

rivista di diritto privato

2 anno XIV - aprile/giugno 2009

Comitato scientifico

Giorgio De Nova
Natalino Irti
Pietro Rescigno
Piero Schlesinger
Paolo Spada
Adriano Vanzetti

Direzione

Giorgio De Nova
Michele Capodanno
Mario Cicala
Enrico Gabrielli
Luigi Augusto Miserocchi
Vincenzo Roppo
Giuliana Scognamiglio
Giuseppe Tucci
Giuseppe Vettori



**CACUCCI
EDITORE**

rivista di diritto privato

Pubblicazione trimestrale

Editrice

Cacucci Editore S.a.s.
Via D. Nicolai, 39 – 70122 Bari (BA)
www.cacuccieditore.it
e-mail: riviste@cacuccieditore.it
Telefono 080/62030890
Fax 080/5234777

Direttore responsabile

Nicola Cacucci

Comitato scientifico

Giorgio De Nova, Natalino Irti, Pietro Rescigno,
Pietro Schlesinger, Paolo Spada, Adriano Vanzetti

Direttore

Giorgio De Nova

Condirettori

Michele Capodanno, Mario Cicala, Enrico Gabrielli,
Luigi Augusto Miserocchi, Vincenzo Roppo,
Giuliana Scognamiglio, Giuseppe Tucci,
Giuseppe Vettori

Comitato editoriale

Pietro Abbadessa, Fabio Addis, Giuseppe Amadio,
Franco Anelli, Ciro Caccavale, Cristina Campiglio,
Paolo Carbone, Angelo Chianale, Massimo Confortini,
Giovanni D'Amico, Enrico del Prato, Valerio Di Gravio,
Fabrizio di Marzio, Aldo Angelo Dolmetta,
Andrea Fusaro, Carlo Ibba, Giancarlo Laurini,
Raffaele Lener, Francesco Macario, Vincenzo Meli,
Massimo Miola, Mario Notari, Giacomo Oberto,
Gustavo Olivieri, Mauro Orlandi, Fabio Padovini,
Giuseppe B. Portale, Renato Rordorf, Luigi Salvato,
Giuseppe Santoni, Davide Sarti, Michele Sesta,
Michele Tamponi, Federico Tassinari,
Gian Roberto Villa, Massimo Zaccheo,
Attilio Zimatore, Andrea Zoppini

Redattori-capo

Francesco Delfini, Gregorio Gitti, Arturo Maniaci

Realizzazione grafica

Quorum Italia S.r.l. – Bari

Fotocomposizione e stampa

Ragusa Grafica Moderna S.r.l. – Modugno (BA)

Autorizzazione Tribunale di Bari n. 16 Reg. Stampa
del 16/04/2009. Num. R.G. 1500/2009
Tariffa R.O.C.: Poste Italiane S.p.A. – Spedizione
in abbonamento postale – D.L. 335/2003 (conv.
in L. 27 febbraio 2004, n. 46) art. 1, comma 1.

Abbonamenti

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

Italia

Abbonamento annuale: € 125,00.

Esteri

Abbonamento annuale: € 250,00.

Magistrati e Uditori giudiziari

Sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alla Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39, 70122 Bari, o via Fax al n. 080/5234777 o rivolgendosi al Servizio clienti al n. 080/62030890, o via e-mail rivista@cacuccieditore.it. Nell'ordine d'acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

Prezzo singola copia: € 35,00.

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Per l'invio di corrispondenza:

Cacucci Editore S.a.s. - Redazione, Via Nicolai, 39,
70122 Bari.

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti,
Via Nicolai, 39, 70122 Bari.
Tel. 080/62030890, Fax 080/5234777,
e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003,
n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno
conservati nel data base informatico del titolatore
del trattamento Cacucci Editore S.a.s..

I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società,
da enti e società esterne ad essa collegati,
nonché da soggetti terzi, titolari autonomi
del trattamento, solo per l'invio di materiale
amministrativo-contabile, commerciale e promozionale.

Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha
diritto di conoscere, aggiornare, rettificare,
cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti
i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione
scritta a Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39,
70122 Bari.

rivista di diritto privato

2009

Comitato scientifico

Giorgio De Nova

Natalino Irti

Pietro Rescigno

Piero Schlesinger

Paolo Spada

Adriano Vanzetti

Direzione

Giorgio De Nova

Michele Capodanno

Mario Cicala

Enrico Gabrielli

Luigi Augusto Miserocchi

Vincenzo Roppo

Giuliana Scognamiglio

Giuseppe Tucci

Giuseppe Vettori



CACUCCI
EDITORE

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

SOMMARIO 2/2009

Saggi e pareri

Prefazione al Trattato di diritto civile

di Francesco Galgano

7

Il contratto alieno e le norme materiali

di Giorgio De Nova

25

**Diritto e potere in un mondo senza costi di transazione: un saggio
sulla funzione legittimante della narrativa Coasiana**

di Francesco Denozza

31

Ipoteca e garanzia fluttuante nel diritto cinese delle garanzie del credito

di Enrico Gabrielli

65

Difese e decisioni

**Direzione e coordinamento *ex art. 2497-septies* cod. civ. sulla base
di un contratto di affiliazione commerciale.**

Sentenza 16 gennaio 2009, n. 128 del Tribunale di Pescara

75

Saggi e pareri

Prefazione al Trattato di diritto civile*

di Francesco Galgano

Questo Trattato è l'ultimo stadio di una impresa, di sistemazione organica delle materie regolate dal codice civile e dalle leggi che lo integrano, alla quale attendo da molti decenni. Avevo cominciato, al principio degli anni ottanta, con un manuale di mