁷⁴ ECtHR, 08 October 2013, case No. 62235/12, 57725/12, *Da Conceição Mateus and Santos Januário v. Portugal*, par. 23.

⁷⁵ See ECtHR, 02 July 2013, case No. 41838/11, *R.Sz. v. Hungary*; ECtHR, 23 September 2014, case No. 22193/11, 18229/11, *Á.A. v. Hungary, P.G. v. Hungary*. See more on proportionality in S. GREER, "Balancing" and the European Court Of Human Rights: A Contribution To The Habermas-Alexy Debate, in *Cambridge Law Journal*, July 2004, 63(2), pp. 415- 417 and B. CARUSO, *New Trajectories of Labour Law In the European Crisis. The Italian Case*, in *Comp. lab. law pol. journ.*, 2015, issue 2, available at: <http://www.labourlawresearch.net/papers/new-trajectories-labour-law-european-crisis-italian-case> (2014-09-20)

⁷⁶ Due to revealed mistakes in appointment, see ECtHR, 02 October 2012, case No. 38459/03, *Lewandowski v. Poland*, or legislative changes, see: ECtHR, 13 December 2011, case No. 27458/06, 37205/06, 37207/06, 33604/07, *Lakicevic and others v. Montenegro and Serbia* ECtHR, 15 April 2014, case No. 21838/10, 21849/10, 21852/10 et al., *Stefanetti and Others v. Italy*.

In these cases, namely, *R.Sz. v. Hungary* (where the taxation on the rate 98% was found to violate the Convention) and *Stefanetti and Others v. Italy* (where the reduction of pension 67% was considered as a violation), the Court focused mainly on the per cent of reduction. Comparing these cases with similar ones, *N.K.M. v. Hungary*,⁷⁷ where the taxation on the rate 52% was found to violate the Convention, or *Maggio and others v. Italy*,⁷⁸ where the reduction of pension less than 50% was not considered as a violation, and taking into account the Court's conclusions in other "austerity" cases⁷⁹, we can attempt to reveal a "quantitative" threshold of deterioration of social rights in austerity.

We can presume that this border is about 50% of salary or social security benefit, therefore the margin of appreciation of the State in these cases is in fact very wide. A "qualitative" approach to the estimation of austerity measures can be found in *Larioshina v. Russia*⁸⁰ and *Budina v. Russia*.⁸¹ In these cases the Court stated that wholly insufficient amount of pension and social benefits may raise an issue under Article 3 of the Convention (prohibition of inhuman or degrading treatment), therefore the effect of austerity measures might be estimated from this point of view.

According to the Court's case-law degrading treatment violates art. 3 if it attains a "minimum level of severity". This threshold is reached where ill-treatment involves actual bodily injury or intense physical or mental suffering, or humiliates or debases an individual, showing a lack of respect for, or diminishing, his or her human dignity⁸². The fact that both of claims were hold inadmissible shows that the Court rigorously evaluates the applicants' suffering in such "social security" cases.

In both cases the Court found the applications inadmissible, although in the sum of pension was about 15 euro in *Larioshina* case, and about 50 euro in the case of *Budina*. The Court noted that the applicants did not provide evidence that the amount of the pension has caused damage to physical or mental health. Therefore, a "qualitative" approach of the Court to social security matters is much stricter than "quantitative" one and

77 ECt, 14 May 2013, case No. 66529/11, *N.K.M. v. Hungary*.

78 ECtHR, 31 May 2011, case No. 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08, 56001/08, *Maggio and others v. Italy*, was found only the violation of art. 6 as Italian Law 296/2006 excluded pension treatments and settled retrospectively the terms of the disputes before the ordinary courts.

79 See *supra*, notes 21 and 19.

80 ECtHR, 23 April 2002, case No. 56869/00, *Larioshina v. Russia*, inadmissible.

81 ECtHR, 18 June 2009, case No. 45603/05, *Budina v. Russia*, inadmissible.

82 ECtHR, 10 July 2001, case No. 33394/96, *Price v. The UK*; ECtHR, 16 December 1999, case No. 24888/94, *V. v. The UK*; ECtHR, 28 January 2014, case No. 26608/11, *T.M. and C.M. v. The Republic of Moldova*, par. 35.

leaves little hope to individual applicant suffering from austerity measures.

The Court's support of trade unions rights is a more evident contribution to the protection of social rights. The research of development of the legal positions of the Court on the right of association (art. 11) shows that the Court emphasizes the necessity of effective protection of rights for collective bargaining and the rights to strike. In famous judgments *Demir and Baykara* and *EnerjiYapi-YolSen v. Turkey* the Court, basing largely on provisions of ILO Convention and European Social Charter, acknowledged the fundamental status of these rights. Thus the Court to some extent opposed ECJ decisions in *Laval* and *Viking*⁸³.

Although two years have passed since the Grand Chamber hearing of *Demir and Baykara* case it is very difficult to estimate the effect of these decisions on the protection of trade union rights in the countries of Council of Europe. At least we can say that the provisions of Turkish legislation still restrict the right for collective bargaining of municipal servants⁸⁴. Therefore, we are likely to agree with Ewing and Hendy, who noted that «great legal triumphs can produce such little progress»⁸⁵.

However, even little progress is still a very important and encouraging result. The conclusion on fundamentality of the right for collective bargaining attaches more weight to this right. This “additional weight” must be taken into account by national courts in balancing the right for collective bargaining or the right to strike with economic freedoms.

The Court's estimation of austerity measures as interference with the rights under Convention is another valuable conclusion. It might provide domestic courts a new vision of such cases, demonstrate the possibility of consideration of austerity measures in the light of fundamental human rights. National courts might be more rigorous in the estimation of the proportionality of the interference with social rights, might notice details which are imperceptible from Strasburg. It is remarkable that this ap-

83 There is extensive literature comparing *Laval* and *Viking* decisions of the ECJ and the ECtHR's approach to collective bargaining and right to strike, see F. DORSSEMONT, *A judicial pathway to overcome Laval and Viking*, in *European Social Observatory*, 2011, 5, pp.13-15, or A. LUDLOW, *The right to strike: a jurisprudential gulf between the CJEU and EctHR*, in *Human Rights Law in Europe: The Influence, Overlaps and Contradictions of the EU and the ECHR*, edited by K. Dzehtsiarou, T. Konstadinides, T. Lock, N. O'Meara. Routledge, 2014, p. 128.

84 *Jointreport “Trade union rights situation in Turkey”*, presented on the 32th meeting of the EU-Turkey Joint Consultative Committee on the 7-8th of November 2013, available at: <http://www.eesc.europa.eu> (2014-06-19).

85 K.D. EWING, J. HENDY, *The Dramatic Implications of Demir and Baykara*, in *Ind. law journ.*, 2010, V.39, Issue 1, pp. 2-51.

proach was already used by Estonian Supreme Court⁸⁶, Latvian⁸⁷ and Portuguese⁸⁸, Italian and Ukrainian Constitutional Courts in estimating pension cuts as unconstitutional. We would hopefully note that this tendency can be spread to other countries as well.

4 Conclusions

Our research has posed a very difficult question – whether international instruments play an important role in the effective protection of social rights, are they capable to go beyond what is commonly called “mobilization of shame”?

The reluctance of the European Court of human rights to resist austerity measures in a broader way and non-binding *status* of the decisions of other international bodies make us doubt in the possibility of effective international response to deregulation. Their contribution is different. As it was shown above, the decisions of the International bodies have become the source of inspiration and support for national courts. Re-balancing is an inevitable process under present economic conditions. But it must be guided by the “principle of proportionality” – as a hinge of reasonable communication between urgency of the measures and reasonableness and proportionality of their impact on rights.

National courts must be equipped with this principle, developed in the case law of the ECtHR, and as they are “better placed” than international bodies, analyse carefully new legislation through the lens of the legal position of these bodies.

86 On the 26 June 2014 the Estonian Supreme Court declared the cuts in judges’ pensions during the austerity period unconstitutional, see *Representing Retired Estonian Judges in Challenge to Austerity Measures*. Available (accessed 20 October 2014)

87 See *Judgment Of The Constitutional Court Of Latvia*, 21 December 2009, in the case No. 2009-43-01 that held unconstitutional the reductions of pensions, referring on the judgement of the ECtHR and to the General comments of the ICESCR.

88 See the Constitutional Court Decision No. 353/2012, that declared unconstitutional the provisions of Budget See *Judgment of the Constitutional Court of Ukraine*, 3.06.2013, No. 3-pp/2013, that held unconstitutional the reduction of pensions to retired judges, the document is available in Russian at: <http://ccu.gov.ua/ru/doccatalog/list?currDir=196048> (2014-10-20).

La genesi del Costituzionalismo giapponese nell'era Meiji

Federico Lorenzo Ramaioli

(Cultore della materia di Filosofia del diritto e di Metodologia giuridica nell'Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia)

Abstract The Empire of Japan, until AD 1889, the 21st year of the Meiji era, had never had a Constitution. The Tokugawa Bakufu, the feudal government of the *Shogun*, had a totally different conception of law and justice, based on Confucian thought and Buddhist paternalism. The Meiji Restoration brought about a deep change, first of all by achieving a rapid modernization of the national industry, and by the adoption of legal and juridical categories as imported by the West. Hence, a coherent theorization of a constitutional framework, based on the Prussian Constitution, was a fundamental step in the construction of the Meiji constitutional State. Thus, the origin of Japanese Constitutionalism is to be found not just in the adoption of the Meiji Charter, but first in the prior importation of western juridical categories, as a legal *forma mentis* which was seen by the Meiji oligarchs as essential in building a modern State.

Sommario 1. Introduzione. – 2. L'era Meiji e il Giuramento dei Cinque Articoli. – 3. La necessità di una legge in stile occidentale. – 4. La genesi della Costituzione del 1889. – 5. La nascita della Costituzione Meiji. – 6. Conclusioni.

1 Introduzione

La storia costituzionale dell'Impero del Giappone non sembra assimilabile a nessun'altra esperienza giuridica, occidentale o orientale che sia. Questo in ragione del fatto che il Giappone feudale, dopo la sua ermetica chiusura al mondo esterno, si trovò a risvegliarsi in un mondo totalmente diverso da quello che aveva visto la sua unificazione ad opera degli *Shogun*, due secoli e mezzo prima.

Se da un punto di vista industriale la modernizzazione del Giappone di Meiji rappresenta senza dubbio uno sforzo titanico, non meno interessante appare la profonda e rapida rinnovazione istituzionale e giuridica del Paese. Se un mondo ancora feudale come quello dell'ultimo signore

Eventuali opinioni espresse nel presente contributo saranno da considerarsi come opinioni personali dell'autore, e non riferibili a eventuali enti od organizzazioni di appartenenza.

della guerra non sembrava più in grado di reggere all'urto della Storia da un punto di vista politico, militare ed economico, ciò è anche vero da un punto di vista più strettamente giuridico. Sarebbe stato quindi necessario procedere ad una radicale revisione non solo delle basi dello Stato, ma anche del suo sistema legale.

Il passo più importante, a cui comunque si giunse con una certa gradualità nonostante i tempi rapidissimi, fu quello dell'adozione della Costituzione Meiji. Adottare una Costituzione fu per il Giappone, che mai ne aveva avuta una, uno sforzo di proporzioni straordinarie, se si considera come una Costituzione non sia soltanto un atto normativo benché di rango gerarchico sopraelevato. Se il Costituzionalismo, infatti, nasce in un contesto socio - culturale ben determinato, e per rispondere a ben determinate esigenze, calare una cornice costituzionale su di un contesto non proprio potrebbe apparire quanto mai difficoltoso. Gli esiti di questa operazione potrebbero risultare imprevedibili, se non si tengono correttamente in conto tutta una serie di variabili, prima fra tutte il contesto culturale e istituzionale su cui si innesta il nuovo progetto normativo.

Per i costituenti di Meiji, quindi, non si trattava semplicemente di adottare un atto normativo che fungesse da Legge fondamentale per il nuovo Stato, quanto piuttosto di creare *ex novo* tutta quella serie di categorie giuridiche e istituzionali che sarebbero state necessarie alla creazione di uno Stato costituzionale. Perché la trasformazione da Nazione feudale a Nazione costituzionale fosse durevole, sarebbe stato necessario far precedere l'adozione della Carta fondamentale dalla stabile acquisizione di ben precise categorie intellettuali, mutuata dalla scienza giuridica occidentale, in modo da poter fondare coerentemente la base normativa del nuovo Stato.

Da questo punto di vista, la genesi della Costituzione Meiji rappresenta senza dubbio un punto di partenza fondamentale per comprendere il sistema giuridico nipponico, a partire dalla sua fondazione, la cui origine si può appunto far risalire all'epoca della Restaurazione. Se il Paese non ha avuto che due sole Costituzioni, la Costituzione Meiji rappresenta, a seconda dei punti di vista, un punto di partenza e un punto d'arrivo. Un punto d'arrivo, in quanto ultimo e più importante passo della ricostruzione giuridica del Giappone di Meiji, cornice ultima che coronò felicemente la riforma legale del Paese. Ma anche un punto di partenza, perché proprio da allora, e sulle sue nuove basi istituzionali, il Sol Levante si sarebbe preparato alla sua corsa verso la grandezza.

La Costituzione Meiji, specialmente nella sua genesi storica e giuridica, ben può essere considerata come un documento essenziale per comprendere il fermento e lo slancio di una società che si preparava a grandi e profonde transizioni, pur senza dimenticare mai le proprie origini e le proprie tradizioni.

2 L'era Meiji e il Giuramento dei Cinque Articoli

Per circa duecentocinquanta anni, durante il governo *shogunale*, il Giappone aveva attraversato un periodo di pace e prosperità, ma anche di chiusura totale alle influenze del mondo esterno¹. Sotto il dominio dei Tokugawa il Paese era rimasto sostanzialmente fermo a quello stato di feudalesimo e di chiusura che aveva caratterizzato il breve dominio di Tokugawa Ieyasu, dopo la sua vittoria nella battaglia di Sekigahara². Per tutta la durata del *Bakufu*³, di fatto, il Giappone poteva essere paragonato ad un'oasi nella quale il tempo si era fermato, l'oasi di quel lontano e remoto arcipelago che aveva deciso di negare al mondo ogni contatto.

Solo nel 1853, le navi nere del Commodoro Perry desteranno il Paese dal suo incanto, aprendo forzatamente le frontiere del Giappone ed imponendogli trattati commerciali con le potenze occidentali, in particolar modo con gli Stati Uniti, trattati palesemente ineguali e a totale appannaggio degli Europei e degli Americani. Fu solo allora che i signori feudali dell'ultimo *Shogunato* si resero conto tutto ad un tratto che il mondo, nel frattempo, era andato avanti, e li aveva lasciati dietro di sé, come dimenticati nel loro mondo sognante. Il Commodoro Perry, con la sua potenza di fuoco, a cui le forze dello *Shogun* non avrebbero potuto opporsi nemmeno lontanamente, aveva cambiato le cose, senza sparare un solo colpo.

Nel 1868, le forze della Restaurazione Meiji, fedeli all'Imperatore Mutsuhito, rovesciarono il governo dell'ultimo *Shogun*, Tokugawa Yoshinobu, compiendo il primo passo verso un nuovo, importante corso storico⁴. L'Imperatore, dopo tre secoli di isolamento dalla vita politica, ridotto a mero simbolo morale e religioso, aveva rivendicato per sé ogni potere⁵ che

1 Il Paese si era ermeticamente chiuso ad ogni influenza culturale o politica. Solo agli Olandesi e alla Cina, partner commerciale privilegiato, fu concesso di continuare i propri scambi economici con l'Impero, ma comunque con tutta una serie di limitazioni.

2 Avvenuta il 21 Ottobre 1600, fu un decisivo scontro mediante il quale Tokugawa Ieyasu riuscì ad ottenere il controllo dell'intero Giappone. Anche se solo tre anni dopo riuscirà definitivamente a consolidare il proprio potere, la data della battaglia di Sekigahara segna l'inizio dello *Shogunato* Tokugawa.

3 *Shogunato*.

4 Il riferimento bibliografico sulla Restaurazione Meiji è W. G. BEASLEY, *The Meiji Restoration*, Stanford, 1972. L'opera di Beasley, la più completa sull'argomento, è una pietra miliare per quanto riguarda la comprensione di questo complesso e affascinante periodo della storia giapponese.

5 In realtà, il potere era passato dagli antichi signori della guerra ai nuovi burocrati che avevano supportato la Restaurazione, per la qual cosa il Monarca, quantunque titolare di ogni sovranità, non sarà mai un sovrano assoluto, essendo perennemente circondato da quell'oligarchia di governo che tanta importanza acquisterà negli anni a venire. La formazione del Consiglio Privato ad opera del Principe Itō Hirobumi, di cui si dirà in seguito, è un esempio del potere acquisito dalla burocrazia.

gli era stato in precedenza sottratto dai signori della guerra, ponendo il Trono al centro di un nuovo Stato, unitario, burocratico e accentratore.⁶ Al fine di consolidare il proprio potere, l'Imperatore Meiji avviò una serie di importanti riforme, anche seguendo il modello di quel mondo occidentale che tanto più avanzato sembrava di quello nipponico. Trasformò gli antichi feudi in prefetture, sottraendoli all'amministrazione dei *daimyo*, e ponendoli sotto il controllo della burocrazia statale. Vennero anche costruite le prime ferrovie; vennero inviate missioni all'estero per studiare le culture e le istituzioni straniere, e vennero anche modernizzate le Forze Armate, introducendo la leva obbligatoria e provocando l'inevitabile declino della gloriosa casta samuraica, che tanto potere politico e amministrativo aveva acquisito negli anni di pace del periodo Edo.

Due furono i principali obiettivi a cui lo Stato Meiji volle arrivare: preservare la secolare tradizione giapponese mantenendola scevra dalle contaminazioni straniere, con l'Imperatore come simbolo ed emblema politico e culturale, e allo stesso tempo inseguire quel sogno di rapida industrializzazione e di altrettanto rapida modernizzazione dello Stato e dell'Esercito che avrebbe portato il Giappone ad essere accolto fra le grandi nazioni del mondo civilizzato. *Fukoku kyōhei*, ossia «arricchire la Nazione, rafforzare l'Esercito⁷», fu il motto di quegli anni, animati da un genuino slancio di entusiasmo per quell'Occidente, grande e remoto, ancora tutto da conoscere, ma anche di amara disillusione per l'arretratezza che ancora caratterizzava il Paese, e per l'indifferenza del mondo occidentale, noncurante degli sforzi del Giappone per inserirsi nel novero delle grandi potenze internazionali.

Il principio dell'era Meiji fu caratterizzato da due opposti sentimenti: l'esaltante ed entusiastica spinta della nuova e più giovane *élite* intellettuale al potere, decisa ad inseguire il sogno di gloria di una nuova grandezza, e la lacerante presa di coscienza della sostanziale arretratezza di uno Stato ancora senza i mezzi pratici per realizzare i propri ambiziosi obiettivi.

Il 7 Aprile del 1868, all'incoronazione⁸ dell'Imperatore Mutsuthito, venne promulgato un significativo documento, che divenne noto come *Giuramento dei Cinque Articoli*. Redatto dai nuovi oligarchi di Meiji, in special modo provenienti dalle prefetture del Sud - Ovest, prefetture che avevano fornito il maggior appoggio alla Restaurazione, il documento si proponeva essenzialmente due obiettivi: definire in termini generali le linee guida a cui le politiche di regno del nuovo Stato Meiji si sarebbero attenute, ed

6 Cfr. BEASLEY, *op. cit.*, pp. 300-309.

7 K.A. NITTA, *Foreign Policy Paradigms, in US - Japan Relations in a Changing World*, a cura di Steven Kent Vogel, Washington, 2002, p. 67.

8 Ciò avvenne in occasione della sfarzosa cerimonia di incoronazione dell'Imperatore, secondo l'antico rito shintoista.

assicurarsi l'appoggio degli ultimi *daimyo* un tempo legati allo *Shogun*, ancora una volta per consolidare il potere centrale dello Stato. Proprio questo obiettivo si proponeva infatti il primo articolo, istitutivo di consigli deliberativi⁹ per le pubbliche decisioni, attraverso i quali si sperava di coinvolgere gli antichi signori feudali che altrimenti si sarebbero sentiti esclusi dal processo decisionale del nuovo Stato, negando quindi il proprio appoggio alle forze della Restaurazione¹⁰. La cooperazione dei *daimyo* e dei nuovi burocrati fedeli al Trono, assicurata attraverso quelle «pubbliche discussioni» e quei “consigli deliberativi” di cui parlava l'articolo primo, avrebbe provveduto ad unificare e a riorganizzare le forze nazionali sotto l'insegna dell'Imperatore Meiji.

Vale la pena di riportare per intero i cinque articoli della Giuramento imperiale:

«Assemblee deliberative saranno ampiamente istituite e tutte le questioni decise da aperte discussioni.

Tutte le classi, alte o basse, saranno unite nel portare vigorosamente innanzi l'amministrazione degli affari di Stato.

Alle persone comuni, non meno che ai funzionari civili e agli ufficiali militari, sarà concesso di seguire la propria vocazione affinché non vi sia alcun malcontento.

Le cattive abitudini del passato¹¹ saranno interrotte e tutto sarà basato sulla giusta legge di Natura.

Sarà ricercata la conoscenza in tutto il mondo così da rafforzare il fondamento del dominio imperiale.»¹².

Tali cinque articoli, nel loro complesso, possono essere considerati come il primo, fondamentale nucleo embrionale di una Costituzione del Giappone. Il loro carattere altamente generico, il loro basilare garantismo per una più equa amministrazione del potere, la decisa affermazione di una rinata unità nazionale sotto un unico Sovrano, delineano un documento che,

9 In realtà per la creazione della Dieta Imperiale bisognerà attendere il 1890: il Giuramento dei Cinque Articoli fu più che altro un documento programmatico delineante i principi che avrebbero caratterizzato l'era di regno di Meiji, ma che per le sue caratteristiche anticipa di fatto alcune funzioni di una Carta costituzionale.

10 Cfr. M.B. JANSEN, *The Making of Modern Japan*, Cambridge, 2002, p. 337.

11 Così da consolidare il potere della classe dirigente della Restaurazione, e prevenire il ritorno dei sostenitori dello *Shogun*.

12 Da questo articolo ben si può evincere l'entusiastico slancio alla scoperta del grande e sviluppato Occidente. Per quanto riguarda il Giuramento, si veda F. G. NOTEHELPER, *The Meiji Restoration*, in *Sources of Japanese Tradition: volume 2, 1600 to 2000*, a cura di T. de Bary, C. Gluck, D. Keene, New York, 2005, pp. 671-672; si veda brevemente anche J. KIM, *Crisis and Change: South Korea in a Post-1997 New Era*, Seoul, 2005, pp. 229-230.

pur nella sua concisa brevità, esprime quella serie di valori e di principi fondamentali al di sopra di ogni potere, espressi genericamente in una Legge Fondamentale. Il Giuramento, in altre parole, rappresenta per la prima volta quel documento fondamentale volto a regolare l'amministrazione del potere, tracciandone garanzie e limiti, oltre che ad affermare quel contenuto, più spirituale che normativo, trascendente i comuni atti di amministrazione e di legiferazione, quel contenuto programmatico ed espressivo di un intero assetto sociale e politico, di per sé non applicabile direttamente, ma estrinsecabile in tutta una serie di atti legislativi conseguenti che alle sue linee guida si sarebbero attenuti. Tutto ciò che, appunto, oggi si può chiamare Costituzione.

I cinque articoli vanno a costituire infatti quel primo atto normativo che viene ad esistenza in un periodo di profonda trasformazione e transizione, in cui il Sol Levante inizia a rivolgersi verso l'Occidente allo scopo di apprendere la scienza giuridica, soprattutto costituzionale, ossia da quella terra dove il Costituzionalismo era nato. Proprio a motivo del fatto che questo processo di apprendimento e ristrutturazione del sistema normativo era ancora lontano dal concludersi non è possibile affermare che il Giuramento vada considerato come la prima Carta costituzionale del Paese. Tuttavia, lo stesso contesto socio - culturale in cui la sua adozione si inserisce, e le sue caratteristiche giuridiche fondamentali, non possono che far ritenere che la Carta sia almeno un primo tentativo di dotare il Paese di una struttura costituzionale in stile occidentale. Certamente si tratta ancora di un documento ibrido, sospeso tra due mondi, ossia tra il governo della Restaurazione che ancora si schiarisce gli occhi dopo il profondo sonno del *Bakufu*, e quello della nuova Monarchia costituzionale che lo Stato Meiji si sarebbe apprestato a costruire. Più che una Costituzione, quindi, una sorta di preparazione alla Costituzione, una norma fondamentale che sarebbe stata destinata ad accompagnare il Paese nel suo rapido percorso di modernizzazione.

Pare maggiormente suffragare questa ipotesi il fatto che sin dall'emanazione dei cinque articoli, si provvide a dettarne una disciplina più precisa, una normazione che potremmo dire di secondo livello, che ne specificasse i termini e la portata. È il caso del Documento sul Sistema di Governo, del 17 Giugno 1868. Il Documento si compone di undici articoli, e se i cinque fondamentali del Giuramento imperiale erano per la maggior parte enunciativi di principi generali, più giuridicamente dettagliati appaiono quelli del documento in questione. Vi è chi ritiene¹³ che sia quest'ultimo,

13 «Essendo il Giuramento della Carta meramente una dichiarazione d'intenti, doveva essere posta in termini concreti. Per questa ragione il "Documento sul Sistema di Governo" (*Seitai-sho*) venne dichiarato il 17 Giugno 1868; è noto come la prima Costituzione del Giappone.» W. RÖHL, *Public Law, in History of Law in Japan since 1868*, a cura dell'Autore, Leiden, 2005, pp. 31-33.

e non il Giuramento stesso, la vera prima Costituzione del Giappone, considerando la prima solamente una dichiarazione di intenti. Tuttavia chi scrive non se la sente di condividere questa ipotesi, in quanto l'ultimo articolo¹⁴ del Documento sul Sistema di Governo, afferma esplicitamente che la legiferazione delle città e delle prefetture imperiali avrebbe dovuto seguire ciò che era stato stabilito dai cinque articoli originari, e non dal Documento medesimo. Essendo una Costituzione la Legge Fondamentale di una Nazione, enucleante in se stessa quei principi fondamentali e quei valori irrinunciabili che costituirebbero l'essenza stessa della Nazione, non può, per necessità, riconoscere un documento normativo, sebbene blandamente normativo come in questo caso, che sia a sé superiore. Appare a questo proposito più appropriato affermare che il Giuramento dei Cinque Articoli sia la vera radice del costituzionalismo nipponico, e che gli undici articoli redatti nel Giugno dello stesso anno siano una fonte normativa secondaria¹⁵, i cui principi potrebbero concorrere a formare una sorta di Costituzione vivente dell'Impero, al cui apice si troverebbero comunque i cinque articoli dell'Aprile 1868, che formalmente non saranno mai abrogati per tutta l'era Meiji, anche vigendo la Costituzione del 1889¹⁶.

La portata assolutamente innovativa del documento si intuisce solo se si considera che il Giappone non aveva mai avuto una simile Legge Fondamentale che si ponesse a limite del potere pressoché assoluto dello *Shogun* o al potere amministrativo dei signori feudali sui propri domini. Era la prima volta che, per usare categorie normative occidentali, uno sconvolgimento storico come quello che portò alla Restaurazione e al rovesciamento del *Bakufu*, cristallizzasse, nella forma di potere costituente, i propri principi ispiratori in una Carta, sebbene a livello embrionale, che il futuro potere costituito avrebbe dovuto osservare, e fissando obiettivi

14 «Ogni grande città, clan e prefettura imperiale promulgherà regolamenti, e questi dovranno essere conformi al Giuramento della Carta», Documento sul Sistema di Governo, art. 11, 17 Giugno 1868.

15 Dire fonte normativa secondaria appare comunque eccessivamente semplicistico. La Costituzione dell'era Meiji era infatti costituita da più atti normativi, come per esempio i regolamenti delle due Camere della Dieta Imperiale o la Legge sulla Casa Imperiale, considerati *de facto* di pari grado gerarchico alla vera e propria Costituzione del 1889, anche se quest'ultima era in ogni caso all'apice del sistema giuridico Meiji, come si evince dall'art. 76, che affermava che «Le leggi, i regolamenti, le ordinanze o le altre disposizioni legali, quali esse siano, restano in vigore in quanto non siano contrarie alla presente Costituzione».

16 Ciò potrebbe sembrare un contrasto, il permanere in vigore di due documenti considerati allo stesso tempo Costituzioni. In realtà non è così, in quanto per Costituzione Meiji non si intende unicamente il documento dei settantasei articoli, ma anche, come ricordato dinnanzi, quelle fondamentali norme delineanti la forma di Stato e di governo, e, di conseguenza, non si vede perché la permanenza in vigore del Giuramento debba essere vista come un contrasto e non, al contrario, come un rafforzamento della Costituzione vivente dell'era Meiji. Inoltre, come si è avuto modo di affermare, il Giuramento non è da considerarsi una vera e propria Carta costituzionale.

che lo stesso potere costituito avrebbe dovuto perseguire.

Benché forse possa essere avventato e impreciso affermare che i soli cinque articoli del Giuramento imperiale costituiscono una vera e propria Costituzione, si può invece ben dire che la strada era aperta per l'affermazione di un costituzionalismo in stile occidentale, di cui appunto quei cinque articoli, prima e fondamentale cornice regolatrice del potere, si erano fatti baluardo.

3 La necessità di una legge in stile occidentale

L'esigenza di una rapida modernizzazione delle Istituzioni e di un'industrializzazione quasi forzata del Paese era stata avvertita dal nuovo Stato Meiji sin dalla sua creazione. Assoluta priorità avevano infatti quelle estese riforme sociali riguardanti tutti i campi, dall'educazione alla religione, dalle infrastrutture alla politica, che avrebbero dovuto, nel minor tempo possibile, traghettare un Giappone sostanzialmente ancora chiuso ed arretrato verso la chimera di una nuova grandezza¹⁷.

Ma non sarebbe mai bastato trasferire il potere dalla vecchia *élite* di governo feudale, trasmessa in modo ereditario, alla nuova oligarchia degli "uomini di Meiji"¹⁸ per creare il nuovo Stato. Né, di per sé, attuare la massiccia industrializzazione che venne infatti attuata, un caso unico se si pensa che essa industrializzazione avvenne, oltre che in tempi assai rapidi, non per uno spontaneo sviluppo a partire dal tessuto sociale, ma unicamente per un'imposizione dall'alto. Dopo la rovina dello *Shogunato*, era necessario riempire il vuoto di un'istituzione antica di tre secoli, che la Restaurazione aveva esiliato per sempre. E se il Giappone era davvero intenzionato a guardare verso Occidente in cerca di una guida, pur senza vendere la propria anima e la propria tradizione, era necessario, su questo nuovo modello, ricostruire le stesse Istituzioni sociali e politiche da principio. O meglio, costruirne di nuove.

Era necessario, in altre parole, costruire le fondamenta di uno Stato di stampo occidentale, importandone le Istituzioni fondamentali ed il sostanziale assetto del potere, per la qual cosa il governo Meiji aveva a disposizione una pluralità di esempi fra gli stati d'Europa, ognuno con le proprie peculiari tradizioni ed istituzioni, nonché, come è facile pensare,

17 Un ruolo fondamentale fu giocato dal progresso tecnologico, come si evince dal chiaro e conciso lavoro di D. G. WITTNER, *Technology and the Culture of Progress in Meiji Japan*, Abingdon, 2008.

18 Uomini fedeli al nuovo assetto della Restaurazione, leali al trono del Crisantemo, portatori di un fiero patriottismo, con una base di cultura classica cinese, aperti alla modernizzazione, ma anche radicati nella tradizione. Si veda R. B. FINN, *Winners in Peace: McArthur, Yoshida, and Postwar Japan*, Londra, 1992, p. 20.

gli Stati Uniti. Seguendo le stesse previsioni dei cinque articoli sarebbe stato necessario istituire se non un governo propriamente democratico e rappresentativo – il passo sarebbe stato eccessivamente avventato – un organo elettivo incaricato delle decisioni di Stato, ciò che poi divenne la Dieta Imperiale. Ma ciò non sarebbe stato possibile se prima non si fosse introdotta la nozione stessa di Legge, così come intesa nel mondo occidentale, nozione che in Giappone restava ancora sostanzialmente sconosciuta.

Il concetto di una legge scritta, generale e astratta, le cui previsioni normative fossero uguali per tutto il territorio nazionale, la cui applicazione fosse affidata a giudici professionisti, era ignota all'Impero del Sol Levante. La giustizia, anteriormente all'era Meiji¹⁹, era amministrata dai signori feudali, i *daimyo*, che la esercitavano direttamente sui propri domini. Il loro potere era, più che un potere legislativo, un potere amministrativo²⁰, soggetto all'autorità centrale dello *Shogun*. Largamente diffuse erano altresì le risoluzioni di controversie in via arbitrale e conciliativa, attraverso statuti locali e consuetudini, oltre che necessarie mediazioni che supplivano alla sostanziale mancanza di un apparato giudiziario incaricato dell'applicazione della legge. Essendo la società una società profondamente gerarchica, ispirata alla stratificata società confuciana, anche grazie agli influssi culturali cinesi che di tale pensiero erano pregni, del tutto naturale era per il popolo nipponico la sacra obbedienza dovuta ai propri superiori²¹. Si definiva in questo modo, sino al 1868, un modello di amministrazione della giustizia profondamente diverso da qualsiasi altro modello occidentale diffuso nello stesso periodo, un modello in cui la legge del caso singolo, imposta tramite un sistema fondamentalmente conciliativo, sostituiva una legge unitaria e precostituita, generale e astratta, modello che lo Stato Meiji sentì la necessità di fare proprio.

Uno Stato caratterizzato da un potere centralizzato, che per di più aveva necessità di consolidare il proprio assetto di potere, aveva bisogno non solo di unificare il proprio sistema legale, abolendo le differenze tra i diversi domini dei *daimyo* ed i privilegi feudali, ma anche di renderlo giustiziabile, ossia suscettibile di un'applicazione che non fosse amministrativa, ma giudiziale. Era necessario, di conseguenza, creare una nuova classe di

19 Cfr. M. DEAN, *Japanese Legal System*², Londra, 2002, p. 58.

20 «La legge pre - Meiji non era autonoma, ma piuttosto una branca dell'amministrazione, lo strumento di un benevolo paternalismo». R. W. GORDON, M. J. HORWITZ, nell'introduzione al volume *Law, Society and History: Themes in the Legal Sociology and Legal History of Lawrence M. Friedman*, New York, 2011, p. 8. Questo aspetto è più approfonditamente trattato dal contributo allo stesso volume di M. M. FEELEY e S. MIYAZAWA, *Legal Culture and the State in Modern Japan: Continuity and Change*, pp. 169-193.

21 Si veda D. F. HENDERSON, *The Role of Lawyers in Japan*, in *Japan: Economic Success and Legal System*, a cura di Harald Baum, Berlino, 1996, p. 41 ss.

giuristi incaricati dell'applicazione delle leggi. Si stava passando dal concetto di Giustizia, amministrata dall'alto secondo una struttura puramente gerarchica e burocratica, a quello di Legge, unica, generale ed astratta, concepita nell'ambito di una cornice costituzionale.

Oltre alla lunga e complessa genesi della Costituzione Meiji, quel sistema di norme fondamentali che di fatto sarebbero state la cornice del potere per il nuovo Giappone, riguardanti la regolazione dei pubblici poteri, nonché i diritti dei sudditi nipponici, lo Stato Meiji gettò le basi per il nuovo sistema giuridico, provvedendo alla riorganizzazione di una legge scritta ordinata in codici, e alla creazione di Istituzioni volte alla formazione della nuova classe giuridica.

La preparazione di un primo Codice Civile avvenne anche su influsso di studiosi stranieri, che parteciparono ai lavori insieme ai Giapponesi. La principale fonte di ispirazione per i lavori preparatori fu il Codice Napoleone del 1804, ritenuto il più eminente modello di legge civile, senza perdere però l'influsso delle tradizionali consuetudini giapponesi, per esempio riguardanti il diritto di famiglia. La promulgazione del Codice Civile avvenne nel 1890²², anche se non entrò mai in vigore, a causa delle opposizioni generate dall'eccessiva normazione circa questioni in precedenza regolate per tradizione unicamente da consuetudini²³.

A breve distanza si rese necessaria la stesura di un nuovo codice, in un clima caratterizzato da aspre critiche da parte di quanti auspicavano una maggiore adesione al modello britannico e statunitense della *common law*, e non al modello francese, cui ci si era ispirati in precedenza. In questo clima di grande fermento, in cui ci si volgeva ora a questo ora a quel Paese alla ricerca di un modello ottimale onde trarre ispirazione per il nuovo sistema legale, per la promulgazione definitiva di un nuovo Codice Civile bisognerà attendere il 1898²⁴.

Lo stesso può dirsi per il Codice Penale. Se si esclude un primo tentativo di codificazione basata sul modello cinese, che comunque non poteva soddisfare gli obiettivi di modernizzazione dello Stato, il primo vero e proprio Codice Penale del Giappone redatto secondo canoni occidentali risale al 1880²⁵, ed anche per la riforma del diritto criminale di basilare importanza fu l'influsso della concezione europea del Diritto. Il Codice Penale, basato sul modello francese, arrivò a far propri per la prima volta

22 Legge n. 28, 21 Aprile 1890, e Legge n. 98, 7 Ottobre 1890.

23 Cfr. D. VANOVERBEKE, *Community and State in the Japanese Farm Village: Farm Tenancy Conciliation (1924-1938)*, Leuven, 2004, pp. 42-44.

24 Cfr. P. SCHMIDT, *Family Law*, in RÖHL, *op. cit.*, pp. 263-267. Si veda altresì R. PEKKANEN, *Japan's Dual Civil Society: Members Without Advocates*, Stanford, 2006, pp. 49-51.

25 Una riforma del 1905 portò alla stesura del nuovo Codice Penale del 1907, tuttora in vigore, emendato nel 1995 al fine di renderne più comprensibile la lingua arcaica.

principi cardine del patrimonio giuridico dell'Occidente, come il principio di irretroattività della legge penale, prima inesistente, come anche l'introduzione del reato di lesa maestà, al tempo comunemente diffuso tra gli ordinamenti penali europei²⁶.

Tali frammenti si apprestavano a comporre un vasto mosaico, composto in un lasso di tempo eccezionalmente breve, se si considera la profondità del cambiamento che il Paese stava attraversando. Tale impianto legislativo di nuova creazione, propugnato da uno Stato che si preparava ad importare un tipo di ordinamento giuridico completamente nuovo per i suoi canoni, non poteva essere completo senza una Legge Fondamentale dell'Impero del Giappone, delineante il nuovo assetto del potere così come risultante dalla società post - Restaurazione: la Costituzione Meiji.

4 La genesi della Costituzione del 1889

Alla luce dei diversi modelli costituzionali dell'Occidente, con le loro continuità e le loro differenze, gli illuminati uomini di Meiji ebbero l'arduo compito di scegliere quale fosse il migliore, la traccia che il nuovo Giappone avrebbe dovuto seguire nel cammino verso la costruzione del suo nuovo sistema legale. Molte furono le influenze e le pressioni che l'*élite* di governo ebbe a subire: non da molto si erano infatti sviluppati movimenti che a gran voce chiedevano il rispetto dei diritti umani fondamentali, un concetto pressoché sconosciuto al tempo dello *Shogunato*. Quest'epoca di grande fermento fu caratterizzata dalla scoperta di un nuovo mondo, pieno di meraviglie ma anche di contraddizioni, pieno di fascino ma anche di pericoli. Lorenz von Stein²⁷, che un importante ruolo avrà nella vicenda costituzionale di Meiji, così scrisse descrivendo quel particolare momento:

26 «Il Codice Penale del 1880 era basato sul modello francese. Anche se il Codice durò solo pochi anni - essendo rimpiazzato nel 1907 - stabile tre principi che rimangono incardinate nel diritto giapponese. Primo, la legge penale avrebbe dovuto essere conosciuta in pubblico e non avrebbe potuto essere una legge segreta. Il grande principio del *nullum crimen sine lege* - che non vi può essere reato senza legge - fu stabilito in questo codice. Secondo, le distinzioni di classe vennero abbandonate e la legge penale applicate a tutti in modo eguale. Terzo, il concetto di *mens rea* venne stabilito da questo codice. Sulla base di questo principio una persona non poteva essere colpevole di un crimine salvo che quella persona non avesse un intent criminale.» C. F. GOODMAN, *The Rule of Law in Japan: A Comparative Analysis*, Alphen aan den Rijn, 2008, p. 384. Si veda anche K. F. LENZ, *Penal Law*, in RÖHL, *op. cit.*, pp. 612-614.

27 Economista e sociologo di nazionalità tedesca, fu membro del Parlamento di Francoforte nonché docente di Politica Economica all'Università di Vienna.

«Al giorno d'oggi, dalle loro isole dell'Estremo Oriente, non solo giovani studiosi, ma anche uomini cresciuti giungono in Europa con l'intenzione di studiare queste terre, le loro istituzioni e le loro leggi. Che cosa rappresentiamo noi da ispirarli a tal punto? Probabilmente c'è un solo altro esempio nella storia umana che può essere paragonato a questo stato di cose»²⁸.

Stein si riferiva all'antica Roma, che guardava alla Grecia classica in cerca di una sorta di divina ispirazione, importandone poi cultura e costumi, ed anche, restando in tema normativo, la base per le celebri XII Tavole, destinate a costituire la base del diritto romano.

Le due fazioni che maggiormente si contesero il ruolo dominante nell'indicare all'Impero la via da seguire furono quella che si ispirava al modello britannico, e quella che traeva ispirazione dal modello germanico - prussiano. I fautori del modello britannico proponevano di importarne la struttura di base per via del liberalismo, e del grande prestigio accordato alla Corona, il che sarebbe servito alla causa della Restaurazione, che dopo tanto tempo aveva restituito all'Imperatore il proprio ruolo centrale. La tradizione della Monarchia britannica, da questo punto di vista, poteva senza dubbio essere fonte di grande ispirazione. Un rafforzamento anche solo dell'immagine del Sovrano avrebbe senza dubbio giovato allo Stato Meiji, ed in questa luce apparve normale voler cercare un modello in quella che al tempo era considerata dai Giapponesi la più celebre Monarchia europea. Tuttavia, questa strada venne ben presto abbandonata, poiché troppo era il potere che il modello britannico affidava al Parlamento, un rischio che un Giappone che mai ne aveva avuto uno non era disposto a correre. Di per sé nuovo era il concetto di un'assemblea elettiva, e l'affidarle un'eccessiva discrezionalità avrebbe potuto facilmente condurre ad esiti non prevedibili e sfuggenti²⁹. Non che si ritenesse che il modello britannico non fosse all'altezza del compito: si trattava però di un modello sviluppatosi nel corso di secoli in un Paese in cui l'ordinamento giuridico era rimasto pressoché immutato dal principio della propria storia, formatosi lentamente dal progressivo consolidarsi di consuetudini ed atti, che nel loro complesso formavano un sistema costituzionale non propriamente scritto, ma legato inscindibilmente alla storia della propria Nazione. Importare un simile modello in un Paese straniero, per di più non sufficientemente maturo per accoglierlo, avrebbe aperto scenari non del tutto prevedibili.

28 K. TAKII, *The Meiji Constitution: the Japanese Experience of the West and the Shaping of the Modern State*, Tokyo, 2003, p. xvi.

29 Cfr. S. SUZUKI, *Civilization and Empire: China and Japan's Encounter with European International Society*, Abingdon, 2009, p. 133.

Il modello costituzionale prussiano parve invece il miglior modello da seguire, per tutta una serie di ragioni. Al termine della guerra franco - prussiana, era sorta una nuova potenza in Europa: l'Impero Tedesco. Tale nuova potenza, come il Giappone post-Restaurazione, avvertiva innanzitutto l'esigenza di consolidare il proprio potere, per la qual cosa vi era la necessità di creare uno Stato centrale solido e forte. Il modello costituzionale prussiano, o meglio germanico, era un modello molto più autoritario ed accentratore di quello britannico. La presenza di un Esecutivo forte avrebbe posto la burocrazia di Meiji al riparo dagli eccessi un parlamentarismo troppo spinto a cui il Giappone non poteva ancora essere pronto. Ancora, i poteri accordati al Monarca secondo il modello germanico, come per esempio quello di nominare e revocare il Primo Ministro, avrebbero ugualmente servito la causa nipponica, provvedendo alla creazione di un apparato statale forte e stabile, essendo per l'appunto la stabilità di governo uno dei principali obiettivi di quel nuovo Impero del Giappone che, rinato dall'isolazionismo dell'era Tokugawa, avrebbe voluto imporsi anche a livello internazionale, il che sarebbe stato soltanto un'utopia senza un governo interno forte.

Al fine di approfondire lo studio delle istituzioni e dei sistemi giuridici occidentali, in special modo di quello germanico, furono inviate diverse missioni all'estero, a cui presero parte i membri più influenti della nuova società Meiji. La prima missione fu la cosiddetta Ambasciata Iwakura, che ebbe anche il delicato compito di rinegoziare gli impari trattati con le potenze commerciali conclusi durante gli ultimi anni dello *Shogunato*, chiedendo altresì più tempo per conformarsi alle consuetudini e alle norme del diritto internazionale³⁰. L'Ambasciata prende il nome da Iwakura Tomomi, ambasciatore plenipotenziario accompagnato nel suo lungo viaggio, durante il quale avrebbe visitato i più importanti Paesi occidentali, dai suoi quattro vice: Itō Hirobumi, Kido Takayoshi, Ōkubo Toshimichi, Yamaguchi Masuka. La missione partì il 23 Dicembre 1871, il quarto anno dell'era Meiji, alla volta degli Stati Uniti, per poi proseguire verso la Gran Bretagna, la Francia, la Germania e la Russia. Durante la sfarzosa cerimonia in stile shintoista tenutasi nel porto di Yokohama, una folla festante salutò i cinque uomini, accompagnati dal proprio *entourage*, che si apprestavano a lasciare il sacro suolo nipponico a bordo di una vaporiera, pieni di speranze e di sogni di grandezza. Lo sfarzo della cerimonia ben può fare intuire quale fosse l'aspettativa della classe dirigente giapponese di fronte alla missione Iwakura, quasi che l'ambasciatore fosse partito alla conquista del misterioso Occidente, per poi ritornare con la soluzione ad ogni cura dell'Impero. Da notare

30 Cfr. I. P. AUSTIN, *Common Foundations of American and East Asian Modernisation: From Alexander Hamilton to Junichiro Koizumi*, Singapore, 2009, pp. 159-162.

che i membri dell'Ambasciata lasciarono ben presto i propri costumi tradizionali preferendo mostrarsi in pubblico con indosso abiti occidentali. Lo stesso Iwakura limitò il proprio uso dell'abito tradizionale alle sole occasioni ufficiali, preferendo in tutte le altre indossare un comune abito scuro ed un cilindro.³¹

Ciò che emerse da questa esperienza fu sostanzialmente una fiducia quasi ingenua dei Giapponesi nel sistema del diritto internazionale, così come in una comunità internazionale che in realtà era ben lungi dal voler accogliere il Giappone fra i grandi attori della politica internazionale. E la realtà si presentò ben presto per quello che era ai membri dell'Ambasciata quando, approdati sul suolo statunitense, ricevettero un cortese ma netto rifiuto per quanto riguardava la rinegoziazione dei trattati ineguali. Segnatamente, le potenze occidentali non avevano alcuna intenzione di perdere il privilegio della clausola della Nazione di maggior favore³². Più che un'equità di fondo, Iwakura e i suoi vice si resero conto che i membri della politica internazionale perseguivano ciò che più si conformava ai propri interessi, e ciò che ai nostri occhi può apparire come una realtà consolidata, produsse nei Giapponesi un progressivo cambiamento di prospettiva.

Essi, specialmente durante i loro giorni in Germania, realizzarono che la soluzione dell'arretratezza del Giappone non si sarebbe dovuta trovare in un sistema internazionale che non era stato in grado di fornire una risposta adeguata alle loro esigenze, ma piuttosto nel rafforzamento dell'ordinamento interno, in quanto solo uno Stato forte avrebbe potuto, un giorno, seguire le medesime logiche di politica di potenza che aveva fatto grandi i consolidati attori della politica internazionale. L'Impero avrebbe dovuto, quindi, raggiungere uno status tale da permettergli di sedere con rinnovato peso e prestigio al tavolo delle negoziazioni, e realisticamente ciò sarebbe potuto avvenire unicamente mediante il rafforzamento del potere. Affascinati dalla *realpolitik* bismarckiana, gli uomini di Meiji intuirono che solo una Costituzione ben strutturata avrebbe servito alla loro causa. Soprattutto Kido Takayoshi, frequentando i maggiori costituzionalisti tedeschi dell'epoca, realizzò quale fosse l'importanza di una Legge Fondamentale, così come intesa dall'Occidente, tanto da affermare che:

«Se consideriamo le nazioni del mondo, sia grandi che piccole, simili o dissimili, la chiave della loro prosperità o del loro fallimento, soprav-

31 Cfr. I. NISHI, *Japanese Foreign Policy, 1869-1942: Kasumigaseki to Miyakezada*², Londra, 2002, p. 20.

32 Ai cui sensi la clausola di maggior favore negoziata tra il Giappone ed uno Stato occidentale, si sarebbe automaticamente estesa a tutti gli altri. Tuttavia una clausola di reciprocità a favore del Giappone non era prevista.

*vivenza o rovina, risiede interamente in ciò che hanno fatto, o che non hanno fatto, per dotarsi di una Costituzione*³³»³⁴.

Dall'esperienza maturata in Occidente, e soprattutto in Germania, due furono le conclusioni tratte: non era più possibile rivolgersi alla comunità internazionale con la fiducia mostrata da Iwakura; e la Costituzione che si sarebbe dovuta adottare sarebbe dovuta essere una Costituzione autocratica, con ampi poteri concessi all'Imperatore e al suo apparato burocratico e amministrativo, perché solo in questo modo si sarebbe potuti passare senza traumatici sconvolgimenti da una società che sino a quel momento era stata assolutistica e feudale, ad una società che si proponeva un giorno di adottare un modello a sovranità se non altro condivisa con gli organi assembleari³⁵. E sotto questo aspetto, e alla luce di questi obiettivi, la Costituzione prussiana costituiva senza dubbio il miglior modello su cui basarsi.

Al suo ritorno, un anno e mezzo dopo la sua partenza, Iwakura non riportò il risultato sperato, ossia la rinegoziazione dei trattati ineguali; tuttavia tornò con una nuova consapevolezza, accompagnata da un certo disincanto per quanto riguarda le intenzioni dell'Occidente, una consapevolezza che sarebbe stata assai preziosa ulteriori missioni diplomatiche.

Negli anni immediatamente successivi al ritorno di Iwakura, il governo Meiji attraversò un periodo di relativa instabilità, dovuta a questioni internazionali, così come alle pressioni dei neonati movimenti per i diritti e per le libertà civili, che chiedevano una pronta risposta a quanto promesso negli articoli del Giuramento. Lo Stato Meiji, sin dall'inizio della Restaurazione, aveva promesso la creazione di una nuova società nipponica basata su una forma di governo parlamentare, ma quest'organo elettivo e rappresentativo di cui si era tanto parlato, a distanza di anni non era ancora stato creato. Le tasse, i divieti, le promesse non ancora mantenute, i trattati ineguali ancora in vigore, memoriali di protesta³⁶ provenienti da

33 Oggi il termine della lingua Giapponese per Costituzione è *Kempō*, ma nel presente estratto Kido usa il termine *Seiki Tensoku*, ossia «codice di regolamentazione del potere», ossia quel documento delineante la forma di distribuzione del potere fra le istituzioni dello Stato ed il loro esercizio: per una Costituzione che sia anche garanzia di diritti e libertà dell'individuo bisognerà attendere l'entrata in vigore della nuova Costituzione del 1947.

34 TAKII, *op. cit.*, p. 38.

35 Gli organi assembleari di cui all'art. 1 del Giuramento: le due Camere della Dieta Imperiale, ma anche, per esempio, il Consiglio Privato. Si intende in generale tutto ciò che sarebbe stato tale da limitare di fatto la sovranità del Governo centrale, o dell'Imperatore, che nonostante avesse recuperato i propri poteri, non avrebbe mai assunto il ruolo di sovrano assoluto come erano stati gli *Shogun*.

36 Risalente al 1874 è il Memoriale Tosa, che invocava la pronta introduzione di una forma di governo parlamentare, che rimarrà inascoltato, mentre del 1881 è il memoriale dell'ex Ministro delle Finanze Ōkuma Shigenobu. Quest'ultimo, invocante l'introduzione di un modello ricalcante quello britannico entro due anni, venne ritenuto dal Governo troppo

uomini all'interno della stessa oligarchia al potere, tutto concorse a creare una situazione di incertezza di cui esiti futuri non erano prevedibili. L'apice di tale periodo di instabilità e di relativa impopolarità del governo Meiji si ebbe nel 1877, con la ribellione di Satsuma³⁷, posta in essere dai *samurai* vessati dalle previsioni del Governo intese a limitarne l'influenza, e repressa nove mesi dopo.

Di fronte a tante pressioni, il Governo si vide costretto a proclamare la convocazione di un'assemblea eletta entro il 1890: impossibile sarebbe stato rimandare oltre, se si volevano evitare ulteriori rivolte e sconvolgimenti. Tuttavia, sarebbe stato indispensabile adottare antecedentemente a tale data una Legge Fondamentale, volta a regolare la distribuzione del potere tra le nuove Istituzioni, e a disciplinare altresì il funzionamento di tale assemblea elettiva. A questo fine, gli studi svolti da Iwakura durante i suoi viaggi si rivelarono insufficienti, e si pensò ad una seconda missione. Questa volta la scelta cadde su uno dei quattro vice di Iwakura: il Principe Itō Hirobumi. La scelta si mostrava come una scelta quasi obbligata, trovandosi Itō in una posizione di vantaggio non solo perché uomo di chiara intelligenza e più giovane di Iwakura, e di conseguenza più adatto del proprio predecessore a sopportare i disagi di un viaggio lungo e faticoso, ma anche perché già conoscitore della cultura occidentale, e soprattutto della lingua inglese, conoscenza che pochi altri al tempo potevano vantare. Partito nel 1882, al fine di non commettere gli stessi errori della prima missione, Itō decise fin da subito di approfondire lo studio del costituzionalismo di stampo prussiano, che meglio di ogni altro modello si sarebbe prestato alla concreta situazione del Sol Levante, in cerca di stabilità e di ordine.

A Berlino, incontrò l'eminente studioso Rudolf von Gneist³⁸, da cui apprese importanti nozioni su cosa fosse una Costituzione, e a quali obiettivi avrebbe dovuto tendere. In sei mesi di studi, la delegazione giapponese apprese da von Gneist che una Costituzione non era soltanto un documento legale costituito secondo una procedura riconosciuta, ma piuttosto lo spirito stesso di una Nazione, tanto incisiva nel delineare la forma di governo e la ripartizione dei poteri, da far dipendere dalle sue stesse previsioni il futuro della Nazione stessa. Vista la peculiare situazione del Giappone, von Gneist consigliò a Itō di adottare una Costituzione il più autocratica possibile, accordando il meno potere possibile all'assemblea elettiva, or-

radicale, e Ōkuma venne spinto a dimettersi dai propri incarichi pubblici. Cfr. M. B. JANSEN, *The Cambridge History of Japan, volume 5: the Nineteenth Century*, Cambridge, 1989, p. 657.

37 Si veda a tal proposito R. L. SIMS, *Japanese Political History since the Meiji Renovation, 1868-2000*, Basingtoke, 2001, pp. 36-38.

38 Discepolo di Savigny, illustre giurista nonché politico tedesco, fu Professore di Diritto Romano all'Università di Berlino, membro del Parlamento Prussiano e quindi del Reichstag.

mai di prossima convocazione. Una lunga e radicata storia parlamentare in Paesi come la Gran Bretagna aveva portato a certi risultati in ragione delle esperienze maturate nel corso di secoli, ma il Giappone non era certamente pronto per importare certi principi senza avere prima gettato le solide fondamenta di una Monarchia forte, stabile e sicura. Infatti, accordare ampi poteri ai partiti politici e all'assemblea, in special modo per quanto riguarda il bilancio dello Stato, sarebbe stato la porta della guerra civile³⁹.

Il conservatorismo di von Gneist avrà senza dubbio una profonda influenza sull'opera dei costituenti di Meiji, ma la personalità che forse più di ogni altra lasciò la propria impronta a questo proposito fu Lorenz von Stein, da cui Itō ebbe modo di intrattenersi a Vienna, dopo aver lasciato una Berlino che non aveva ancora dato una risposta a tutti i suoi interrogativi. Tanta influenza ebbe il Viennese sulla classe dirigente nipponica di quegli anni, che molti altri Giapponesi furono mandati ad approfondire le teorie costituzionali sotto la sua guida, dando così origine a quello che prese il nome di "pellegrinaggio Stein"⁴⁰.

Affascinato dallo studioso e dalle sue teorie sullo Stato come personalità volitiva, Itō trovò terreno fertile per sviluppare quella che sarà la base per redigere la Costituzione Meiji del 1889. Von Stein teorizzava uno Stato articolato in tre organi, che non avrebbero dovuto prendere il sopravvento l'uno sull'altro: un organo legislativo, uno esecutivo, e da ultimo la Corona. Compito della Costituzione, originata comunque da un irripetibile percorso storico e culturale diverso da Nazione a Nazione, sarebbe stato appunto quello di regolare il bilanciamento dei poteri tra questi tre pilastri dell'ordinamento statale, affinché ognuno agisse in armonia con gli altri senza intromettersi in sfere di competenza altrui.⁴¹ Il Sovrano, figura forte ed autonoma, sarebbe stato il simbolo dell'unità della Nazione, e non avrebbe dovuto possedere effettivi poteri di governo. Questa teoria ben si adattava al Trono del Crisantemo, ed in questa luce ben si può comprendere l'importanza che la burocrazia imperiale assumerà sotto le previsioni della Costituzione Meiji, burocrazia che avrebbe avuto il compito di estrinsecare la volontà del *Tennō* e di tradurre in atti concreti, come la decretazione imperiale, le sue direttive, supplendo alla sua mancanza di poteri politici effettivi. L'Imperatore avrebbe dovuto regnare, assommando in sé quindi tutti i diritti della sovranità⁴², ma non governare, onde evitare la perniciosa caduta in un assolutismo che un Giappone innovatore e modernizzato non

39 Si veda K. INOUE, *MacArthur's Japanese Constitution: a Linguistic and Cultural Study of its Making*, Chicago, 1991, p. 50.

40 «Dopo il ritorno di Itō in Giappone, Stein ricevette di fatto un ingente flusso di visitatori giapponesi in ciò che divenne noto come il pellegrinaggio Stein» TAKII, *op. cit.*, p. 85.

41 TAKII, *op. cit.*, p. 70 ss.

42 Si veda l'art. 4 della Costituzione Meiji.

avrebbe potuto tollerare, specie dopo le pressioni operate sugli autocrati di Meiji per l'istituzione dell'organo assembleare. Inoltre, secondo la visione di von Stein, per la peculiare situazione in cui versava il Giappone, tale assemblea elettiva avrebbe costituito un'esperienza talmente nuova per il Sol Levante da non essere in grado di seguire i rapidi cambiamenti sociali che il Paese stava attraversando, e che di lì a breve avrebbe attraversato. Come già affermato da von Gneist, un Parlamento forte, con un ampio ruolo da giocare, avrebbe senza dubbio indebolito la struttura dello Stato, che non avrebbe di conseguenza saputo rispondere efficacemente alle numerose istanze che si stavano profilando in quei tumultuosi anni⁴³. Questo compito sarebbe spettato all'Esecutivo, vera garanzia di quella stabilità di governo che il Giappone stava cercando. Un Sovrano forte ed indipendente, in un certo qual modo al di sopra degli altri poteri, e con al proprio servizio una burocrazia autocratica ed efficiente, un Esecutivo forte e stabile, ed un'assemblea elettiva i cui poteri sarebbero dovuti essere, per il momento, i più limitati possibili. Tutto ciò sarebbe concorso a delineare la forma di governo che, con poche differenze, sarebbe stata di lì a breve espressa nella prima, vera Costituzione dell'Impero del Giappone.

5 La nascita della Costituzione Meiji

Con una nuova prospettiva, e con gli occhi ormai aperti a quello che sarebbe stato il modello costituzionale per il proprio Paese, Itō tornò in Giappone nel 1883. Al suo ritorno, due delle personalità più illustri della Restaurazione erano scomparse dalla scena pubblica: il Ministro Ōkuma Shigenobu, in ragione delle sue posizioni parlamentaristiche eccessivamente radicali, era stato allontanato da ogni incarico di governo, mentre Iwakura Tomomi era passato a miglior vita. Di conseguenza, Itō si ritrovò ad essere il principale attore della politica nipponica di fine secolo, e grazie alle conoscenze acquisite durante il suo viaggio in Europa, era senza dubbio il punto di riferimento a cui l'oligarchia Meiji guardava per la necessaria ed imminente riforma delle istituzioni che avrebbe portato all'adozione della Costituzione.

Per prima cosa, il *Dajōkan*⁴⁴, il tradizionale organo di governo controllato dalla nobiltà feudale, venne abolito, in vista dell'introduzione di un

⁴³ Itō ebbe infatti modo di comprendere che «se si creasse un governo parlamentare, si dovrebbe ridurre il potere imperiale. Se si desse importanza al potere imperiale, non si potrebbe creare un governo parlamentare». Cfr. C. TSUZUKI, *The Pursuit of Power in Modern Japan, 1825-1995*, Oxford, 2000, pp. 103-104.

⁴⁴ All'interno sedevano nobili o *samurai* che venivano chiamati Consiglieri o Gran Consiglieri, suddivisi in sei dipartimenti (Affari Civili, Finanza, Guerra, Affari Esteri, Casa Imperiale, Giustizia), ognuno in genere guidato da un Principe della Casa Imperiale. Il posto

Gabinetto composto da una serie di Ministri di Stato, così come previsto dai sistemi politici occidentali. Lo stesso Itō Hirobumi, ormai la personalità più influente del suo tempo, assunse il ruolo di Primo Ministro. Come suggerito da von Gneist, ma soprattutto da von Stein, il Giappone aveva l'urgente necessità di creare una Monarchia forte, che fosse distinta ed autonoma dagli altri poteri. Nella visione del giurista viennese, il Sovrano avrebbe dovuto essere innanzitutto il simbolo dell'unità della Nazione, ma la personale intuizione di Itō lo portò a spingersi oltre, e a ritenere che «il Monarca non dovrebbe essere soggetto alla legge, né assoggettato alle pene» ma dovrebbe «governare il Paese da una posizione di inviolabilità»⁴⁵. Ciò anche in considerazione della sacralità quasi religiosa e ineffabile che l'Impero collegava alla Dinastia di Yamato e alla Monarchia.

Il reale potere di governo, fuori dai casi di necessità ed urgenza, sarebbe comunque spettato all'Esecutivo, i cui membri sarebbero stati sempre nominati dal *Tennō*. Lo spazio lasciato all'attività dei partiti politici e alla Dieta, sarebbe stato assai ridotto: in particolar modo si avvertiva il pericolo che un elettorato non ancora pronto ad assumersi il proprio ruolo, di fronte ad una situazione tanto delicata e mutevole, potesse eleggere quali propri rappresentanti persone che avrebbero facilmente potuto frenare, e finanche ostacolare, l'attività del Gabinetto, e quindi, per estensione, la volontà dell'Imperatore. In altre parole, sì ad un organo rappresentativo tale da rispondere alle richieste dell'opinione pubblica, ma no alla prematura creazione di un Legislativo il cui potere sarebbe facilmente sfuggito al controllo dei suoi detentori. L'indipendenza anche finanziaria della Casa Imperiale, avrebbe messo al riparo la Corona da eventuali restrizioni operate da una Dieta che avrebbe potuto essere contraria alla sua sacra opinione. E proprio nell'indipendenza di bilancio della Casa Imperiale è da individuarsi il cuore della tutela dell'Imperatore nel sistema costituzionale di Meiji: una Dieta sfavorevolmente orientata nei confronti del Sovrano avrebbe potuto facilmente negargli il necessario appoggio in sede di approvazione del bilancio, ma in questo modo, con un Imperatore che potesse disporre a piacimento delle proprie spese, si viene a creare un potere monarchico posto molto al di sopra del Legislativo. Ciò che sarebbe uscito da tale ben delineata visione era una forte e ristretta oligarchia, che aveva la pretesa di essere illuminata, alla guida di una Nazione in cui la volontà del Sovrano costituzionale, così come la sua linea politica, avrebbe comunque avuto una certa influenza, ancor di più per l'esteso apparato burocratico che tutto ciò avrebbe tradotto in atti concreti, come nel caso della decretazione imperiale.

di preminenza all'interno di tale organo era quello di Ministro della Destra. Cfr. BEASLEY, *op. cit.*, p. 336.

45 Itō Hirobumi a Iwakura Tomomi, 1882, cit. in TSUZUKI, *op. cit.*, p. 103.

Se anche la Costituzione Meiji si mostrava in larga misura simile alla Costituzione prussiana, la cui influenza era più che evidente nelle sue disposizioni fondamentali, Itō non mancò di seguire il consiglio di von Stein, secondo il quale la Costituzione di una Nazione avrebbe dovuto essere redatta tenendo conto della peculiare storia e tradizione della Nazione in questione. Ciò era una necessità ancor più pressante per il Giappone, se si considera come la Restaurazione avrebbe dovuto modernizzare il Paese mantenendolo comunque saldo nella propria millenaria tradizione. Di certo le parole del giurista viennese erano ben presenti nella mente del Primo Ministro quando, nel 1888, creò un organo pressoché unico nel suo genere, sconosciuto alla maggioranza degli altri modelli costituzionali europei, ma che ben si sarebbe adattato alle esigenze del nuovo Giappone. Si trattava del Consiglio Privato⁴⁶.

L'istituzione di un Consiglio Privato è presente al giorno d'oggi in diversi Paesi: oltre che nel Regno Unito, anche in Norvegia e Danimarca ed in diversi Stati africani. Tuttavia, l'unicità del Consiglio Privato del Giappone era dovuta al suo ruolo peculiare nella politica del Paese. Non solo, infatti, esso svolgeva funzioni consultive, ma come si vedrà, era altresì investito di un ruolo costituzionale. Inoltre, alla luce della particolare e delicata funzione della burocrazia nipponica, esso svolgeva un importante ruolo di bilanciamento dei poteri. Un limite incontrato dal Consiglio Privato era quello della legiferazione: a differenza di quanto avviene ancora oggi per il *Privy Council* del Regno Unito, investito della possibilità di emettere *Orders of Council*, il Consiglio Privato giapponese non ebbe mai il potere di legiferare, nemmeno a livello regolamentare. Tuttavia, a parte questo, l'influenza esercitata da tale organo sulla politica giapponese fu senz'altro maggiore di quella che il suo corrispettivo poté, e può tuttora, esercitare sulle politiche di altri Paesi. Ciò è dovuto sostanzialmente ad una ragione: la sacralità in cui la figura del *Tennō* era tenuta in Giappone, era tale da conferire una sorta di definitività alla parola di chi lo circondasse e di chi avesse il privilegio di avere uno stretto rapporto con lui, come nel caso dei più alti funzionari della burocrazia, uno su tutti il Lord Custode del Sigillo Privato⁴⁷. E la vicinanza del Consiglio alla Corona ne facevano uno degli organi più importanti dell'intero apparato statale. Inoltre, la prassi secondo la quale l'Imperatore raramente esercitava un diretto potere decisionale, demandandolo piuttosto all'oligarchia di governo, non faceva che rafforzare la posizione del Consiglio Privato, che insieme al Gabinetto finiva con

46 Per quanto riguarda il Consiglio e l'attività di Itō Hirobumi in questo nuovo organo assembleare, si veda D. KEENE, *Emperor of Japan: Meiji and His World, 1852-1912*, New York, 2002, p. 418 ss.

47 Il Lord Custode del Sigillo Privato, nell'ordinamento dell'Impero Giapponese, era il vertice della burocrazia imperiale, potentissima figura che spesso svolgeva la funzione di consigliere politico dell'Imperatore.

l'imporre l'indirizzo politico alla Nazione. Infatti, un compito affidato al Consiglio era appunto quello di assicurarsi che la persona dell'Imperatore non acquisisse eccessivo potere politico, a scapito dell'*élite* al potere, la stessa *élite* rappresentata nel Consiglio.

Istituito con ordinanza imperiale il 30 Aprile 1888, il Consiglio Privato dell'Impero del Giappone fu inizialmente investito del compito di predisporre una prima stesura del testo della Carta Costituzionale, e della Legge sulla Casa Imperiale. Tuttavia fu chiaro sin da subito, essendo esso stesso istituzionalizzato all'interno della Costituzione⁴⁸, che si trattava di un organo permanente, e dalla funzione assai più incisiva. Per quanto riguarda la sua composizione, è da notare che esso si componeva di un presidente, un vicepresidente e ventiquattro consiglieri, tutti nominati dall'Imperatore stesso⁴⁹. Sin da subito appare la stretta correlazione tra il Consiglio e il Trono, delineandosi il primo come un organo sostanzialmente consultivo del secondo. Ed è questa la funzione che la Costituzione stessa affida al Consiglio, organo deputato a svolgere un ruolo assai rilevante in concomitanza di crisi di governo, o dello scioglimento della Dieta, quando l'influenza dell'Imperatore risultava espansa in ragione della situazione di emergenza. Lo stretto contatto con il Sovrano, e la funzione consultiva in merito alle più importanti questioni di Stato, ponevano il Consiglio in una posizione di non comune privilegio, dal punto che una eventuale parola dell'Imperatore non avrebbe ammesso alcun parere contrario⁵⁰. Interessante è analizzare una seconda funzione del Consiglio, che tuttavia nella pratica ebbe minor rilievo di quella consultiva.

Secondo le previsioni del Principe Itō, il Consiglio avrebbe altresì dovuto vigilare sulla corretta applicazione delle norme costituzionali, che lo stesso organo aveva contribuito a redigere. Mediante l'emissione di pareri, il Consiglio si sarebbe pronunciato sulla corretta interpretazione delle disposizioni della Carta, garantendo anche una sorta di bilanciamento di poteri all'interno dell'*élite* di governo⁵¹. In particolar modo, avrebbe dovuto assicurare l'indipendenza del *Tennō* dalla politica, al fine di evitare che il Sovrano, pur posto in una posizione preminente, non andasse ad esautorare l'Esecutivo, ricadendo in un assolutismo dispotico che non sarebbe stato possibile conciliare con il nuovo assetto costituzionale.

48 "Su domanda dell'imperatore i consiglieri privati deliberano sugli affari importanti dello Stato, in conformità a ciò che è stabilito dal regolamento del Consiglio privato." Art. 56, Costituzione Meiji.

49 Inoltre, i Ministri di Stato sedevano per diritto all'interno del Consiglio. Cfr. T. TAKEUCHI, *War and Diplomacy in the Japanese Empire*, Abingdon, 2011, p. 31 f.

50 Si ricordi la risolutiva decisione del Primo Ministro Suzuki Kantarō di sottoporre la questione in merito all'accettazione della Dichiarazione di Potsdam all'Imperatore Shōwa, alla cui decisione nessuno poté obiettare.

51 Cfr. TAKEUCHI, *op. cit.*, pp. 32-37.

Come già detto, il ruolo di garante della Costituzione affidato al Consiglio ebbe, nella pratica, una rilevanza assolutamente marginale, ed anche in teoria, non sarebbe possibile assimilarlo ad una sorta di Corte Costituzionale. È da escludere infatti che il Consiglio Privato fosse in alcun modo un organo giurisdizionale, limitandosi ad esprimere pareri all'Imperatore. Un sindacato di costituzionalità non era in alcun modo previsto dalla Costituzione Meiji, ed anche qualora il Consiglio si fosse pronunciato in merito, il suo voto non avrebbe avuto alcuna efficacia sulla legge stessa, limitandosi a suggerire alle autorità competenti di provvedere. Inoltre, un organo formato da consiglieri nominati direttamente dal Sovrano, allora un potere ben lungi dall'essere meramente rappresentativo, sarebbe nato sin da principio carente di quell'indipendenza necessaria a farne un organo giudicante in materia costituzionale.

Una volta ultimata la riforma delle Istituzioni necessaria a delineare il nuovo assetto costituzionale, si poté procedere all'ufficiale promulgazione della Carta, ormai ultimata. L'11 Febbraio 1889, il ventiduesimo anno di Meiji, nel corso di una sfarzosa cerimonia⁵², venne promulgato, per così dire, l'intero sistema costituzionale dell'Impero, la stessa Costituzione vivente, che andava oltre il singolo documento giuridico. Come si è accennato, facevano parte della Costituzione Meiji, collocandosi ad un pari gradi gerarchico, tutta una serie di altre leggi promulgate in concomitanza della Carta vera e propria. Esse erano, per esempio, la Legge sulla Casa Imperiale⁵³, la Legge Finanziaria, il Regolamento della Camera dei Rappresentati e il Regolamento della Camera dei Pari, e la Legge Elettorale del Gabinetto.

Finalmente il Giappone aveva una prima, vera Costituzione, e avrebbe potuto l'anno successivo convocare la prima Dieta Imperiale, benché il suffragio fosse di fatto molto ristretto, ed il ruolo dei partiti politici fosse ridotto a ben poca cosa, su intelligente intuizione di Itō. Un ruolo di più effettiva rappresentanza della popolazione, si avrà a partire dal 1918, nel periodo Taishō, a seguito di quel breve ma genuino slancio verso una democrazia più rappresentativa, che si usa indicare appunto come "democrazia Taishō"⁵⁴.

Per quanto riguarda la forma di governo del Giappone di Meiji al tempo

52 Da notare che durante la cerimonia furono presenti elementi tipici della tradizione nipponica, sia elementi che rimandavano alla tradizione occidentale, come da divisa indossata dallo stesso Mutushito.

53 Tale legge, appunto di rango costituzionale, è un prezioso documento per comprendere il complesso ruolo dell'Imperatore nel nuovo assetto di potere. Si veda a tal proposito E. LOKOWANDT, *The Imperial House Law of 1889 and its Meaning for the Position of the Tennō in the Meiji State*, in *Leaders and Leadership in Japan*, a cura di I. Neary, New York, 1996, pp. 128-146.

54 Cfr. P.J. HERZOG, *Japan's Pseudo-Democracy*, New York, 1993, p. 9 f.

dell'introduzione della Costituzione, essa rappresenta una forma peculiare che, alla luce della particolare tradizione giapponese, non trova un corrispettivo in nessun modello tipico. Non è possibile parlare semplicemente di Monarchia costituzionale, in quanto essa presuppone un Monarca effettivamente titolare del potere esecutivo ed effettivamente incaricato di imporre l'indirizzo politico, cosa che, benché prevista dalla Carta, non tendeva a verificarsi nella prassi. Né si può parlare di forma di governo parlamentare, in quanto essa presupporrebbe un rapporto di fiducia tra il Governo e la Dieta Imperiale, rapporto non esistente nel Giappone di allora⁵⁵. Potremmo parlare di una sorta di Monarchia costituzionale corretta, in cui il ruolo della Corona si limiti sostanzialmente alla nomina dei Ministri di fiducia, e all'esercizio di un'influenza più spirituale e culturale che politica. Potremmo parlare di una *Monarchia oligarchica*, in un cui una ristretta classe dirigente guidava lo Stato dagli scranni di un Esecutivo forte e stabile, e dall'onnipresente burocrazia imperiale. Infatti, in Giappone non si sviluppò mai, nemmeno negli anni del regime militarista, né il culto della personalità nei confronti di una guida carismatica, né la tendenza all'accentramento del potere nelle mani di una sola persona⁵⁶, se non piuttosto di una stretta oligarchia.

La forma di governo delineata dalla Costituzione Meiji rimarrà formalmente in vigore sino alla promulgazione della nuova Costituzione, nel 1947, anche se di fatto l'assetto dei poteri cambierà molto, nell'era Meiji, nell'era Taishō, e nei primi anni dell'era Shōwa, sino all'avvento del regime autoritario dei militaristi. Questi ultimi, pur lasciando invariata la Costituzione, arrivarono a creare una forma di governo radicalmente diversa da quella prospettata al tempo della promulgazione della Carta, una forma di governo in cui la totalità dei poteri era concentrata nelle mani del Gabinetto, dell'Esercito, e della Burocrazia, con un ruolo pressoché nullo dei partiti politici, con una Dieta asservita all'Esecutivo, e con un Imperatore preso a pretesto ed emblema delle scelte effettuate, relegato nel proprio palazzo, o del tutto assente dalla scena politica, o addirittura velatamente connivente con le radicali vie intraprese dal Governo dei militaristi⁵⁷.

55 Per un'approfondita classificazione delle forme di governo in questione, si veda il testo essenziale di M. VOLPI, *Libertà e Autorità: la classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, 2007, pp. 97-103.

56 Sulla scena politica si alternarono sempre diverse figure eminenti, senza che ciò portasse alla netta prevalenza di una sulle altre. Anche lo stesso Generale Tōjō Hideki, forse la figura che più rappresentò l'accentramento del potere negli anni di regime, non fu mai riconfermato nel ruolo di Primo Ministro, preceduto da Konoe e seguito da Koiso. Questa tendenza all'alternanza a capo dell'Esecutivo restò viva anche dopo la guerra, e sino ad oggi. Il caso di Yoshida Shigeru, cinque volte Primo Ministro, rappresenta infatti un caso del tutto eccezionale, che può essere paragonato solo a quello del Principe Itō.

57 Yoshida, che nella sua visione conservatrice avrebbe optato per il mantenimento della Costituzione Meiji senza alcuna revisione, affermerà che essa Costituzione non aveva nulla

Tale deriva fu anche dovuta alle previsioni generali della Costituzione del 1889, in cui un efficace strumento di bilanciamento del potere non era previsto. La necessità di un Governo stabile e forte, e di un Monarca al di sopra di tutto e di tutti, aveva portato i costituenti a prevenire i rischi di un parlamentarismo a cui il Paese non era pronto, ma non prevedendo l'eventualità di un tale accentramento di potere nella mani di così pochi. Tutto ciò, con tutta probabilità, non sarebbe accaduto se più strette fossero state le maglie della Costituzione Meiji, i cui ampi e non garantiti rimandi alla legge ordinaria, e le cui eccessive deroghe in casi di necessità e di urgenza, portarono i detentori del potere all'elusione di numerose previsioni costituzionali nel corso degli anni a venire, e fino alla fine della Seconda guerra mondiale. Inoltre, la Costituzione affidava all'Imperatore un ruolo non ben definito, dai poteri non ben delimitati, un ruolo che formalmente lo faceva titolare di ogni sovranità, ma che in pratica poteva essere suscettibile di diverse interpretazioni, a seconda della peculiare situazione politica e sociale. La dubbia responsabilità di Hirohito non fu mai del tutto chiarita anche perché ben poco aiuto poteva offrire una Costituzione che sul punto diceva tutto e niente, disciplinando l'ampio potere di un Imperatore effettivamente sovrano, ma che per prassi non esercitava il proprio potere, se non in caso di necessità ed urgenza.

Del resto, la Costituzione Meiji era nata per un precipuo scopo: regolare e stabilizzare il Paese affinché fosse governabile e forte, tanto da farlo annoverare tra le grandi Nazioni del mondo che si considerava civilizzato. Il principale scopo della Costituzione non era quello di riconoscere diritti all'individuo, o meglio al suddito, e di porlo al riparo dai poteri dello Stato. La Costituzione Meiji era nata per lo Stato, prima che per l'individuo, e

che contrastasse con la democrazia, ma che anzi una effettiva democrazia era ciò che lo Stato Meiji, attraverso la sua promulgazione, aveva promesso alla popolazione giapponese. Il regime aveva soppresso ogni libertà e diritto in quanto lo spirito della Carta sarebbe stato tradito, e le promesse fatte al tempo della sua creazione, non mantenute. Cfr. S. YOSHIDA, *Yoshida Shigeru: Last Meiji Man* (già *The Yoshida Memoirs: The Story of Japan in Crisis*), Lanham, 2007 (prima edizione 1961), p. 139. Benché per molti, come per T. NISHI (*Unconditional Democracy: Education and Politics in Occupied Japan 1945-1952*, Stanford, 1982, p. 118), tale visione non sia sostenibile, ad avviso di chi scrive la Costituzione Meiji, pur essendo una Costituzione autocratica e delineante un Esecutivo radicalmente al di sopra del Legislativo, avrebbe potuto porre effettivamente le premesse per la creazione di una società che gradualmente si sarebbe potuta avviare verso la democrazia, se solo nelle sue previsioni si fosse previsto qualche organismo di controllo delle sue disposizioni, dotato di un'incisività superiore di quanta non ne ebbe in merito il Consiglio Privato, e se solo il suo spirito, lo spirito di quella volontà riformatrice e modernizzatrice che caratterizzò il regno di Meiji, non fosse andato incontro ad una progressiva evoluzione nel corso degli anni, orientandosi verso visioni autoritarie. Quindi, la visione di Yoshida sarebbe anche condivisibile, potendosi forse aggiungere che se colpa si può trovare nella Costituzione Meiji, essa non è tanto quella di prevedere una forma di governo eccessivamente rigida ed accentrata, ma piuttosto quella di essere carente dal punto di vista del controllo delle disposizioni costituzionali e di essere, per certi aspetti, eccessivamente generica e quindi eludibile.

l'elusione che delle sue norme che fu perpetrata durante gli anni dell'autoritarismo ci può far stupire sino ad un certo punto.

La Costituzione come garanzia dei diritti e come limite ai poteri, era qualcosa che ancora non poteva entrare a far parte del patrimonio giuridico del Giappone⁵⁸, di quel Giappone che solo allora si stava affacciando sulle rotte di un mondo più ampio e più sviluppato. Il Sol Levante, grazie alla classe dirigente degli uomini di Meiji, era in fine riuscito nel suo ambizioso progetto di modernizzazione dello Stato, provvedendo a dotarsi di una Costituzione e di Istituzioni statali mutate dall'Occidente, ma calate su di un contesto culturale giapponese, in un connubio relativamente stabile e coerente.

La sfida che la Restaurazione aveva iniziato, e che era passata necessariamente attraverso la creazione di un sistema giuridico e costituzionale, aveva portato l'Arcipelago ad affacciarsi all'Ovest, e ad ambiare ad un seggio tra gli attori della politica internazionale. Dopo l'entrata in vigore della Costituzione Meiji, e dopo la creazione di un sistema istituzionale così delineato, le sfide del futuro erano ancora tutte da affrontare.

6 Conclusioni

Nel 1947 il Giappone, dopo la sconfitta nel secondo conflitto mondiale, adotterà la sua seconda Costituzione. La seconda Carta costituzionale verrà redatta in larga misura dalle forze di occupazione statunitensi, modificando l'assetto del potere e prevedendo numerosi controlli per prevenire il ritorno dell'autoritarismo che aveva contraddistinto gli anni del regime militarista. Tuttavia, la Costituzione del 1947 avrà un notevole successo, e nonostante fosse stata redatta dagli occupanti, non venne mai percepita come il frutto di un'imposizione culturale. Questo a motivo del fatto che, proprio grazie al lavoro dei costituenti di Meiji, il Giappone era già dotato di quelle categorie e di quelle strutture giuridiche tali da poter coerentemente iscrivere il proprio sistema legale nell'ambito di una cornice costituzionale.

La genesi della nuova Costituzione, in altre parole, e nonostante le controversie che si vennero a creare in materia⁵⁹, fu assai meno travagliata di

⁵⁸ Si aggiunga però che tale visione giuridica, caratterizzata da una Costituzione come delineante una forma di Stato prima che come baluardo di diritti del cittadino, era largamente diffusa in tutti i Paesi liberali d'Europa, non diversamente nel nostro Statuto Albertino.

⁵⁹ Tre furono infatti i progetti costituzionali: uno del Principe Konoe Fumimaro, uno del Comitato Matsumoto, e in fine quello dello SCAP del Generale McArthur, che fu la scelta adottata. Vi furono inoltre quanto ritenevano non necessaria una revisione costituzionale, sulla base delle previsioni della Costituzione Meiji che potevano comunque adattarsi ad un contesto democratico così come pensato dagli occupanti.

quella del secolo precedente. I costituenti di Meiji, infatti, avevano portato avanti lo straordinario compito della creazione di un nuovo modello costituzionale partendo da un contesto sociale radicalmente diverso, totalmente altro, e che nulla aveva in comune con quello occidentale, da quale necessariamente sarebbe stato necessario apprendere la scienza giuridica del futuro. La sfida dell'efficienza, e della coerenza di questo sistema mutuato dall'Occidente ma calato sul contesto nipponico, era senza dubbio qualcosa di imponente, se si considera ancora una volta che si dovette partire con l'importare la stessa nozione di Legge, sconosciuta al Giappone *shogunale*, almeno secondo le categorizzazioni occidentali. Rispetto al lavoro svolto dai costituenti di Meiji, quindi, quanti parteciparono all'adozione della Costituzione del 1947 trovarono già il terreno spianato, proprio per il fatto che un contesto costituzionale già esisteva.

Alla luce di quanto detto, si può senza dubbio affermare che l'esperimento costituzionale di Meiji fosse riuscito. L'oligarchia al potere riuscì nell'ambizioso intento non tanto di adottare una Costituzione, ma di trasformare coerentemente lo Stato in uno Stato costituzionale. Se si considerano altri contesti non occidentali in cui la costituzionalizzazione dello Stato e del sistema giuridico ha comportato profonde incoerenze di sistema, non si può non notare come il Giappone, al contrario, abbia portato fino in fondo la propria profondissima riforma legale, fondando un sistema costituzionale che dura sino ad oggi. Sovente, infatti, operazioni di importazione di categorie giuridiche non autoctone calate in contesti culturali eterogenei possono comportare discrasie difficilmente componibili, almeno quando non si provveda, pazientemente e scrupolosamente, alla preparazione del terreno innanzitutto categoriale e giuridico necessario allo sviluppo di un sistema costituzionale.

I costituenti di Meiji, da questo punto di vista, approfondirono con la massima attenzione i sistemi costituzionali occidentali, non limitandosi ad imporre una Carta fondamentale sul contesto giuridico nipponico, ancora al centro di una profonda trasformazione. Essi, al contrario, si preoccuparono della coerenza di fondo del sistema giuridico, consapevoli del fatto che sarebbe stato necessario rifondare da principio l'intero ordinamento giuridico, e non limitarsi ad aggiungervi o a sottrarvi singole parti. Da questo punto di vista, quella dei costituenti di Meiji fu senza dubbio una visione globale e omogenea, che seppe proprio per questo dimostrarsi coerente con se stessa e resistente agli sconvolgimenti storici, nonostante la progressiva elusione di alcune sue previsioni durante gli anni di regime. In conclusione, quella degli oligarchi di fine Ottocento fu non tanto l'introduzione di un atto normativo, ma di un intero ordinamento, in armonia nelle varie parti che lo componevano.

Se da una parte, come già detto, l'esperimento riuscì in ragione dell'omnicomprensività della visione dei costituenti, dall'altra è anche vero che parte del merito va senza dubbio al connubio tra visione costituzionale e

cultura autoctona giapponese. Come appreso dagli uomini di Meiji, infatti, una Costituzione non poteva essere semplicemente importata da un contesto diverso da quello sul quale avrebbe dovuto dispiegare i propri effetti, ma avrebbe dovuto tener conto delle peculiarità culturali e storiche della società. Così, se da un lato la costituzionalizzazione fu la coerente trasposizione in Giappone di un modello mutuato dall'Occidente, non bisogna comunque dimenticare come la costituzionalizzazione avvenne sempre in armonia con le particolarità della millenari tradizione nipponica, soprattutto in ragione del ruolo peculiare che il *Tennō* giocava nel contesto politico.

Se si dovessero indagare le ragioni del successo dell'avventura costituzionale giapponese al tempo di Meiji, quindi, esse andrebbero identificate in due atteggiamenti dei costituenti. In primo luogo, nell'ordinamentale dell'azione degli oligarchi, intesa come visione globale e coerente con lo scopo da raggiungere, e non limitata all'adozione di singoli atti normativi non in armonia con il contesto giuridico generale. In secondo luogo, come detto, con l'adattamento del nuovo contesto costituzionale alle tradizioni culturali autoctone. Quest'ultimo punto è qualcosa di estremamente delicato se si considera come, spesso, modelli costituzionali ibridi, sospesi tra il contesto occidentale d'origine e la contaminazione con culture radicalmente diverse, hanno condotto ad esiti incoerenti e profondamente dubbi⁶⁰. Questo, tuttavia, non è stato il caso della Costituzione Meiji, proprio in ragione della doppia linea di azioni dei nuovi oligarchi: da una parte, modernizzare la Nazione e apprendere dall'Occidente, dall'altra mantenere la cultura tradizionale nipponica scevra da contaminazioni esterne.

L'esperimento costituzionale di Meiji, quindi, è qualcosa di fondamentale importanza per il sistema legale giapponese, proprio perché è in quegli anni che si deve individuare la fondazione dell'ordinamento giuridico nipponico, così come concepito ancora oggi. È nella Costituzione Meiji, infatti, che si deve individuare l'inizio dell'avventura del Giappone tra il novero degli attori della politica internazionale.

60 Si pensi, a titolo di esempio, alle Costituzioni del mondo islamico e alle contaminazioni dovute all'ingerenza della normativa religiosa all'interno della cornice costituzionale, i cui esiti sono spesso contraddittori e incoerenti.

Osservatorio

**CASSAZIONE CIVILE, sezioni unite,
6 marzo 2015, n. 4628**
Rovelli Presidente – D’ascola Relatore

Preliminare di preliminare di vendita immobiliare – Causa in concreto – Meritevolezza di tutela – Ammissibilità (Codice civile: artt. 1351, 2932).

In presenza di contrattazione preliminare relativa a compravendita immobiliare che sia scandita in due fasi, con la previsione di stipula di un contratto preliminare successiva alla conclusione di un primo accordo, il giudice di merito deve preliminarmente verificare se tale accordo costituisca già esso stesso contratto preliminare valido e suscettibile di conseguire effetti ex artt. 1351 e 2932 c.c. ovvero anche soltanto effetti obbligatori ma con esclusione dell’esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento. Riterrà produttivo di effetti l’accordo denominato come preliminare con il quale i contraenti si obbligano alla successiva stipula di un altro contratto preliminare, soltanto qualora emerga la configurabilità dell’interesse delle parti a una formazione progressiva del contratto basata sulla differenziazione dei contenuti negoziali e sia identificabile la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare. La violazione di tale accordo, in quanto contraria a buona fede, potrà dar luogo a responsabilità per la mancata conclusione del contratto stipulando, da qualificarsi di natura contrattuale per la rottura del rapporto obbligatorio assunto nella fase precontrattuale.

(Omissis)

MOTIVI DELLA DECISIONE – 3) Con unico complesso motivo di ricorso i promittenti venditori denunciano violazione e falsa applicazione degli artt. 1321, 1322, 1324, 1351, 1362 ss., 1374, 2697, 2932 c.c. e invocano le opinioni dottrinali e giurisprudenziali che, contrapponendosi alla corrente di pensiero accolta dai giudici di merito, ha riconosciuto “del tutto ammissibile e lecita la figura del preliminare di preliminare”. Sostengono che non può essere negato che sussista un interesse delle parti a creare un “impegno provvisorio”, scindendo la contrattazione preparatoria del contratto definitivo di vendita dell’immobile in due fasi.

Affermano che la Corte di Appello si è erroneamente allineata alle tesi che ritengono nullo per mancanza di causa il c.d. preliminare di prelimi-

nare, le quali ignorano il concreto svolgersi delle negoziazioni immobiliari e le esigenze della pratica.

Ricordano che il contratto per cui è causa, intitolato “Dichiarazione preliminare d’obbligo”, conteneva gli elementi essenziali del negozio e prevedeva la stipula di un “regolare preliminare di vendita”, qualora il Banco di Napoli avesse dato assenso alla liberazione dall’ipoteca.

Parte ricorrente deduce che per “regolare preliminare” doveva intendersi “formale preliminare”, espressione che assume oggi maggior significato in relazione alla possibilità di trascrivere i preliminari redatti “in base alla legge 28 febbraio 1997 n. 30”. Evidenzia la apprezzabilità dell’interesse che le parti avevano a conoscere, nel percorso negoziale di progressivo avvicinamento, le decisioni dell’istituto bancario che vantava l’ipoteca.

Il ricorso, che è concluso da congruo e concreto quesito, redatto ex art. 366 *bis* c.p.c., e completato da altra censura per contraddittorietà della motivazione, è fondato.³) La Seconda Sezione ha ritenuto opportuno interpellare le Sezioni Unite, svolgendo le seguenti considerazioni:

“Il Collegio non ignora che questa S.C. ha già avuto occasione di affermare che il contratto in virtù del quale le parti si obbligano a stipulare un successivo contratto ad effetti obbligatori (ovvero un contratto preliminare di preliminare) è nullo per difetto di causa, non essendo meritevole di tutela l’interesse di obbligarsi ad obbligarsi, in quanto produttivo di una inutile complicazione (sent. 2 aprile 2009 n. 8038, seguita, senza ulteriori approfondimenti da Cass. 10 settembre 2009, n. 19557).

Ritiene, tuttavia, che tale orientamento, nella sua assolutezza, potrebbe essere meritevole di precisazioni, con riferimento alle ipotesi che in concreto possono presentarsi.

In primo luogo, potrebbe dubitarsi della nullità del contratto preliminare il quale si limitasse a prevedere un obbligo di riproduzione del suo contenuto al verificarsi di determinate circostanze, come nel caso di specie, in cui la stipulazione di un “regolare contratto preliminare” era subordinata al consenso del Banco di Napoli alla cancellazione dell’ipoteca gravante (anche) sulla porzione immobiliare promessa in vendita.

Ma quello che più conta è che il contratto preliminare di contratto preliminare non esaurisce il suo contenuto precettivo nell’obbligarsi ad obbligarsi, ma contiene – come nel caso di specie – anche l’obbligo ad divenire alla conclusione del contratto definitivo. Ora, appare difficile, in considerazione del principio generale di cui all’art. 1419, co. 1 c.c., ritenere che la nullità dell’obbligo di concludere un contratto preliminare riproduttivo di un contratto preliminare già perfetto possa travolgere anche l’obbligo, che si potrebbe definire finale, di concludere il contratto definitivo”.

La sentenza 8038/09, alla quale l’ordinanza di rimessione fa riferimento, aveva così argomentato: “l’art. 2932 c.c. instaura un diretto e necessario collegamento strumentale tra il contratto preliminare e quello definitivo,

destinato a realizzare effettivamente il risultato finale perseguito dalle parti. Riconoscere come possibile funzione del primo anche quella di obbligarsi.. ad obbligarsi a ottenere quell'effetto, darebbe luogo a una inconcludente superfetazione, non sorretta da alcun effettivo interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ben potendo l'impegno essere assunto immediatamente: non ha senso pratico il promettere ora di ancora promettere in seguito qualcosa, anziché prometterlo subito.

Né sono pertinenti i contrari argomenti esposti dai ricorrenti: in parte non attengono al reciproco rapporto tra le parti del futuro contratto definitivo, ma a quelli tra ognuna di loro e l'intermediario che le ha messe in relazione, sicché non riguardano il tema in discussione; per il resto prospettano l'ipotesi di un preliminare già riferentesi al definitivo e da rinnovare poi con un altro analogo negozio formale, il che rappresenta una fattispecie diversa da quella del pre preliminare, di cui si è ritenuta in sede di merito l'avvenuta realizzazione nella specie.

Correttamente, quindi, nella sentenza impugnata, esclusa la validità dell'accordo raggiunto dalle parti, ha ritenuto che esse si trovassero, in relazione al futuro contratto preliminare, nella fase delle trattative, sia pure nello stato avanzato della puntuazione, destinata a fissare, ma senza alcun effetto vincolante, il contenuto del successivo negozio".

Il confronto tra i provvedimenti soprariportati costituisce già eloquente documentazione delle incertezze che da qualche decennio agitano la dottrina e la giurisprudenza in ordine all'ammissibilità del c.d. contratto preliminare di preliminare.

Si contrappongono infatti un orientamento che si può definire tradizionale, rispecchiato da Cass., 2 aprile 2009, n. 8038, che diffida (di "una certa diffidenza" discute per prima Pret. Bologna, 9 aprile 1996, *Giur. it.*, 1997, I, 2, p. 539 ss.) della configurabilità di un momento contrattuale anteriore al preliminare e un orientamento più possibilista, che considera benevolmente le ipotesi di c.d. "preliminare aperto" e ritiene possibile una tripartizione delle fasi che conducono alla stipula del definitivo.

Un'analisi più approfondita della esperienza giurisprudenziale e dell'evoltersi del dibattito dottrinale può consentire di svelare contrasti solo apparenti, di riavvicinare le posizioni e di delineare senza schematismi i limiti in cui può espandersi l'autonomia privata.

In giurisprudenza viene affermato che:

in tema di minuta o di puntuazione del contratto, qualora l'intesa raggiunta dalle parti abbia ad oggetto un vero e proprio regolamento definitivo del rapporto non è configurabile un impegno con funzione meramente preparatoria di un futuro negozio, dovendo ritenersi formata la volontà attuale di un accordo contrattuale; per tale valutazione, ben può' il giudice far ricorso ai criteri interpretativi dettati dagli artt. 1362 ss. c.c., i quali mirano a consentire la ricostruzione della volontà delle parti, operazione che non assume carattere diverso quando sia questione,

invece che di stabilirne il contenuto, di verificare anzitutto se le parti abbiano inteso esprimere un assetto d'interessi giuridicamente vincolante, dovendo il giudice accertare, al di là del *nomen iuris* e della lettera dell'atto, la volontà negoziale con riferimento sia al comportamento, anche successivo, comune delle parti, sia alla disciplina complessiva dettata dalle stesse, interpretando le clausole le une per mezzo delle altre. (Cass. 2720/09)

Stabilire se la formazione di un accordo che riguardi solo i punti essenziali del contratto di compravendita (Cass. 23949/08; 2473/13; 8810/03; 3856/83) sia sufficiente a costituire un contratto preliminare suscettibile di esecuzione coattiva ex art. 2932 c.c. è questione di fatto che può risultare di difficile discernimento.

Si rinvengono infatti non poche massime secondo le quali ai fini della configurabilità di un definitivo vincolo contrattuale, è necessario che tra le parti sia raggiunta l'intesa su tutti gli elementi dell'accordo, non potendosi ravvisare pertanto la sussistenza là dove, raggiunta l'intesa solamente su quelli essenziali ed ancorché riportati in apposito documento, risulti rimessa ad un tempo successivo la determinazione degli elementi accessori (Cass. 14267/06; 11371/10).

Questo secondo filone giunge ad affermare che anche in presenza del completo ordinamento di un determinato assetto negoziale può risultare integrato un atto meramente preparatorio di un futuro contratto, come tale non vincolante tra le parti, in difetto dell'attuale effettiva volontà delle medesime di considerare concluso il contratto (Cass., 910/05; 20701/07).

La questione rimessa oggi alla Corte non riguarda il rilievo della volontà nella conclusione del contratto e se essa sia la sola via per stabilire quando il preliminare venga definitivamente formato: è chiesto invece di indagare sulla dinamica degli accordi contrattuali in tema di compravendita immobiliare. È infatti evidente già da questa prima ricognizione quale sia l'incertezza del confine tra atto preparatorio e contratto preliminare, incertezza alimentata da una accentuata polarizzazione tra contratto preliminare (vincolante) da un lato e diniego di rilevanza negoziale, per difetto della causa, di accordi prodromici al preliminare, i quali al più vengono qualificati semplice "puntuazione". Occorre pertanto stabilire se e in quali limiti sia riconosciuto nell'ordinamento un accordo negoziale che rimandi o obblighi i contraenti a un contratto preliminare propriamente detto.

La problematica risulta affrontata più volte nella giurisprudenza di merito. Il Tribunale di Salerno, con sentenza del 23 luglio 1948 (*Dir. giur.*, 1949, 101), ebbe ad affermare che la legge, nel fissare i due tipi fondamentali di contratti (preliminare e definitivo), esclude l'esistenza di un contratto preliminare relativo ad altro preliminare, il quale dovrebbe comunque rispettare il requisito di forma di cui all'art. 1351 c.c. Il Tribunale di Napoli (23.11.1982 in *Giust. civ.* 1983, 1, 283; 21.2.1985 n. 1480 *Dir. giur.* 1985, 725) ha aggiunto che il contratto con cui le parti si impe-

gnano a stipulare un futuro contratto preliminare di analogo contenuto è nullo per mancanza di causa, "difettando di ogni funzione economica meritevole di tutela". La trattatistica censisce vari altri casi (tra i quali: App. Genova 21.2.2006, *Obbl. contr.*, 2006, 648; App. Napoli 1.10.2003, *Giur. mer.*, 2004, 63) che riecheggiano queste convinzioni. 4.1.1).

Altre volte la giurisprudenza partenopea si è orientata in senso opposto. App. Napoli 11 ottobre 1967, (*Dir. giur.* 1968, 550) ha ritenuto che "in virtù del principio dell'autonomia negoziale" sia ammissibile un regolamento contrattuale che preveda, dopo la prima intesa scritta, un'ulteriore scansione temporale, con la stipulazione del contratto preliminare, legata al versamento di una caparra (Trib. Napoli 28 febbraio 1995, *Dir. giur.* 1995, 163) muovendo dallo stesso presupposto ha considerato meritevole di tutela "il contratto preliminare del preliminare qualora lo stesso costituisca un momento ben caratterizzato dell'iter progressivo per il raggiungimento del compiuto regolamento di interessi".

In altri casi i giudici di merito hanno espressamente ritenuto di non avventurarsi nella analisi, poiché hanno ravvisato già nel primo contratto gli elementi sufficienti a qualificare come preliminare ex art. 1351 c.c. L'accordo documentato (Pret. Firenze 19.12.1989, *Giur. mer.*, 1990, 466) ovvero, all'opposto, la configurabilità di una condizione sospensiva, il cui mancato avveramento impedisce il perfezionamento della fattispecie negoziale (Trib. Firenze, 10 luglio 1999, *Nuovo dir.*, 2000, 487).

Queste oscillazioni mettono capo, come la giurisprudenza citata sub 3.3, al tema dell'identificazione del contratto preliminare e preannunciano il diffondersi di problematiche relative alla contrattazione in materia di vendita immobiliare, settore che ha segnato la fortuna del contratto preliminare nel nostro ordinamento.

Prima di esaminare le valutazioni dottrinali in questa materia è quindi opportuno stabilire che solo questo è il campo di indagine, restando esclusi - e da salvaguardare - altri istituti di confine.

Intorno al 1970, nel fissare le fondamenta concettuali del contratto preliminare, la dottrina ha avuto cura di distinguerli e di segnalare che il contratto preliminare non è "un recipiente di comodo" in cui inserire gli istituti dagli incerti confini.

Va pertanto esemplificativamente ricordato che: la figura dell'opzione di contratto preliminare, di origine dottrinale (ma v. Cass., 1071/67), è un'ipotesi di "possibile allargamento della sfera di applicazione del patto di opzione" (per la distinzione, cfr. Cass., 8564/12).

Il patto di prelazione ha lo scopo essenziale di impedire che il promittente concluda un contratto con un terzo anziché con il beneficiario del patto: non sembra quindi una figura diretta alla conclusione del contratto, come il preliminare, ma alla scelta del contraente, ancorché in giurisprudenza venga qualificato come preliminare unilaterale (Cass. 3127/12).

Anche il patto di contrarre con il terzo non può essere confuso con le

ipotesi che ci occupano di pattuizione anteriore al preliminare, categoria al quale è estraneo, per il motivo determinante che non vi è ancora - con questo patto - una manifestazione di consenso intorno a un regolamento di interessi, ma una volontà manifestata a un soggetto diverso dal terzo con cui si dovrà in futuro contrarre.

Il vero insorgere della problematica è stato determinato dall'evoluzione della contrattazione immobiliare e dell'attività di mediazione professionalmente gestita. La complessità dei contatti, delle verifiche da effettuare, da un lato per saggiare la serietà dei proponenti, dall'altro per accertarsi della consistenza del bene e dell'affidabilità dei contraenti, hanno di fatto portato a una frequente tripartizione delle fasi contrattuali. Una prima fase in cui, a volte con la formula, almeno dichiarata, della proposta irrevocabile, l'aspirante acquirente offre un certo corrispettivo per l'acquisto del bene, atto che viene riscontrato dalla accettazione o dal rifiuto del proprietario. Una seconda, espressamente prevista, di stipula del contratto preliminare propriamente detto. La terza, costituita dall'indispensabile rogito notarile con il saldo del prezzo.

La pratica degli affari ci consegna una incalcolabile serie di varianti: inseguirle, è stato spiegato, sarebbe ozioso impegno di un giurista da tavolino.

Alla variabilità della modulistica dei mediatori si aggiunge infatti la inesauribile creatività dei contraenti, assistiti o meno da consulenti legali.

Il quesito che occorre risolvere concerne la configurabilità di due fasi anteriori al rogito o comunque all'atto traslativo, giustificabili l'una rispetto all'altra allo stesso modo in cui venne a suo tempo giustificata la "scissione" del contratto preliminare rispetto al definitivo.

Si vuol dire che la "scissione", in alcuni casi, dimostra che le parti sono incerte e intendono meglio orientarsi, cosicché essa risponde all'esigenza di "fermare l'affare", ossia di dare vincoli giuridici all'operazione economica condivisa negli elementi essenziali, restando però, per una delle parti (di regola il compratore) l'esigenza di verificare con certezza la praticabilità dell'operazione, prima ancora che di definirla in termini più precisi e articolati.

Ciò può avvenire sovente sui seguenti punti:

A) assumere elementi di conoscenza sulla persona della controparte (es., se è imprenditore o comunque persona solvibile; escludere vicinanze "mafiose", etc.). Si tratta di elementi che non potrebbero, ove conosciuti come negativi, essere adottati a motivo di risoluzione di un contratto già concluso o forse neppure essere portati a conoscenza della controparte stessa, ragione per cui è necessario non dare carattere di assolutezza al vincolo.

B) verificare con precisione lo stato della cosa;

C) verificare la situazione urbanistica e svolgere le altre visure e ricerche necessarie.

Il ragionamento al quale si è rifatta Cass. 8038/09, e che nega la validità di un accordo ripetitivo, ha pregio se si ipotizza (come sembra sia stato comunque fatto anche in quel caso) che tra il primo e il secondo preliminare vi sia identità (*bis in idem*). In tal caso, mancando un contenuto nuovo in grado di dar conto dell'interesse delle parti e dell'utilità del contratto, si è parlato di mancanza di causa. La parte di dottrina che è tendenzialmente contraria ad ammettere queste pattuizioni riconosce che nelle trattative complesse il contratto si può formare progressivamente, ma nega che si possa parlare di obbligo a contrarre, preferendo l'aspetto descrittivo dell'obbligazione di contrattare. Nega anche rilievo alla differenziazione basata sulla ricorribilità al rimedio di cui all'art. 2932 c.c. solo in relazione al secondo contratto.

Si pretende infatti che il rapporto tra i preliminari venga "valutato in termini di contenuto dispositivo e non già di sanzioni".

È già questa una significativa apertura, ancorché sia stata limitata a quelle fattispecie in cui le parti, impegnatesi in sede di primo accordo sui punti essenziali della futura compravendita, abbiano solo voluto rinviare la definizione di punti secondari.

Le Sezioni Unite della Corte intendono cogliere gli aspetti costruttivi di quel moderno orientamento che vuole riconoscere la libertà delle parti di determinarsi e di fissare un nucleo di interessi da trasfondere nei vari passaggi contrattuali. Viene in primo luogo in risalto, come evidenziato dal più recente dibattito dottrinale, la tematica della causa concreta.

Una definizione di questa corte (Cass. 10490/06) la qualifica come "scopo pratico del negozio..sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato".

Sono molti i casi in cui la Corte, dichiaratamente o meno, ha lasciato da parte la teorica della funzione economico sociale del contratto e si è impegnata nell'analisi dell'interesse concretamente perseguito dalle parti nel caso di specie, cioè della ragione pratica dell'affare. L'indagine relativa alla causa concreta, - è stato evidenziato - giova sia come criterio d'interpretazione del contratto sia come criterio di qualificazione dello stesso: "la rispondenza del contratto ad un determinato tipo legale o sociale richiede infatti di accertare quale sia l'interesse che il contratto è volto a realizzare".

Questa chiave di lettura conduce a riconsiderare gli approdi schematici ai quali sono pervenute in passato dottrina e giurisprudenza.

È singolare, ma non casuale, che il profilo causale del contratto sia stato inteso in dottrina e giurisprudenza come ricerca della utilità del contratto, cioè della sua "complessiva razionalità" ed idoneità ad espletare una funzione commisurata sugli interessi concretamente perseguiti dalle parti attraverso quel rapporto contrattuale.

È questo in fondo che la stessa Cass.8038/09 richiede allorquando rileva

che, in caso contrario, l'obbligo di obbligarsi ad ottenere un certo effetto è "una inconcludente superfetazione" priva di "senso pratico".

Le opinioni, pur partendo da prospettive diverse, coincidono dunque nel definire nulla l'intesa che si risolve in un mero obbligo di obbligarsi a produrre un vincolo che non abbia né possa avere contenuto ulteriore o differenziato. Un secondo punto di convergenza si rinviene allorché l'analisi del primo accordo conduce a ravvisare in esso i tratti del contratto preliminare, in quanto contenente gli elementi necessari per configurare tale contratto, quali, si osserva, l'indicazione delle parti, del bene promesso in vendita, del prezzo. La presenza della previsione di una ulteriore attività contrattuale può rimanere irrilevante, ma va esaminata alla luce delle pattuizioni e dei concreti interessi che sorreggono questa seconda fase negoziale.

Giovano alcune esemplificazioni:

a) può darsi il caso che nell'accordo raggiunto sia stata semplicemente esclusa l'applicabilità dell'art. 2932 c.c.: si tratta, è stato osservato, di una esclusione convenzionalmente ammessa. La conseguenza sarà che, pur ravvisandosi un contratto "preliminare" in questa scrittura che ipotizzava un successivo accordo, si potrà far luogo, in caso di inadempimento, solo al risarcimento del danno.

b) può presentarsi l'ipotesi in cui la pattuizione della doppia fase risponda all'esigenza di una delle parti di godere del diritto di recesso, facoltà che può essere convenzionalmente prevista nel contratto preliminare e che può anche accompagnarsi alla prevista perdita di una modesta caparra penitenziale versata dal proponente l'acquisto; si tratta è stato detto, del costo del recesso da un contratto preliminare già concluso.

È ipotizzabile, ed è quanto andrà vagliato con particolare attenzione dai giudici di merito nel giudizio odierno, che le parti abbiano raggiunto un'intesa completa, subordinandola però a una condizione.

Tutte queste ipotesi, e le altre che sono immaginabili, sono apparentate da una conclusione che può regolare buona parte della casistica: va escluso che sia nullo il contratto che contenga la previsione della successiva stipula di un contratto preliminare, allorché il primo accordo già contenga gli estremi del preliminare. L'assenza di causa che è stata rilevata quando si è discusso di "preliminare di preliminare" potrebbe in tali casi riguardare tutt'al più il secondo, ma non certo il primo contratto.

Dietro la stipulazione contenente la denominazione di "preliminare del preliminare" (nel senso che la conclusione dell'accordo precede la stipula del contratto preliminare) si possono dare situazioni fra loro differenti, che delineano sia figure contrattuali atipiche (quali quelle prima indicate), ma alle quali corrisponde una "causa concreta" meritevole di tutela; sia stadi prenegoziali molto avanzati, cui corrisponde un vincolo obbligatorio di carattere ancora prenegoziale (almeno fra le parti del contratto in relazione al quale si assuma un impegno volto alla successiva stipula di un

contratto preliminare) che vede intensificato e meglio praticato l'obbligo di buona fede di cui all'art. 1337 c.c.

Certo è però, che, in linea di massima, la previsione di dover dar vita, in futuro, all'assunzione dell'obbligo contrattuale nascente dal contratto preliminare, può essere sintomatica del fatto che le parti hanno consapevolezza che la situazione non è matura per l'assunzione del vincolo contrattuale vero e proprio. Ciò può dipendere segnatamente in relazione al grado di conoscenza di tutti gli elementi di fatto che occorre aver presenti per manifestare la volontà il cui incontro dà vita all'accordo vincolante consacrato nel contratto preliminare.

Posto, come si è detto prima, che non si può assegnare utilità al "*bis in idem*" in quanto volto alla mera ripetizione del primo contratto ad identici contenuti, se e quando le parti sono disposte al mutamento del contenuto del contratto, al cambiamento di esso, l'obbligazione assunta sembra avere per oggetto non il contrarre, ma il contrattare.

Anche la dottrina più rigorosa riconosce che da gran tempo è stata discussa la formazione progressiva del contratto e sembra ammettere che essa potrebbe atteggiarsi configurando una tripartizione del procedimento di compravendita immobiliare. Secondo le Sezioni Unite si deve immaginare la pattuizione di un vincolo contrattuale che sia finalizzato ad ulteriori accordi e che il rifiuto di contrattare opposto nella seconda fase, se immotivato e contrario a buona fede, possa dar luogo a responsabilità contrattuale da inadempimento di un'obbligazione specifica sorta nel corso della formazione del contratto e non propriamente *ex contractu*.

È stato però osservato che si tratterebbe di ipotesi diversa da quella del preliminare di preliminare, che dovrebbe riguardare l'obbligo, assunto nella prima fase, di contrarre e non di contrattare, come invece avverrebbe quando siano state scandite solo tappe di una trattativa complessa.

Si è quindi manifestata contrarietà all'ipotesi di un "preliminare aperto" - sottoscritto per lo più da parti che ancora non si conoscono o hanno deliberatamente lasciato alla seconda fase la regolazione di alcuni profili contrattuali - seguito da un preliminare chiuso.

Questa ritrosia può essere giustificata in alcuni casi, ma non in tutti. È stato in precedenza sottolineato che va dato peso alla difficoltà di configurare come preliminare propriamente detto un rapporto obbligatorio in cui le parti non si conoscano e non siano in grado quindi di valutare le qualità soggettive dell'altro contraente. Rispetto a questa frequente ipotesi, non sembra corrispondere alle reali esigenze del traffico giuridico qualificare la prima intesa, che pur contenga gli altri elementi essenziali, come contratto preliminare.

Vi sono esigenze, in una società complessa, interessata da pervasivi fenomeni criminosi, da sospette manipolazioni nel tessuto economico, da un fiorire incontrollabile di nullità contrattuali "minori", ma non per questo meno incisive negozialmente, di riservare il consenso vincolante,

sottomesso all'esecuzione coattiva, a verifiche che sono da valutare soggettivamente.

In altri casi il contraente resta libero da vincoli stringenti e assoggettato solo alle conseguenze risarcitorie che ha deliberatamente assunto e contrattualmente delimitato, concordando espressamente la necessità di un vero e proprio preliminare e l'esclusione del disposto di cui all'art. 2932 c.c.

Una più esauriente determinazione del contenuto contrattuale può essere prevista per meglio realizzare l'interesse delle parti. Se si dovesse invece ricorrere sempre all'opzione preliminare/definitivo si dovrebbero riempire i contenuti rimasti in sospeso con il meccanismo di cui all'art. 1374, integratore rispetto al primo accordo incompleto.

È stato autorevolmente sostenuto che se mancano violazioni di una legge imperativa, non v'è motivo per giudicare inammissibili procedimenti contrattuali gradualmente, la cui utilità sia riscontrata dalle parti con pattuizioni che lasciano trasparire l'interesse perseguito, in sé meritevole di tutela, a una negoziazione consapevole e informata. Le posizioni di coloro che pongono l'alternativa "preliminare o definitivo" amputano le forme dell'autonomia privata, sia quando vogliono rintracciare ad ogni costo il contratto preliminare in qualunque accordo iniziale, sia quando ravvisano nel c.d. preliminare chiuso il contratto definitivo, passibile soltanto di riproduzione notarile.

La procedimentalizzazione della fasi contrattuali non può di per sé essere connotata da disvalore, se corrisponde a "un complesso di interessi che stanno realmente alla base dell'operazione negoziale".

È vero che occorre guardarsi da un uso "poco sorvegliato" dell'espressione preliminare di preliminare", perché l'argomento nominalistico non è neutro. Tuttavia, se ci si libera dell'ipotesi in cui appare che il primo contratto è già il contratto preliminare e che il secondo è, al più, solo la sua formalizzazione per la trascrizione, restano due "sequenze" variabili che si avvicinano:

A) quella delle mere punteggiature in cui le parti hanno solo iniziato a discutere di un possibile affare e senza alcun vincolo fissano una possibile traccia di trattative. In questa ipotesi, quanto maggiore e specifico è il contenuto, tanto più ci si avvicina al preliminare.

B) quella in cui il contratto non è ancora un vero preliminare, ma una punteggiatura vincolante sui profili in ordine ai quali l'accordo è irrevocabilmente raggiunto, restando da concordare secondo buona fede ulteriori punti. Si tratta di un iniziale accordo che non può configurarsi ancora come preliminare perché mancano elementi essenziali, ma che esclude che di quelli fissati si torni a discutere. In questa ipotesi man mano che si impoverisce il contenuto determinato ci si allontana dal preliminare propriamente detto.

B1) occorre qui ulteriormente ricordare la distinzione con l'ipotesi in cui la previsione del secondo preliminare esprime soltanto che la situazione

conoscitiva delle parti non è tale da far maturare l'accordo consapevole, ma si vuole tuttavia "bloccare l'affare", anche a rischio del risarcimento del danno negativo in caso di sopravvenuto disaccordo.

Ciò che conta chiarire è che, all'interno di una gamma di situazioni che ricevono risposte diverse, quelle contrassegnate sotto la lettera b sono riconducibili a una fase sostanzialmente precontrattuale, in cui la formazione del vincolo è limitata a una parte del regolamento. La violazione di queste intese, perpetrata in una fase successiva rimettendo in discussione questi obblighi *in itinere* che erano già determinati, dà luogo a responsabilità contrattuale da inadempimento di un'obbligazione specifica sorta nel corso della formazione del contratto, riconducibile alla terza delle categorie considerate nell'art. 1173 c.c., cioè alle obbligazioni derivanti da ogni fatto o atto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico.

È evidente come questa linea interpretativa impone di vagliare caso per caso l'emergere dell'interesse delle parti, di questa loro volontà di rinviare il momento in cui operano sia l'integrazione suppletiva ex art. 1374 c.c. sia la cogenza del meccanismo proprio del preliminare ex art. 1351 e 2932 c.c.

Nella compravendita immobiliare l'ausilio giunge dal formalismo che contraddistingue la materia, sì da potersi di volta in volta cogliere i profili oggettivi non solo di una trattativa e della successiva stipula di un preliminare, ma di una sequenza di atti caratterizzati da un contenuto differenziato e aventi portata contrattuale con le connesse conseguenze.

Alla luce di questi principi il ricorso è da accogliere. I giudici di merito hanno infatti in primo luogo omesso di valutare se il contratto in esame, sebbene prevedesse la stipula di un successivo contratto preliminare, avesse già le caratteristiche di un contratto preliminare completo, soltanto subordinato ad una condizione, cioè al consenso del Banco di Napoli alla cancellazione parziale dell'ipoteca, ipotesi da loro stessi contemplata (pag. 7 sentenza) ma scartata a causa della previsione dell'impegno a sottoscrivere un futuro preliminare.

Hanno poi omesso di interrogarsi sulla validità del primo contratto, in ipotesi munito di tutti gli elementi essenziali del preliminare, e sulla possibile invalidità, in questo contesto, del secondo accordo, se meramente riproduttivo del primo. In quest'ottica hanno rovesciato la prospettiva che le Sezioni Unite ritengono giuridicamente corretta.

Hanno infine aderito all'orientamento che sanziona come nullo per difetto di causa un contratto che sia propedeutico al "successivo stipulando preliminare" senza verificare la sussistenza di una causa concreta dell'accordo dichiarato nullo tale da renderlo meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, in quanto inserito in una sequenza procedimentale differenziata, secondo un programma di interessi realizzato gradualmente.

Discende da quanto esposto l'accoglimento del ricorso.

La sentenza impugnata va cassata e la cognizione rimessa ad altra sezione della Corte di Appello di Napoli per nuovo esame dell'appello e la

liquidazione delle spese di questo giudizio.

Il giudice di rinvio si atterrà al seguente principio di diritto:

In presenza di contrattazione preliminare relativa a compravendita immobiliare che sia scandita in due fasi, con la previsione di stipula di un contratto preliminare successiva alla conclusione di un primo accordo, il giudice di merito deve preliminarmente verificare se tale accordo costituisca già esso stesso contratto preliminare valido e suscettibile di conseguire effetti ex art. 1351 e 2932 c.c., ovvero anche soltanto effetti obbligatori ma con esclusione dell'esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento.

Riterrà produttivo di effetti l'accordo denominato come preliminare con il quale i contraenti si obblighino alla successiva stipula di un altro contratto preliminare, soltanto qualora emerga la configurabilità dell'interesse delle parti a una formazione progressiva del contratto basata sulla differenziazione dei contenuti negoziali e sia identificabile la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare.

La violazione di tale accordo, in quanto contraria a buona fede, potrà dar luogo a responsabilità per la mancata conclusione del contratto stipulando, da qualificarsi di natura contrattuale per la rottura del rapporto obbligatorio assunto nella fase precontrattuale.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia ad altra sezione della Corte di Appello di Napoli, che provvederà anche sulla liquidazione delle spese del giudizio di legittimità.

(*Omissis*)

Un controllo giudiziario dell'autonomia negoziale alla base della meritevolezza del preliminare di preliminare

Considerazioni a margine della pronuncia delle Sezioni Unite n. 4628/2015

Ilaria Marrone

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

Abstract The author comments a recent decision of the Joint Civil Chambers of Supreme Court concerning preliminary preliminary sale of real estate, considering the nature of this “pre-contract agreement” and doctrinal thesis that have occurred over time. This paper aims to try to understand if the abstract eligibility of the preliminary preliminary dogmatically can be justified in terms of its usefulness to the parties and, therefore, of worthiness of protection of their interests in according with the art. 1322 c.c.

Sommario 1. Il caso. – 2. L'invalidità del preliminare di preliminare secondo la pregressa giurisprudenza di legittimità. – 3. L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite. – 4. Meritevolezza del preliminare di preliminare e causa in concreto. – 5. Osservazioni conclusive e problemi aperti.

1 Il caso

La vicenda giudiziaria in esame prendeva le mosse dalla sottoscrizione di una scrittura privata, denominata “Dichiarazione preliminare d'obbligo”, avente ad oggetto la futura stipulazione di un contratto preliminare di compravendita di una porzione di fabbricato, sul quale insisteva garanzia ipotecaria. A tenore di tale atto le parti si impegnavano a stipulare un futuro contratto preliminare di vendita immobiliare, subordinatamente alla verifica positiva di avvenuta cancellazione dell'ipoteca, previo consenso dell'istituto di credito, creditore della parte venditrice.

Le parti non addivenivano alla stipula di tale contratto e, così, emergeva l'esigenza di indagare la natura di tale scrittura privata e il regime di responsabilità consequenziale in caso di violazione di uno degli obblighi in essa sanciti. Per i promittenti venditori, interessati alla conclusione dell'affare, la scrittura privata avrebbe integrato un contratto preliminare già completo nel suo contenuto, comprensivo dell'obbligo di stipulare il successivo contratto definitivo, da attuarsi, in difetto di consenso della controparte, con l'esecuzione in forma specifica, mediante una sentenza costitutiva ai sensi dell'art. 2932 c.c. All'opposto, i promissari acquirenti eccepivano che, in alcun modo, la suddetta scrittura privata avrebbe potuto integrare un contratto preliminare, estrinsecando, tutt'al più, un pre-

liminare di preliminare, il quale, in quanto privo di una causa autonoma, avrebbe dovuto essere dichiarato nullo per difetto di uno dei suoi elementi costitutivi, la causa, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 1418, co. 2, e 1325 c.c. In alternativa, avrebbe potuto integrare una mera punteggiatura non vincolante e, in quanto tale, priva di efficacia obbligatoria.

In sede di primo e di secondo grado di giudizio il suddetto accordo veniva qualificato dall'organo giudicante come contratto preliminare di preliminare, e poiché, privo di una funzione giuridicamente apprezzabile, era considerato nullo, per assenza di causa.

I promittenti venditori decidevano di ricorrere in Cassazione e la Seconda Sezione, constatata la molteplicità di vedute in dottrina e in giurisprudenza in tema di preliminare di preliminare, ravvisava l'opportunità di un intervento dirimente delle Sezioni Unite. Infatti, di recente, si era andato consolidando un orientamento giurisprudenziale, avallato anche dalla giurisprudenza di legittimità, secondo il quale il preliminare di preliminare, quale "superfetazione inconcludente", avrebbe dovuto ritenersi sempre nullo in quanto privo di causa.

Tuttavia, alla Seconda Sezione della Corte tale tesi appariva dalla portata troppo radicale, considerando che il contenuto del preliminare di preliminare può essere di differenti tipi e che, quindi, non necessariamente si esaurisce "nell'obbligarsi a obbligarsi", prevedendo, al contrario, di regola l'obbligo di stipulare il contratto definitivo.

2 L'invalidità del preliminare di preliminare secondo la pregressa giurisprudenza di legittimità

Il preliminare di preliminare (o preliminare "aperto", in quanto precede il preliminare formale o "chiuso" - ossia il contratto preliminare *stricto sensu* inteso) è un contratto atipico mediante il quale due o più parti convengono di disciplinare alcuni elementi di una determinata operazione economica, riservandosi di regolamentare le "altre" condizioni del contratto, generalmente di natura accessoria, in un momento successivo¹.

¹ Con riguardo alle definizioni di preliminare di preliminare è celebre quella secondo la quale «è un contratto che ha per oggetto un futuro contratto obbligatorio» di COVIELLO, *Dei contratti preliminari nel diritto moderno* (voce), in *Enc. giur.*, III, 3, Milano, 1896, p. 11. In tema di contratto preliminare la dottrina è vastissima; relativamente alle opere di carattere monografico si veda: GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970; GAZZONI, *Il contratto preliminare*³, Torino, 2011; MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli, 1953; RASCIO, *Il contratto preliminare*, Napoli, 1967; SERRAO, *Il contratto preliminare*, Padova, 2011; TRIOLA, *Il contratto preliminare di vendita di immobili*, Milano, 2014. Si aggiunge, inoltre, che deve ritenersi superata l'impostazione teorica che considerava il preliminare come una categoria unitaria. Dunque, occorre soffermare l'attenzione non

Tale tipologia contrattuale è particolarmente diffusa nella prassi della vendita immobiliare, dove si ravvisa l'esistenza di schemi e *modus procedendi* alternativi alla scansione tradizionale positivizzata "preliminare-definitivo", prevalentemente utilizzati dalla mediazione immobiliare professionale.²

Orbene, nell'ambito della giurisprudenza, sia di merito sia di legittimità, si è discusso a lungo della sua ammissibilità.

tanto sul contratto preliminare quanto sulla "contrattazione preliminare", coerentemente con la condivisa esistenza di una particolare modularità dell'obbligo a contrattare in funzione delle peculiari circostanze che caratterizzano la relativa operazione economica. Tra i fautori dell'impostazione tradizionale del preliminare come categoria unitaria si richiama il pensiero di MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, 1972, Milano, p. 555, a cui si rinvia per approfondimenti. La recente teorica della natura pluralista del contratto preliminare è sostenuta dalla dottrina prevalente: DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare tra prassi e normazione: gli acquisti di immobili da costruire e di case di abitazione*, in *Contr. e impr.*, 2012, p. 464; VITALONE, MOSCA, *I contratti preliminari*, Torino, 2014; SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, Milano, 1990. Così, si possono distinguere, ad esempio, contratti preliminari "chiusi" e contratti preliminari "aperti" a seconda, rispettivamente, che le parti abbiano o meno maturato un consenso su tutti gli elementi del contratto; contratti preliminari "forti" e "deboli" (a seconda che i medesimi siano o meno assistiti dal meccanismo di cui all'art. 2932 c.c.); preliminare bilaterale e preliminare unilaterale a seconda che il contratto vincoli tutte le parti o una sola parte.

2 Si tratta di procedimentalizzazioni più o meno articolate che si discostano dallo schema bifasico proposto dal Codice civile, consistente nella successione consequenziale tra la stipula di un contratto preliminare e quella di un contratto definitivo. Tale nesso di consequenzialità si evince esplicitamente dal tenore dell'art. 1351 c.c. e dall'esistenza del rimedio dell'esecuzione in forma specifica di cui all'art. 2932 c.c. che, come noto, consente l'esecuzione coattiva dell'obbligo di contrarre. La prassi della vendita immobiliare tramite intermediazione, dunque, diverge notevolmente dalla procedimentalizzazione tipica prevista dal Codice civile in quanto è scandagliata in "microsequenze" quali: il mandato conferito al mediatore professionale, la proposta di acquisto dell'immobile del potenziale acquirente, l'accettazione di acquisto dell'immobile. La procedura di vendita immobiliare, di prassi, soprattutto quando vede coinvolta la figura di un terzo intermediario, può seguire due percorsi alternativi: 1) proposta di acquisto, accompagnata da una somma di denaro a titolo di caparra, consegnata allo stesso intermediario, che poi convoca le parti per la sottoscrizione del preliminare, a cui segue il definitivo davanti al notaio (c.d. rogito); 2) proposta di acquisto consegnata all'intermediario che, a sua volta, la trasmette al venditore per la sottoscrizione, a cui segue una convocazione delle parti da parte dell'intermediario per la stipula del preliminare e successivamente del definitivo. Si veda GAZZONI, *op. cit.*, p. 53. Quindi, sul piano della vincolatività, il pre preliminare sembra collocarsi in una zona grigia, a metà strada tra le intese precontrattuali (lettere d'intenti, minute o punteggiature) e contratti preliminari. In questi casi, la procedura negoziale assume una configurazione (almeno) trifasica per aver le parti stipulato un primo atto, il pre preliminare, propedeutico alla prosecuzione della contrattazione. In particolare, rispetto alla microfase consistente nella sottoscrizione del formulario/modello predisposto dall'agente immobiliare che contiene lo schema della proposta di acquisto e di accettazione, si pone il problema di capire se: 1) la stessa sia qualificabile come punteggiatura ovvero preliminare di preliminare ovvero preliminare; 2) se la stessa abbia una vera e propria ragion d'essere ossia una causa autonoma che la sorregga e non la riduca a una mera "superfetazione inconcludente".

In particolare, si erano andati formando due contrapposti orientamenti³.

Secondo un primo orientamento, il preliminare di preliminare è inammissibile e l'inammissibilità dipenderebbe dall'assenza di una valida causa giustificatrice. Peraltro, l'inesistenza di una disciplina legislativa *ad hoc* confermerebbe tale *voluntas legis*⁴.

Invero, secondo un altro orientamento giurisprudenziale occorre distinguere in base al tipo di intesa precontrattuale, essendo un mondo, quello delle intese precontrattuali, piuttosto variegato.

Vi sono intese contrattuali nelle quali l'operazione economica risulta disciplinata esaurientemente in ogni singolo aspetto, essenziale e/o accessorio, del contratto. In questo caso, ove la prima fattispecie negoziale risulta precisamente determinata nel suo contenuto si incontrerebbero delle difficoltà a riconoscere l'ammissibilità di una seconda fattispecie negoziale analoga alla prima⁵. Ne consegue che la seconda fattispecie potrebbe essere viziata, in quanto affetta da nullità⁶.

Viceversa, nell'ipotesi in cui nella prima fattispecie contrattuale risultino disciplinati solo alcuni elementi, di regola quelli essenziali, non sembra potersi opinare *tour court* nel senso dell'invalidità della (seconda) fattispecie negoziale⁷. Infatti, secondo un orientamento, il preliminare di preliminare viene stipulato al fine «di consentire un controllo preventivo sulla regolarità delle prestazioni prima di stipulare il definitivo», assolvendo una funzione preventiva, volta, per quanto possibile, a neutralizzare eventuali sopravvenienze⁸.

Di questo avviso, non era la Suprema Corte di Cassazione che, per la

3 V. *Infra*, par. 4.

4 In tal senso una parte della giurisprudenza di merito: Trib. Salerno, 23 luglio 1948.

5 Peraltro, si tratta di un orientamento confermato anche di recente dalla S. C. Si rinvia a: Cass., 9 dicembre 2009, n. 25780, per esteso, in banca dati *De Jure*. Nell'ambito di tale pronuncia la Suprema Corte ha ritenuto che l'accettazione della proposta di acquisto costituisce (già) un contratto preliminare.

6 Con riguardo alla giurisprudenza di merito si rinvia, in via esemplificativa, a: App. Napoli 11 ottobre 1967; Trib. Napoli 28 febbraio 1995. In tal senso una parte della dottrina ritiene che il secondo preliminare dovrebbe considerarsi inutile, privo di utilità pratica e, conseguentemente, nullo per difetto di causa quando costituisce «una mera ripetizione del primo, finalizzata per disporre di un momento formale per la trascrizione, o di un momento di appoggio, funzionale al passaggio di una più consistente somma di danaro tra le parti». MILITE, *Il preliminare di preliminare*, in *Riv. Giur. Ital.*, 22 Marzo 2001, <http://www.rivistagiuridica.it/>.

7 La *ratio* sottesa all'istituto del preliminare di preliminare consiste nel «rimuovere tutte le difficoltà relative alla solvibilità e alla legittimazione dei contraenti, ma soprattutto alla libertà e idoneità del bene, oggetto della vendita, al fine di stipulare un preliminare 'chiuso', prima della stipula del contratto definitivo». Cfr. CARBONE, *Il diritto vivente dei contratti preliminari*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 616 ss.

8 CARBONE, *op. cit.*, p. 620.

prima volta, con la sentenza del 2 aprile 2009, n. 8038, si espresse nel senso della non ammissibilità e, conseguente, invalidità del preliminare di preliminare, aderendo al primo orientamento sopracitato⁹.

Il ragionamento seguito partiva da una precisa promessa di fondo. La tutela in forma specifica di cui all'art. 2932 c.c. postula un collegamento funzionale tra contratto preliminare e contratto definitivo, preordinato alla realizzazione dell'assetto di interessi convenuto dalle parti. Tale collegamento funzionale difettava nei rapporti tra contratto preliminare di preliminare e contratto preliminare¹⁰. Infatti, il preliminare di preliminare era concepito come un contratto ad effetti obbligatori, ossia un contratto dalla cui stipula sarebbe disceso per le parti unicamente l'obbligo di prestare il proprio consenso alla stipula del futuro contratto preliminare.

L'opzione ermeneutica accolta in tale pronuncia era coerente con quella impostazione dottrinale e giurisprudenziale che ravvisava nel contratto preliminare null'altro che una "promessa di consenso", da cui si faceva derivare come logico corollario la sua inammissibilità¹¹.

9 La vicenda *de qua* concerneva la stipula di un pre preliminare di vendita immobiliare a cui avrebbe dovuto seguire la stipula del contratto preliminare entro il termine di 30 giorni. Il successivo preliminare di preliminare non veniva stipulato e, conseguentemente, la parte venditrice agiva in giudizio per chiedere ed ottenere la risoluzione del contratto e la condanna al pagamento della somma a titolo di caparra che era stata convenuta nel pre preliminare. La S. C., con la pronuncia menzionata, dopo aver ritenuto trattarsi di un preliminare di preliminare, ne dichiarava *tout court* l'invalidità. Si tratta di un orientamento confermato anche in successive pronunce: Cass., 10 settembre 2009, n. 19557, in banca dati *Pluris* <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>; Cass. 4 febbraio 2009, n. 2720, in banca dati *Pluris* <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>.

10 Cass., 2 aprile 2009, n. 8038: «La questione che la giurisprudenza di legittimità non ha ancora avuto occasione di affrontare, deve essere risolta in senso opposto a quello propugnato dai ricorrenti. L'art. 2932 c.c. instaura un diretto e necessario collegamento strumentale tra il contratto preliminare e quello definitivo, destinato a realizzare effettivamente il risultato finale perseguito dalle parti. Riconoscere come possibile funzione del primo anche quella di obbligarsi.. ad obbligarsi a ottenere quell'effetto, darebbe luogo a una inconcludente superfetazione, non sorretta da alcun effettivo interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ben potendo l'impegno essere assunto immediatamente: non ha senso pratico il promettere ora di ancora promettere in seguito qualcosa, anziché prometterlo subito».

11 L'orientamento tradizionale secondo il quale il preliminare costituisce promessa di consenso appare superato per effetto di alcune pronunce della Cassazione, confortate anche da una parte della dottrina, in base alle quali il preliminare non può più considerarsi come un mero "*pactum de contrahendo*", non consistendo il suo oggetto soltanto in un "*facere*" (tale è l'obbligo di prestare il consenso per la stipula del futuro contratto definitivo), bensì anche in un "*dare*". Pertanto, il contratto preliminare costituisce più propriamente una "promessa di prestazione" in quanto le prestazioni dedotte nel contratto preliminare non «si riducono alla manifestazione del consenso necessario per concludere il definitivo». Cfr. ROPPO, *Il contratto*², Milano, 2011, p. 622. Le parti si obbligano, con esso, ad eseguire le future prestazioni e, quindi, a porre in essere tutte quelle attività preparatorie propedeutiche alla realizzazione dell'assetto di interessi che sarà attuato con il contratto definitivo. In questi termini, può affermarsi che il preliminare presenta la natura di contratto ad efficacia obbli-

In questa prospettiva, infatti, il preliminare di preliminare altro non avrebbe potuto esprimere che una “promessa di promessa di consenso”, della cui utilità pratica appariva plausibile dubitare. In particolare, la Suprema Corte considerava che il promettere di promettere rappresentasse un’attività negoziale inutile, quindi, immeritevole di tutela, non ravvisandosi alcuna funzione pratica teleologicamente giustificabile ad esso sottesa.

Tale circostanza sembrava ricevere, del resto, una conferma sul piano del diritto positivo, non essendo contemplato (almeno esplicitamente) nell’ordinamento giuridico il preliminare di preliminare, riferendosi il meccanismo della tutela in forma specifica di cui all’art. 2932 c.c. al contratto preliminare. Ne conseguiva che il pre preliminare avrebbe potuto venire in rilievo solo come una mera puntuazione, come tale soggetta, laddove avesse prodotto effetti obbligatori, ai principi generali di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c.¹².

3 L’ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite

Considerate le diversità di vedute in dottrina e in giurisprudenza in tema di validità del preliminare di preliminare, la Seconda Sezione della Cassazione, con ordinanza interlocutoria n. 5779 del 12 marzo 2014, invitava il Primo Presidente a compiere una valutazione in merito all’opportunità di un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, soprattutto in relazione all’orientamento che, da ultimo, si era andato consolidando con la sentenza del 2 aprile 2009 n. 8038.

gatoria complessa. (Cass., SS.UU., 27 febbraio 1985, n. 1720, in *Riv. dir. comm.*, 1986, n. II, p. 303 ss.; Cass., SS.UU., 7 luglio 2004, n. 12505, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>; Cass., SS.UU., 18 Maggio 2006, n. 11624, in *Giur. it.*, 2007, p. 2 ss.).

¹² Si trattava di un’impostazione condivisa anche da una parte della dottrina. Alcuni hanno ritenuto che non è l’assenza di causa a determinare l’invalidità del preliminare di preliminare in quanto astrattamente la causa è presente, bensì la circostanza che quest’ultima non è funzionalmente giustificata. Cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*¹⁶, Napoli, 2013, p. 884: «un preliminare di preliminare non sarebbe infatti funzionalmente giustificato, con conseguente nullità». Il difetto di una giustificazione causale costituirebbe un limite alla giuridicizzazione del contratto, che per l’Autore comporta l’applicazione del rimedio della nullità. In altri termini, seguendo questo indirizzo interpretativo è necessario, altresì, un *quid pluris* consistente nella meritevolezza di tutela di tali interessi. Sul punto si rinvia, altresì, per approfondimenti a: ROPPO, *op. cit.*, p. 616; BENEDETTI, *Autonomia di procedimento formativo? La vicenda del preliminare di preliminare*, in *Dir. civ. cont.*, 2015, n. II, <http://dirittocivilecontemporaneo.com/2015/05/autonomia-di-procedimenti-formativi-la-vicenda-del-preliminare-di-preliminare/>; GABRIELLI, *Prassi della vendita immobiliare in tre fasi: consensi a mani dell’intermediario, scrittura privata preliminare, atto notarile definitivo*, *Riv. not.*, 1994, p. 24 ss. Tra coloro che negano l’ammissibilità del preliminare di preliminare: DELFINI, *Principio consensualistico ed autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, p. 187 ss.; GAZZONI, *ult. op. cit.*, p. 884; DI MAJO, *Il preliminare torna alle origini*, in *Giur. it.*, 2015, n. V, p. 1064 ss.

L'intervento delle Sezioni Unite non era stato invocato tanto per risolvere un insanabile contrasto tra le sezioni semplici della Cassazione quanto per offrire alla Suprema Corte l'occasione di mitigare l'inflessibilità del richiamato orientamento, mediante una sua rivisitazione in relazione «alle ipotesi che in concreto possono verificarsi» nel mercato della vendita immobiliare¹³.

Orbene, l'idea che tutti i preliminari di preliminari, indistintamente, fossero affetti, per ciò solo, da nullità assoluta appariva, difatti, una tesi troppo radicale, suscettibile di determinare un'indebita amputazione dell'autonomia negoziale¹⁴.

In particolare, la Seconda Sezione aveva manifestato delle perplessità in ordine a due profili che, in concreto, sarebbero potuti venire in rilievo.

In primo luogo, era stato sollevato il dubbio dell'opportunità di una stigmatizzazione del preliminare di preliminare nel caso in cui le parti si fossero avvalse del medesimo al fine di regolamentare specifiche circostanze ritenute dalle medesime di pregnante rilevanza, rinviando ad un momento successivo la regolamentazione degli aspetti residuali.

Il secondo aspetto che aveva destato perplessità concerneva la circostanza secondo la quale la Suprema Corte, negando cittadinanza al preliminare di preliminare, non avrebbe tenuto in considerazione la natura del contratto preliminare, ormai pacificamente riconosciuta in dottrina e

13 RESTIVO, *Le Sezioni Unite chiamate a pronunciarsi sulla validità del preliminare di preliminare*, in *Diritto Civile. Contemporaneo*, 2014, n. II, <http://dirittocivilecontemporaneo.com/2014/09/le-sezioniunite-chiamate-a-pronunciarsi-sulla-validità-del-preliminare-di-preliminare/>. Si evidenzia, in particolare, la perplessità manifestata dall'Autore nel rilevare come la Seconda Sezione impropriamente abbia utilizzato il termine "principio generale" nel richiamare il contenuto della prescrizione di cui all'art. 1419 c.c.

14 Anche in dottrina si erano registrate delle critiche nei confronti di tale orientamento giurisprudenziale. In particolare, la principale critica che si era mossa all'orientamento accolto nella pronuncia Cass., 2 Aprile 2009, n. 8038 consisteva nel fatto che il medesimo sembra essere espressione di quella tendenza dottrinale del passato che, nell'ottica dirigista dello Stato, sovrapponeva le due nozioni, quella di meritevolezza e quella di validità, affinché venissero considerati meritevoli di tutela solo i contratti tipici, così autorizzando il giudice a svolgere un controllo sul contenuto del contratto in un'ottica etico-sociale. Cfr. FESTI, *Il contratto di preliminare di preliminare*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 629. La necessità per l'interprete di ricondurre ogni fattispecie negoziale atipica, elaborata nella prassi commerciale, ai tipi contrattuali legali al fine di consentire il superamento del c.d. vaglio di meritevolezza ex art. 1322 c.c. venne definita da una parte della dottrina "metodo decisionale della tipizzazione". Cfr. MILITE, *ibidem*. Invero, tale dottrina critica l'orientamento che ritiene affetto da nullità assoluta il preliminare di preliminare e preferisce inquadrarlo come contratto atipico a effetti obbligatori ex art. 1322 c.c., in quanto negandosi l'ammissibilità si finisce per ignorare «la profonda duttilità dello strumento negoziale in esame». Giova rilevare come tale metodo si presenta ostativo al recepimento e, dunque, all'ammissibilità di nuove fattispecie contrattuali quali, ad esempio, proprio quella del preliminare di preliminare. In tal senso, pur con dei correttivi in merito alla nozione di autonomia negoziale procedimentale: BENEDETTI, *ibidem*.

in giurisprudenza, quale “promessa di prestazione”¹⁵. In relazione a tale profilo, la Seconda Sezione aveva ritenuto non condivisibile la tesi dell’operatività della nullità assoluta e totale ai sensi dell’art. 1418, co. 2, c.c. (la c.d. nullità strutturale). Infatti, il preliminare di preliminare esprime pur sempre «una rilevanza programmatica ed effettuale», ineliminabile proprio in relazione alla previsione dell’obbligo di stipulare il contratto definitivo¹⁶.

Quindi, ammettere l’applicabilità dell’art. 1418, co. 2, c.c., significherebbe travolgere anche tale parte valida del contratto¹⁷. Conseguentemente, aveva ritenuto preferibile l’applicazione della nullità parziale di cui all’art. 1419 c.c.¹⁸.

Tuttavia, tale proposta aveva suscitato delle critiche in quanto trascurava che il problema della validità del preliminare di preliminare concerneva un elemento non suscettibile di frammentazione: la causa¹⁹. Quindi, se si optava per il rimedio della nullità, quest’ultima avrebbe potuto essere soltanto la nullità totale ai sensi dell’art. 1418, co. 2, c.

15 Il preliminare di preliminare è, infatti, funzionale anche alla stipula del contratto definitivo. In tal senso è orientata pacificamente la giurisprudenza di legittimità. Cass., SS. UU., 18 maggio 2006, n. 11624: «Il contratto preliminare non è più visto come un semplice *pactum de contrahendo*, ma come un negozio destinato già a realizzare un assetto di interessi prodromico a quello che sarà compiutamente attuato con il definitivo, sicché il suo oggetto è non solo e non tanto un *facere*, consistente nel manifestare successivamente una volontà rigidamente predeterminata quanto alle parti e al contenuto, ma anche e soprattutto un, sia pure futuro, dare: la trasmissione della proprietà, che costituisce il risultato pratico avuto di mira dai contraenti. Se il bene già appartiene al promittente, i due aspetti coincidono, pur senza confondersi, ma nel caso dell’altruità rimangono distinti, appunto perché lo scopo può essere raggiunto anche mediante il trasferimento diretto della cosa dal terzo al promissario, il quale ottiene comunque ciò che gli era dovuto, indipendentemente dall’essere stato - o non - a conoscenza della non appartenenza della cosa a chi si era obbligato ad alienargliela».

16 Espressione utilizzata dalla S. C. nella pronuncia in commento.

17 In tal senso si è espresso anche TOSCHI VESPASIANI, *Le Sezioni Unite si pronunciano sul preliminare di preliminare*, in *Questione Giustizia*, 20 Marzo 2015, <http://www.questionegiustizia.it/articolo/le-sezioni-unite-si-pronunciano-sul-preliminare-di-preliminare20-032015.php>.

18 La tesi dell’operatività della nullità parziale è stata sostenuta in dottrina anche da: TRIOLA, *Il contratto preliminare di vendita di immobili*, Milano, 2014, p. 20.

19 Cfr. RESTIVO, *ibidem*.

4 Meritevolezza del preliminare di preliminare e causa in concreto

Le Sezioni Unite della Cassazione vengono chiamate, dunque, a indagare, sotto un profilo dinamico, gli accordi contrattuali in tema di vendita immobiliare, con riguardo alla fase antecedente alla stipula dell'atto traslativo finale²⁰.

Dopo aver preso atto dell'evoluzione della contrattazione immobiliare, in relazione alla vendita tramite intermediazione, che si esprime, il più delle volte, in una tripartizione delle fasi contrattuali, la Suprema Corte, con un'operazione ricognitiva, ha rammentato l'esistenza di diversi e contrapposti orientamenti in tema di validità del preliminare di preliminare: l'uno tradizionale, che diffida dell'ammissibilità del preliminare di preliminare, l'altro "possibilista", che guarda con maggiore favore al "preliminare aperto"²¹.

Secondo un indirizzo interpretativo favorevole all'ammissibilità del preliminare di preliminare, la sua meritevolezza si giustifica con la circostanza che il medesimo "non contiene un semplice obbligo a obbligarsi, quanto invece l'obbligo (meritevole di tutela) di pervenire alla conclusione di un contratto definitivo (seppur tramite un altro contratto)"²².

In base ad un'altra ricostruzione, di matrice dottrinale, la meritevolezza del preliminare si giustificherebbe in relazione alla nozione di causa concreta che lo sorregge, ossia in relazione a quella sintesi di interessi concreti che, in una determinata situazione concreta, spinge le parti a concludere tale contratto²³.

Secondo altri, il preliminare di preliminare non solleva alcun problema di *bis in idem* in ragione della diversità contenutistica e funzionale esistente tra il primo preliminare e il secondo preliminare: in particolare, il

20 Di seguito un passo della sentenza che individua le ragioni dell'indagine: «Il quesito che occorre risolvere concerne la configurabilità di due fasi anteriori al rogito o comunque all'atto traslativo, giustificabili l'una rispetto all'altra allo stesso modo in cui venne a suo tempo giustificata la "scissione" del contratto preliminare rispetto al definitivo».

21 L'orientamento possibilista è condiviso generalmente da quanti sostengono il carattere pluralista del contratto preliminare: SALVADORI, *La validità del c.d. preliminare di preliminare: una questione (non ancora) risolta*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 1003 ss. Invece, secondo le Sezioni Unite, l'orientamento negazionista origina da una certa diffidenza maturata nei confronti della "contrattazione" antecedente al contratto preliminare.

22 LEO, *Un apprezzabile sforzo ricostruttivo non esente da critiche*, in *Guida Dir.*, 2015, n. XIV, p. 51 ss., richiamando un orientamento giurisprudenziale che si era formato nell'ambito della giurisprudenza di merito partenopea (Trib. Napoli, 11 Novembre 1994; App. Napoli 11 Ottobre 1967).

23 LEO, *op. cit.*, p. 51. Questo è stato l'orientamento accolto dalle Sezioni Unite, suffragando un indirizzo interpretativo di una parte della giurisprudenza di merito: Appello Napoli, 11 Ottobre 1967; Trib. Napoli 28 Febbraio 1995.

secondo preliminare presenterebbe delle pattuizioni dettagliate e puntuali che investono tutti gli elementi del futuro contratto definitivo, mentre il primo preliminare si limiterebbe a disciplinare gli elementi essenziali del contratto, svolgendo l'essenziale funzione di "fermare l'affare", senza creare la "vincolatività" di cui all'art. 1372 c.c.²⁴. In base a una variante di questa impostazione, il primo e il secondo preliminare divergerebbero anche per il grado di vincolatività che li assiste.

Infatti, se la violazione delle clausole contenute nel primo preliminare può dare luogo esclusivamente ad un problema di responsabilità pre-contrattuale della parte, le clausole contenute nel secondo preliminare presentano una pregnante forza cogente assistita (salvo esclusione) dal meccanismo dell'esecuzione in forma specifica ex art. 2932, co. 1, c.c.²⁵.

Pertanto, i tratti differenziali sopra richiamati, intercorrenti tra il primo e il secondo preliminare, escludono che possa profilarsi una successione di fattispecie contrattuali identiche con conseguente violazione del principio del *ne bis in idem*. Inoltre, si nota come un problema di meritevolezza non potrebbe investire, in ogni caso, il primo preliminare stipulato dalle parti. Infatti, questo fungerebbe più che altro da termine di paragone per valutare l'avvenuta violazione del suddetto principio da parte del secondo²⁶.

Infine, secondo un altro orientamento, un indice dell'ammissibilità del preliminare di preliminare nell'ambito del nostro ordinamento sarebbe integrato dalla circostanza dell'assenza di una disciplina completa del preliminare. Dai pochi aspetti disciplinati positivamente si evince l'intenzione del legislatore di rimettere all'autonomia negoziale varianti tipologiche del preliminare che, dunque, presenterebbe una "struttura polimorfa" in ragione dei diversi interessi perseguiti dalle parti²⁷.

Orbene, le Sezioni Unite della Cassazione, ritenendo tali contrasti giurisprudenziali solo apparenti prospetta un loro possibile superamento, attraverso un'interpretazione che tiene conto degli effettivi limiti dell'autonomia negoziale in materia di contrattazione immobiliare.

Segnatamente, la Suprema Corte ritiene opportuno andare al di là del *nomen juris* dell'atto negoziale, ritenendo preminente un'indagine sulla "comune intenzione" delle parti, mediante il ricorso ai criteri ermeneutici di cui agli artt. 1362 ss. c.c.

24 SALVADORI, *op. cit.*, p. 1003.

25 LEO, *op. cit.*, p. 51.

26 Sul punto convergono anche le Sezioni Unite, con la pronuncia in commento, le quali esplicitamente affermano che «l'assenza di causa che è stata rilevata quando si è discusso di "preliminare di preliminare" potrebbe in tali casi riguardare tutt'al più il secondo, ma non certo il primo contratto».

27 Di «struttura polimorfa» parla LEO, *op. cit.*, p. 51. Tuttavia, si precisa, come anche ribadito dalle Sezioni Unite, che l'istituto del contratto preliminare non è un "recipiente di comodo" in cui porre tutti gli istituti dagli incerti confini (ad esempio, l'opzione di definitivo).

In particolare, le Sezioni Unite hanno sostenuto, ricorrendo alla nozione di causa in concreto del contratto, l'ammissibilità di procedimenti negoziali atipici e distanti dalla classica scansione procedimentale contratto preliminare/contratto definitivo: il procedimento negoziale può presentare un'intensità progressiva e "graduata" se, in questo modo, le parti hanno inteso determinarsi²⁸.

Il preliminare di preliminare si inserirebbe all'interno di tale (atipica) sequenza procedimentale ed è meritevole di tutela in quanto sorretto da una causa in concreto che, in questi termini, costituisce fondamento e limite dell'autonomia negoziale, non essendo sufficiente che l'atto negoziale sia provvisto di una causa in astratto richiedendosi, altresì, che questa sia tesa al soddisfacimento di interessi meritevoli e concretamente perseguibili²⁹. Tale deve ritenersi l'interesse della parte ad una «negozia-

28 Si osserva una particolarità in relazione al ruolo assunto dalle parti. La proposta irrevocabile di acquisto (a cui si accompagna la dazione contestuale di una parte del prezzo a titolo di caparra) proviene dal potenziale acquirente e viene trasmessa alla parte venditrice che, quindi, assume il ruolo di oblatore, sebbene sia quest'ultima ad aver offerto il bene al mercato, incaricando l'intermediario. In senso critico all'assunzione della posizione di oblatore da parte del venditore. Cfr. NAPOLI, *Il riconoscimento giurisprudenziale del contratto di preliminare di preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, n. V; ID., *Il contratto preliminare di preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, n. I, p. 83: «è facile notare come questo sistema possa pregiudicare l'affidamento del potenziale acquirente, il quale resta del tutto estraneo, pur percependo spesso di esserne vittima, al gioco economico attuato dalla potenziale controparte e dall'intermediario, a tutto vantaggio di colui che intende vendere, sperando di ottenere condizioni più favorevoli, e del mediatore, che cerca di trarre dall'affare una maggiore provvigione».

29 È noto che la causa del contratto abbia avuto diverse stagioni. Prima dell'entrata in vigore del Codice Civile del 1942 la causa del contratto era stata concepita in senso soggettivo come "*causa obligandi*" rappresentando i motivi che inducono un determinato soggetto alla conclusione del contratto (l'art. 1104 Codice civile 1865 individuava tra i requisiti essenziali per la validità di un contratto "la causa lecita per obbligarsi"). Con l'entrata in vigore del Codice civile del 1942 si è abbandonata la concezione soggettiva di causa e si è accolta una concezione oggettiva corrispondendo la causa alla funzione economico-sociale del contratto ovvero a una «minima unità effettuale». V. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*⁷, Napoli, 2008, p. 375. Tuttavia, tale impostazione oggettiva di causa aveva sollevato dei problemi in quanto tale nozione di causa finiva per sovrapporsi al tipo, sebbene in realtà siano nozioni distinte, l'una rappresentando un elemento costitutivo del contratto ai sensi dell'art. 1325 c.c., la seconda individuandone lo schema legale. Sulla base di questa obiezione di fondo si è fatta strada, prima, in dottrina e, poi, in giurisprudenza l'idea che la causa debba rispondere ad una funzione diversa da quella economico - sociale e si è sostenuto come la stessa integrasse la funzione economico-individuale del contratto, costituendo la sintesi degli interessi concreti perseguiti dalle parti. Tale impostazione consente di differenziare la causa dal tipo, con la conseguenza che l'indagine (giudiziale) sulla causa del contratto si pone tanto rispetto ai contratti atipici, per i quali il vaglio di meritevolezza è espressamente previsto *ex lege*, quanto per i contratti tipici. Sul tema della causa del contratto la dottrina è vastissima. *Ex multis*: DIMAJO, *Causa del negozio giuridico* (voce), in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988; BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², Napoli, 1994; BRECCIA, *La causa*, in *Tratt. dir. priv.*, Torino, 1999; BIANCA, *Il contratto*², in *Dir. civ.*, Milano, 2000; CAMARDI, *Le istituzioni di diritto privato contemporaneo*², Napoli, 2007; FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968; ID.,

zione consapevole e informata»³⁰.

La Suprema Corte ha affermato, quindi, l'ammissibilità del preliminare di preliminare, valorizzando l'autonomia negoziale nel procedimento di formazione del consenso, così stemperando la rigidità di quell'impostazione teorica che considerava aprioristicamente nullo il preliminare di preliminare per difetto di causa³¹.

Invero, il Supremo Consesso non ha ignorato le intrinseche problematiche connesse al preliminare di preliminare in relazione alle possibili violazioni del principio del *ne bis in idem*, con riguardo alla *causa obligandi*.

Tuttavia, rifuggendo da considerazioni aprioristiche, le Sezioni Unite hanno ritenuto imprescindibile procedere caso per caso ad un'indagine giudiziale sulla causa del contratto, ponendo a confronto il contratto di preliminare di preliminare e il contratto preliminare, al fine di verificare la sussistenza o meno di eterogeneità degli interessi concreti perseguiti dalle parti (a cui corrisponde una diversità del contenuto negoziale).

Tali interessi concreti, che giustificano una formazione progressiva del contratto, possono consistere, ad esempio, per la parte venditrice, nell'esigenza di compiere accertamenti sulla persona della controparte (ad esempio, in ordine alla sua solvibilità ovvero alla provenienza lecita della sua prestazione, ecc.), per la parte acquirente, invece, nell'esigenza di verificare, ad esempio, lo stato urbanistico dell'immobile ovvero la presenza di eventuali vizi.

Quindi, solo un vaglio (giudiziale) di meritevolezza avente ad oggetto la causa del contratto (o, per meglio dire, dei due contratti) consentirebbe

L'“invisibile” presenza della causa del contratto, in Europa e dir. priv., 2002, p. 900 ss.; ID, La causa nella teoria del contratto, in Studi sull'autonomia dei privati, Torino, 1997; NAVARRETTA, Le ragioni della causa e il problema dei rimedi, L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti, in Riv. dir. comm., 2003, n. I; PUGLIATTI, Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico, in Diritto Civile, Metodo - Teoria - Pratica, Milano, 1951, p. 105 ss.; ROLL, Causa in astratto e causa in concreto, Padova, 2008; ROPPO, Il contratto, in Tratt. dir. priv., Milano, 2001; SACCO, La causa, in Tratt. Dir. Civ., Torino, 2004; SICCHIERO, Mancanza di causa, nullità e qualificazione del contratto, in Giur. It., 2011, n. X, p. 2044.

30 Nella pratica degli affari, può verificarsi che le parti (soprattutto, il compratore), sentano l'esigenza di acquisire una maggiore sicurezza in ordine alla praticabilità dell'operazione economica, mediante verifiche e acquisizioni di informazioni, riguardanti la persona della controparte (ad esempio, la verifica dell'inesistenza di contiguità mafiose) ovvero lo stato dell'immobile e il suo regime urbanistico. Pertanto, il preliminare di preliminare assolverebbe alla funzione di controllo delle sopravvenienze, coerentemente con l'indirizzo interpretativo contenuto nella sentenza della Cass., SS.UU., 1 ottobre 2009, n. 21045. Nell'ambito di tale pronuncia le Sezioni Unite, pur riferendosi al contratto preliminare, hanno affermato il principio per cui la finalità del contratto preliminare consiste nel «consentire, in vista della stipulazione del contratto definitivo, la verifica dell'esatta consistenza dell'immobile, della sua conformità alle norme urbanistiche e degli oneri tributari connessi al trasferimento». In tal senso anche DE MATTEIS, *Contratto preliminare*, in *Enc. giur.*, [http://www.treccani.it/enciclopedia/contratto-preliminare_\(Diritto_on_line\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/contratto-preliminare_(Diritto_on_line)).

31 Il riferimento è alla Cass., 2 aprile 2009, n. 8038, poc'anzi esaminata.

di scongiurare possibili violazioni del principio in relazione alla *eadem causa obligandi*³². Ne consegue che l'elemento causale rileva in termini di criterio di utilità del contratto secondo «un'obiettiva e ragionevole visione dei traffici commerciali»³³.

In relazione al caso di specie, la causa in concreto sarebbe integrata, dunque, «dall'interesse delle parti ad una formazione progressiva del contratto basata sulla differenziazione dei contenuti negoziali», essendo volto, il preliminare di preliminare concluso, a consentire una verifica (assurgendo a strumento di controllo delle sopravvenienze) dell'avvenuta cancellazione dell'ipoteca, senza la quale la parte acquirente verosimilmente non avrebbe concluso l'affare³⁴.

32 Si tratta, dunque, di una soluzione che conferma la nozione di causa del contratto come causa in concreto accolta dalla Cassazione a partire dal 2006. Nell'ambito di tale pronuncia si era affermato che la causa concreta del contratto consiste nello «scopo pratico del negozio» ossia «nella sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato» (Cass., 8 maggio 2006, n. 10490). Sul tema le Sezioni Unite si sono pronunciate, di recente, sia con la sentenza n. 6538/2010 (Cass., SS.UU., 18 marzo 2010, n. 6538) in tema di adempimento del terzo, attribuendo a quest'ultimo la natura di negozio con una causa in concreto suscettibile di essere variamente individuata a seconda delle circostanze concrete, sia con la sentenza n. 3947/2010 (Cass., SSUU, 18 febbraio 2010, n. 3947) elevandolo a criterio discrezionale per distinguere la polizza fideiussoria con clausola a prima richiesta dal contratto autonomo di garanzia. Sul punto, una parte della dottrina ha osservato come il contratto preliminare non sia tanto un contratto tipico quanto uno strumento la cui astratta funzione causale è determinata di volta in volta a seconda delle circostanze concrete (al pari della polizza fideiussoria e dell'adempimento del terzo). Cfr. CAMILLERI, *Dal preliminare ai preliminari: la frammentazione dell'istituto e la disciplina della trascrizione*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 98 ss.

33 In questi termini: NAPOLI, *Il contratto di preliminare di preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, n. I, p. 94. In tal senso si sono espresse anche le Sezioni Unite della Cassazione ritenendo che il contratto è meritevole di tutela solo se è idoneo «ad espletare una funzione commisurata agli interessi concretamente perseguiti dalle parti attraverso quel rapporto contrattuale». Conseguentemente, la causa del contratto sembra rispondere ad una duplice funzione: 1) criterio di interpretazione del contratto; 2) criterio di qualificazione del contratto.

34 Così, testualmente, la S. C. Peraltro, la definizione di formazione progressiva del contratto, richiamata dalla Cassazione, è assai distante da quella di carnelluttiana memoria in quanto la condizione da cui sarebbe dipesa nel caso di specie la stipula del contratto definitivo non è meramente potestativa. Infatti, l'espressione «formazione progressiva del contratto», coniata da CARNELUTTI, era utilizzata per descrivere l'ipotesi in cui «il contratto, per la coincidenza della volontà sugli elementi essenziali, si forma bensì, ma è condizionato sospensivamente: l'evento dedotto in condizione sospensiva consiste precisamente nel fatto futuro ed incerto che le parti riescano ad accordarsi su quella o su quella clausola accessoria. Soltanto, perché ciò sia, deve essere chiaramente manifestata la volontà di subordinare l'efficacia del contratto, ormai formato, all'avverarsi di tale condizione». Quindi, si configura ogni volta che la parte si riserva di decidere in ordine al contenuto di determinati termini contrattuali, così posponendo la definitiva conclusione del contratto. CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, n. II, p. 318 ss. È abissale la differenza che corre, allora, con la formazione istantanea del contratto. Quest'ultima si

Il Supremo Consesso aderisce così all'indirizzo interpretativo "possibilista" e assegna, attraverso il viatico della causa in concreto, un ruolo centrale all'interprete chiamato a verificare se tale contratto abbia ad oggetto un obbligo a contrarre ovvero un obbligo di contrattare.

In particolare, nel caso in cui il giudice ritenga che il preliminare di preliminare sia imperniato esclusivamente su un obbligo a contrarre, il medesimo assume una rilevanza pratica di cui è lecito e comprensibile dubitare, essendo asservito alla stipulazione di un contratto, il preliminare vero e proprio, avente analogo contenuto, configurandosi una realistica violazione del principio del *ne bis idem*. Infatti, in questo caso, il preliminare di preliminare costituirebbe una mera ripetizione o, per usare un'espressione ormai nota, una "inconcludente superfetazione"³⁵.

Diverso è il caso in cui il preliminare di preliminare abbia ad oggetto "il contrattare". Tale circostanza si verifica quando le parti, con la stipula del preliminare di preliminare, avendo interesse alla formazione progressiva del contratto, manifestano la disponibilità a modificare il contenuto del loro (futuro) negoziare. In tal caso, oggetto dell'obbligazione assunta con il preliminare di preliminare è la negoziazione, il contrattare, che integra, a detta delle Sezioni Unite, una funzione utile, quindi meritevole di tutela, del contratto. Con tale contratto le parti si obbligano esclusivamente a proseguire nelle trattative, con conseguente astratta applicabilità degli artt. 1337 e 1338 c.c. Infatti, le parti, consapevoli dei rischi connessi alla contrattazione, segmentano il procedimento di formazione del contratto, al fine di espletare un controllo sulle sopravvenienze, conseguentemente graduando il trasferimento degli obblighi derivanti dal contratto definitivo, sia sul piano temporale sia sul piano del loro grado di intensità³⁶.

configura quando tra le parti vi è un immediato accordo su tutti gli elementi del contratto per cui si intravede l'assenza di ogni forma di trattativa, per esser la proposta di una parte oggetto di completa adesione da parte dell'altra come, ad esempio, per la contrattazione di massa. Peraltro, il Codice civile del 1942 (come anche il previgente Codice Pisanelli) esclude che le condizioni meramente potestative possano produrre effetti, in quanto invalide ai sensi dell'art. 1355 c.c. Infatti, la condizione deve riferirsi ad un "evento" (oggettivo) futuro e incerto. Nel caso di specie, la condizione non era meramente potestativa, consistendo nell'assenso dell'istituto di credito alla cancellazione dell'ipoteca limitatamente alla porzione di immobile oggetto del contratto di vendita.

35 L'espressione "inconcludente superfetazione" è stata utilizzata dalla Cass., 2 aprile 2009, n. 8038. V. *supra*, par. 2. Secondo le Sezioni Unite non è possibile «assegnare utilità al *bis in idem* in quanto volto alla mera ripetizione del primo contratto ad identici contenuti», costituendo una "superfetazione inutile".

36 GABRIELLI, *op. cit.*, p. 152. Tale controllo sulle sopravvenienze non è tanto teso ad una rinnovazione del giudizio soggettivo di opportunità e di convenienza di conclusione del negozio, quanto ad una verifica della regolarizzazione di determinati aspetti (circostanza che, peraltro, si è verificata proprio nel caso sottoposto allo scrutinio della Suprema Corte). Come le Sezioni Unite hanno affermato esplicitamente «la procedimentalizzazione delle fasi contrattuali non può di per sé essere connotata da disvalore, se corrisponde "ad

La Suprema Corte ha ritenuto, quindi, che «la procedimentalizzazione delle fasi contrattuali non può di per sé essere connotata da disvalore, se corrisponde a un complesso di interessi che stanno realmente alla base dell'operazione negoziale», così eliminando gli ostacoli concettuali che rendevano ardua la riconduzione del procedimento formativo come tale all'autonomia negoziale³⁷. In questo modo, il preliminare di preliminare acquisisce una sua autonoma rilevanza quale "accordo procedimentale" stipulato dalle parti per regolamentare la formazione progressiva del loro contrattare.

Invero, in relazione alle intese precontrattuali, in cui è compreso anche il pre preliminare, si rende opportuno distinguere le due seguenti ipotesi: 1) la puntuazione non vincolante, con la quale le parti iniziano a discutere di un possibile affare, che sono prive di efficacia obbligatoria (ad esempio, le dichiarazioni di intenti); 2) la puntuazione vincolante, avente efficacia obbligatoria.

La puntuazione non vincolante si configura all'inizio della contrattazione e l'eventuale recesso dalle trattative non genera alcuna forma di responsabilità, salva l'applicabilità dei principi generali di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c.

La puntuazione vincolante si configura quando le parti hanno negoziato in modo irrevocabile alcuni profili del contratto.³⁸

Per quanto concerne quest'ultima, che poi altro non configura che un preliminare di preliminare, la Suprema Corte ravvisa l'opportunità di distinguere ulteriormente tra: 1) puntuazioni vincolanti con cui le parti fissano irrevocabilmente gli elementi essenziali dell'accordo che, in questo modo, può definirsi completo, riservandosi di dettare la disciplina degli

un complesso di interessi che stanno realmente alla base dell'operazione negoziale», così richiamando testualmente BIANCA, *op. cit.*, p. 452. Vero è che l'effetto di "rinviare" l'attuazione del regolamento contrattuale ad un momento successivo potrebbe essere perseguito anche apponendo un elemento accidentale al contratto come una condizione sospensiva. Le ragioni che possono spingere le parti a preferire un contratto preliminare ad un contratto sottoposto a condizione sospensiva possono consistere, ad esempio, nell'esigenza di valutare nel tempo un perdurante reciproco interesse alla conclusione dell'affare, di riservarsi uno spazio ulteriore di controllo per la verifica dell'esistenza di eventuali vizi del bene, di compiere specifiche attività anche di natura tecnica ovvero amministrativa (ad esempio, l'acquisizione del certificato di efficienza energetica o il certificato di agibilità o il certificato di sicurezza, qualora il venditore non ne sia in possesso al momento della stipula del contratto). Cfr. TORRENTE, SCHLENSINGER, *Manuale di diritto privato*¹⁷, Milano, 2004, p. 482 ss. Si osserva, altresì, come il "contratto condizionale" non produce l'effetto di "fermare l'affare" (a differenza di quanto avviene con il contratto preliminare). Infatti, esso determina in via definitiva e immediata l'assunzione dell'obbligo contrattuale, salvo rinviare la produzione degli effetti al verificarsi dell'evento futuro e incerto dedotto in condizione.

³⁷ Così, testualmente la S. C. nella pronuncia in commento. Cfr. PALERMO, *L'atipicità dei procedimenti di formazione del contratto*, in *Giur. it.*, 2015, V, p. 1064.

³⁸ Cfr. LEO, *op. cit.*, p. 54.

altri elementi (accidentali) in un momento successivo; 2) punteggiamenti vincolanti incomplete, in quanto sottoscritte dalle parti al solo ed esclusivo fine di “bloccare l'affare”.

In ogni caso, secondo la Suprema Corte, dalla violazione degli obblighi in esse sanciti discende una responsabilità di tipo contrattuale ai sensi dell'art. 1218 c.c., così configurando il “preliminare di preliminare” un quasi-contratto.³⁹

Ne consegue che, a detta delle Sezioni Unite, il *modus procedendi* seguito dall'orientamento tradizionale, frutto dell'adesione ad un'impostazione formalistica, basata sulla procedura bifasica preliminare/definitivo, è fallace in quanto “amputa” l'autonomia negoziale (procedimentale)⁴⁰.

Da qui l'importanza dell'interpretazione della “comune intenzione” delle parti, alla quale esclusivamente l'interprete dovrà appellarsi per com-

39 Ritieni il preliminare di preliminare un quasi-contratto PLAIA, *Da inconcludente su-perfezione a quasi contratto: la parabola ascendente del preliminare di preliminare*, in *Diritto civile contemporaneo*, 2015, n. II, <http://dirittocivilecontemporaneo.com/2015/05/da-inconcludente-superfezione-a-quasi-contratto-la-parabola-ascendente-del-preliminare-di-preliminare/>. In particolare, secondo l'Autore, l'obbligo del cui inadempimento o violazione si discute non nascerebbe dunque da contratto, ma dalla legge, cioè da un “quasi contratto” ex art. 1173 c.c., «in quanto ricompreso tra gli altri atti o fatti conformi all'ordinamento giuridico. Pertanto, «la verifica volta a valutare la meritevolezza dell'accordo (non contrattuale) sarebbe correlata alla sussistenza della causa concreta del suddetto quasi-contratto».

40 Si rileva come, la tipologia di autonomia negoziale considerata in questa sede non sia la generica autonomia negoziale, ma una sua particolare *species*: l'autonomia negoziale procedimentale, che concerne specificatamente il piano procedimentale, consistendo nella possibilità per le parti di scandire, adeguandolo alle proprie esigenze, il procedimento di formazione del contratto. Nel senso che da tale pronuncia si ricaverebbe l'esistenza della c.d. autonomia negoziale procedimentale per un approfondimento si rinvia a: BENEDETTI, *ibidem*; ID., *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002. In senso critico al percorso argomentativo seguito dalla Suprema Corte, pur apprezzando la distinzione tra obblighi procedimentali derivanti dal preliminare di preliminare e obblighi sostanziale derivanti dal contratto preliminare, si rinvia a PALERMO, *op. cit.*, p. 1064. Mi pare che si esprima criticamente alla configurazione del preliminare di preliminare anche DI MAJO, *Il preliminare torna alle origini*, in *Giur. it.*, 5, 2015, p. 1064. L'Autore manifesta delle perplessità rispetto alla configurazione del preliminare di preliminare, dubitando che possa atteggiarsi a causa del contratto la differenziazione dei contenuti negoziali: «Di talché non è chi non veda come il contratto preliminare (che si immagina) n. 1, a cui dovrebbe seguire un preliminare n. 2, non è tale in realtà ma solo manifestazione dell'interesse delle parti a predisporre così una prima *tranche* di materiale normativo, ma privo di ogni forma vincolante come tale. E a ciò poco giova l'emersione di un interesse delle parti a predisporre gradualmente il contenuto del contratto, perché si tratta di interesse “di mero fatto” ma privo di ogni *vestmentum* giuridico. Questo può essere rappresentato solo dalla volontà di ritenersi vincolati “alle condizioni”(essenziali) recate dall'accordo, così come fissate dall'art. 1325 c.c., anche se nella forma dell'obbligo a contrarre». Quindi, riprendendo le parole dell'Autore, la causa concreta del contratto non può considerarsi un «*pass partout* per delegare alle parti un controllo che spetta pur sempre all'ordinamento, quale giudizio sulla compatibilità tra l'atto di autonomia e i valori di esso». In tal senso, anche GALGANO, *Il contratto*², Padova, 2011, p. 154.

prendere se l'atto negoziale rientri tra i "vincoli obbligatori a carattere prenegoziale", per i quali opera il regime di responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. ovvero tra le "figure contrattuali atipiche", che denotano l'arrivo ad uno stadio prenegoziale molto avanzato per le quali la Suprema Corte ritiene integrato un regime di responsabilità contrattuale, seppur nei limiti dell'interesse negativo⁴¹.

5 Osservazioni conclusive e profili critici

In via preliminare, si osserva come l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Cassazione con la pronuncia in commento non abbia integrato un vero e proprio *overruling* giurisprudenziale, in quanto si limita ad apportare un temperamento ai principi espressi con la sentenza del 2 aprile 2009, n. 8038.

L'esistenza di una linea di continuità con la sentenza richiamata sembra essere confermata dall'utilizzo dell'avverbio «soltanto»⁴². Ne consegue che, a detta della Suprema Corte, il preliminare di preliminare non è valido *ex se*, ma solo nella misura in cui ("soltanto") presenti una causa concreta consistente nell'interesse delle parti ad una formazione progressiva dell'accordo e dalla quale, come conseguenza, derivi l'eterogeneità dei contenuti negoziali.

Infatti, la dinamica funzionale del contratto può richiedere che siano inseriti "momenti" ulteriori nel procedimento negoziale, che costituiscono "occasione di riflessione" per le parti con riguardo all'esame e alla risoluzione di determinate questioni.

Tali "fasi" procedurali aggiuntive alterano la scansione tradizionale tipica, contratto preliminare-contratto definitivo, dando origine ad una struttura (almeno) tripartita atipica del procedimento negoziale.

La meritevolezza sociale dell'interesse (procedimentale) ai sensi dell'art. 1322 c.c. deve misurarsi in relazione all'esistenza o meno di un fine pratico utilmente perseguibile.

Nel caso di specie, lo scopo pratico perseguito dalla parte promissaria

⁴¹ In questi termini, il vaglio di meritevolezza del preliminare di preliminare rimesso al giudice si traduce in un compito tutt'altro che agevole, dovendo verificare in prima battuta se tale accordo integra una puntuazione, un preliminare ovvero un preliminare di preliminare, e in quest'ultimo caso di verificare se il medesimo sia meritevole di tutela in quanto fondato su un interesse concreto delle parti alla formazione progressiva dell'accordo.

⁴² «Riterrà produttivo di effetti l'accordo denominato come preliminare con il quale i contraenti si obblighino alla successiva stipula di un altro contratto preliminare, soltanto qualora emerga la configurabilità dell'interesse delle parti a una formazione progressiva del contratto basata sulla differenziazione dei contenuti negoziali e sia identificabile la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare».

acquirente consisteva nella necessità di verificare, prima della sottoscrizione del contratto preliminare, che la parte venditrice avesse provveduto ad ottenere la cancellazione di un'ipoteca gravante sull'immobile, oggetto di vendita. Nella prospettiva della promissaria acquirente la cancellazione dell'ipoteca ovvero la sua permanenza, riflettendosi sullo stato di libertà da vincoli e pesi del bene, avrebbe inciso radicalmente sull'*an* della conclusione dell'affare.

Del resto, rientra nella libertà contrattuale della parte il diritto di scegliere di acquistare beni che soddisfino precise esigenze e, quindi, di riservarsi di verificare la rispondenza delle caratteristiche del bene al suo effettivo stato prima della conclusione del contratto preliminare in senso proprio. Tale "scopo pratico" integra un interesse concreto meritevole di protezione per la Suprema Corte. Un interesse che, inserendosi nel procedimento negoziale, altera la sua "tipica" dinamica funzionale legittimando la creazione di «vincoli obbligatori a carattere prenegoziale»⁴³.

Con l'elaborazione della nozione di causa in concreto, pertanto, si è attribuita rilevanza al possibile mutare del contesto economico e sociale che involge una determinata realtà sociale nel corso del tempo. La causa concreta rappresenta uno strumento fondamentale in quanto consente all'interprete di modellare gli spigoli di un rigido schematismo che, talvolta, caratterizza il diritto. Lo scopo è adeguarlo alle esigenze della prassi e dell'esperienza sociale, sullo sfondo di un auspicabile transito dalla mera astrazione alla razionalità dell'ordinamento giuridico quando tra l'una e l'altra si crei uno scollamento che si traduca in una *deminutio* di tutela per i consociati⁴⁴.

L'indirizzo interpretativo seguito dalla Suprema Corte è coerente con la natura di "promessa di prestazione" del contratto preliminare, sostenuta dalla giurisprudenza di legittimità, fin dal 1985, e dalla dottrina prevalente, della quale con la pronuncia in commento sono stati recepiti gli approdi interpretativi e teoretici⁴⁵.

43 Espressione utilizzata dalla S.C.

44 Con riguardo alla bibliografia in tema di causa in concreto si rinvia *supra*, nt.31.

45 Con la pronuncia Cass., SS.UU, del 27 febbraio 1985, n. 1720 si è affermato il principio secondo il quale anche nel caso di preliminare puro (e non solo di preliminare complesso) assumono rilevanza le inesattezze e vizi relativi al bene successivamente palesatisi, con conseguente possibilità di richiedere la riduzione del prezzo. Di seguito, la massima: «nel giudizio di esecuzione specifica dell'obbligo a contrarre derivante da preliminare di vendita può farsi valere anche la domanda diretta ad ottenere una riduzione di prezzo a fronte di consegna di un bene che sia difforme da quello oggetto di previsione (ad esempio riduzione di superfici) purché tale difformità non concretizzi un *aliud pro alio*». Si rinvia per approfondimenti a: CARINGELLA, *Lezioni e sentenze di diritto civile 2013*, Roma, 2014, p. 578; DI MAJO, *La tutela del promissario acquirente nel preliminare di vendita: la riduzione del prezzo quale rimedio specifico*, in *Giust. civ.*, 1985, VI, p. 1636 ss.; GABRIELLI, *Il "preliminare ad effetti anticipati" e la tutela del promissario acquirente*, in *Riv. dir. Comm.*, 1986, n. II, p. 303 ss.

La pronuncia in commento, pur presentando un'indubbia rilevanza per aver aperto il varco all'ammissibilità del preliminare di preliminare, recedendo gli orientamenti della dottrina prevalente, non è immune da profili di ambiguità che pure si ritiene opportuno, in questa sede, segnalare.

In primo luogo, le Sezioni Unite, nel sancire l'ammissibilità del preliminare di preliminare, non hanno compiuto una precisa distinzione tra profilo di meritevolezza e profilo di validità, quasi a sostenerne un'omogeneità sostanziale, suffragata dal richiamo alla nozione di causa in concreto del contratto. Tale *modus procedendi* solleva delle perplessità, in quanto alle due categorie corrispondono meccanismi distinti sul piano teoretico e applicativo.

In relazione alla categoria della validità, o meglio invalidità, la medesima viene in rilievo, come noto, in relazione a ipotesi di causa assente ovvero illecita.

La meritevolezza (di tutela), invece, rinvia al concetto di conformità all'ordinamento giuridico, e quindi di utilità in senso oggettivo (non soggettivo) dell'atto negoziale per le parti, in assenza della quale è preclusa la sua giuridicizzazione e, con essa, ogni tutela giuridica. Ben potrebbe accadere che un accordo presenti una causa in concreto, per cui è valido e, allo stesso tempo, possa comunque sollevare perplessità in merito alla sua utilità.

Dunque, si ritiene condivisibile l'opinione di quanti ritengono che in ordine al preliminare di preliminare «non venga in questione la validità dell'atto, ma la sua riconoscibilità quale strumento giuridico idoneo a comporre un effettivo contrasto di interessi economici».⁴⁶

Sarebbe stata certamente apprezzabile una distinzione da parte delle Sezioni Unite secondo cui il preliminare di preliminare può essere considerato: 1) valido, in quanto "munito" di causa concreta; 2) meritevole di tutela e, quindi, giuridicizzabile, in quanto "utile"⁴⁷.

Un altro aspetto intorno al quale si annida una certa ambiguità riguarda la natura degli obblighi discendenti dal preliminare di preliminare e il conseguente regime di responsabilità. Obblighi che le Sezioni Unite ritengono

La dottrina orientata in senso favorevole all'ammissibilità del preliminare di preliminare è vastissima. *Ex multis* si rinvia a: CHIANALE, *Il preliminare di preliminare: intentio certa sese obligandi?*, in *Riv. not.*, 2010, n. 1, p. 42; GAZZONI, *Il contratto preliminare*, p. 50 (mi pare che l'Autore non dubiti della validità del pre preliminare, bensì della sua giuridicizzabilità); D'AMBROSIO, *Riv. not.*, 1980, n. VI, p. 1555 ss.; SACCO, DE NOVA, *Il contratto*³, in *Tratt. dir. civ.*, Torino, 2004, p. 275; TOSCHI VESPASIANI, *Il "preliminare di preliminare" e la "proposta di acquisto accettata"*, in *Contratti*, 2009, p. 991; CARBONE, *Il diritto vivente dei contratti preliminari*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 614; FESTI, *op. cit.*, p. 626.

46 GAZZONI, *op. cit.*, p. 50.

47 FESTI, *op. cit.*, p. 630; TRIOLA, *Il contratto preliminare di vendita di immobili*, Milano, 2014, p. 17; GAZZONI, *op. cit.*, pag. 50: in relazione al pre preliminare «non viene in questione la validità dell'atto, ma la sua riconoscibilità quale strumento giuridico idoneo a comporre un effettivo contrasto di interessi economici»; più in generale, anche GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2011, p. 152.

di comprendere tra “gli altri atti o fatti idonei” di cui all’art. 1173 c.c.

Le Sezioni Unite, inquadrando il preliminare di preliminare nell’ambito di tale terza categoria di fonti (“gli altri atti e fatti idonei conformi all’ordinamento giuridico” ex art. 1173 c.c.), dimostrano di ritenerlo estraneo alla categoria del contratto propriamente inteso e confermano la tesi secondo la quale il medesimo si colloca a metà strada tra un’intesa precontrattuale e un contratto in senso proprio, integrando un “quasi-contratto”⁴⁸. Se così è, allora inevitabilmente si pongono dei problemi di coerenza con il regime di responsabilità individuato dalla Suprema Corte.

In particolare, la configurazione di una responsabilità di tipo contrattuale da inadempimento di un’obbligazione riconducibile al *tertium genus* degli “altri atti o fatti” di cui all’art. 1173 c.c. costituisce il *punctum dolens* della sentenza in commento.

Il riferimento alla “responsabilità contrattuale” è suscettibile di essere interpretato secondo una duplice lettura ricostruttiva.

Secondo una prima possibile ricostruzione, dalla violazione degli obblighi del preliminare di preliminare può discendere solo una forma di responsabilità precontrattuale ai sensi dell’ art. 1337 c.c.: pertanto, la Suprema Corte, richiamando la “responsabilità contrattuale”, avrebbe semplicemente inteso prendere posizione sulla natura della responsabilità precontrattuale⁴⁹.

Viceversa, secondo un’altra tesi, la Suprema Corte ha inteso riferirsi propriamente al modello di responsabilità contrattuale di cui all’art. 1218 c.c.⁵⁰. La premessa alla base di tale riflessione sarebbe l’implicita attribuzione della natura di vero e proprio contratto ex art. 1321 c.c. al preliminare di preliminare che, tuttavia, non appare evincersi *de plano* dal tenore della pronuncia in commento⁵¹.

48 La paternità dell’espressione «quasi-contratto» in relazione al preliminare di preliminare è da attribuirsi ad PLAIA, *ibidem*, secondo il quale «a questo punto, però, andrebbe chiarito ed affermato, senza ambiguità, che il “preliminare di preliminare” - nella ricostruzione fattane dalle Sezioni Unite e condivisa dalla dottrina citata - non è un contratto, ma un quasi contratto». Tale Autore riconosce il merito a tale pronuncia di aver restituito «una qualche rilevanza giuridica alla vicenda del preliminare di preliminare». Peraltro, tale qualificazione rimanda a quella particolare fonte che, nel sistema (chiuso) delle fonti delle obbligazioni previsto dal Codice Pisanelli, era per l’appunto così denominata.

49 FESTI, *op. cit.*, p. 628. Peraltro, in modo divergente da quanto affermato dalla giurisprudenza prevalente e da una parte della dottrina, che sostengono la natura extracontrattuale della responsabilità precontrattuale. In dottrina *ex multis*: BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000; *Il contratto*².

50 CARBONE, *op. cit.*, p. 624; BENEDETTI, *ibidem*.

51 «Secondo le Sezioni Unite si deve immaginare la pattuizione di un vincolo contrattuale che sia finalizzato ad ulteriori accordi e che il rifiuto di contrattare opposto nella seconda fase, se immotivato e contrario a buona fede, possa dar luogo a responsabilità contrattuale da inadempimento di un’obbligazione specifica sorta nel corso della formazione del contratto

Invero, delle ambiguità si annidano, su un piano tassonomico, anche intorno al tentativo di catalogazione delle punteggiamenti o minute compiuto dalla Suprema Corte.

Invero, secondo la nomenclatura dalla medesima suggerita, occorre distinguere tra “mera puntuazione” e “puntuazione vincolante”. In entrambi casi tanto più dettagliato è il loro contenuto quanto più ci si avvicina al contratto preliminare. Mentre nel primo caso non si configurano vincoli obbligatori a carattere prenegoziale, nel secondo sì. Inoltre, la puntuazione vincolante può essere preordinata anche “solo” a bloccare l’affare ovvero a disciplinare singoli profili che le parti reputano più o meno essenziali ai fini della prosecuzione della contrattazione.

Orbene, non è chiaro, sul piano pratico, in cosa si traduca questa distinzione e quali siano gli elementi “sintomatici” che consentono di ritenere di essere al cospetto di una puntuazione vincolante. Infatti, nel momento in cui le parti avviano le trattative di un affare di un certo rilievo economico, come spesso accade per gli acquisti di beni immobili, iniziano a determinarsi rispetto a determinati elementi dell’affare.

Quindi, premesso che uno *step* imprescindibile sarà integrato da un’indagine avente ad oggetto la “comune intenzione” delle parti, non è ben chiaro il *discrimen* tra l’una e l’altra.

A *fortiori ratione*, il problema si pone quando una parte abbia sottoscritto un generico accordo al fine di “fermare” l’affare. La genericità del contenuto dell’accordo pre preliminare, considerato di per sé, non depone in senso favorevole alla possibile configurazione della sua natura vincolante. Ne consegue che, verosimilmente, sarà questa l’ipotesi in cui più frequentemente delle altre potranno ravvisarsi possibili violazioni con il principio del *ne bis in idem*, in relazione all’inutilità dell’introduzione di una fase procedimentale ulteriore priva di uno scopo pratico specificatamente individuato.

(n.d.a. ossia un’obbligazione ai sensi dell’art. 1173 c.c.) e non propriamente *ex contractu*». Secondo una ricostruzione dottrinale, la Suprema Corte avrebbe potuto cogliere l’occasione di sottrarre il preliminare di preliminare al “mondo” delle intese precontrattuali al fine di valorizzarne la forza cogente, così facendo scaturire dalla sua violazione una forma di responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c. Nel senso di considerare il preliminare di preliminare come un vero e proprio contratto procedimentale, ossia un accordo avente ad oggetto la formazione progressiva del contratto, ossia il contrattare v. BENEDETTI, *ibidem*. L’Autore sostiene, inoltre, la natura contrattuale della responsabilità derivante dalla violazione del pre preliminare anche se nei limiti dell’interesse negativo. Anche PLAIA analizza criticamente la pronuncia in commento in quanto con l’attribuzione della qualifica di contratto al pre preliminare si sarebbe potuto procedere alla seguente *magna divisio* tra puntuazione (vincolante e non vincolante) e preliminare di preliminare. Dalla violazione degli obblighi discendenti dalla prima sarebbe discesa una responsabilità precontrattuale con conseguente diritto al risarcimento del danno nei limiti dell’interesse negativo. La violazione di obblighi compresi nel contratto di preliminare di preliminare (o preliminare-aperto) sarebbe stato fonte di responsabilità contrattuale con risarcimento dell’interesse positivo. V. PLAIA, *ibidem*.

Infine, un ultimo rilievo critico, che la pronuncia in commento sembra suggerire, attiene al ristretto ambito di ammissibilità del preliminare di preliminare. La Suprema Corte non ha attribuito, infatti, una valenza generalizzata al principio di diritto espresso⁵². Pertanto, problemi continueranno a porsi al di fuori del settore della vendita immobiliare: ad esempio, per il preliminare di appalto, per il preliminare del contratto di lavoro, per il preliminare di società.

Al di là dei profili critici rilevati, con tale pronuncia si assiste, dunque, coerentemente con il *trend* degli ultimi anni, a un'esaltazione dell'autonomia negoziale (procedimentale), che non può essere limitata quando la stessa miri alla realizzazione di interessi economici delle parti, quand'anche siffatti interessi si concretano nella mera ed esclusiva dilatazione dei tempi di conclusione del contratto, da cui discende, altresì, l'ammissibilità di procedimenti negoziali atipici⁵³. Un'autonomia privata che, tuttavia, si ritiene debba trovare un limite in sé stessa laddove si traduca in un "abuso", in quanto non sia tesa alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela, concretandosi, al contrario, in duplicazioni contrattuali inutili, sanzionate dall'ordinamento giuridico con l'inefficacia.⁵⁴

52 LEO, *op. cit.*, p. 54.

53 BENEDETTI, LAZZARO, *Sulla compravendita: questioni pratiche e soluzioni giurisprudenziali*, Milano, 2015, p. 287.

54 STEFINI, *Secondo le Sezioni Unite il preliminare di preliminare è valido; anzi no*, in *Diritto civile contemporaneo*, 2, 2015, n. II, <http://dirittocivilecontemporaneo.com/2015/06/secondo-le-sezioni-unite-il-preliminare-di-preliminare-e-valido-anzi-no/>.

Quaderni semestrali

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



Università
Ca'Foscari
Venezia

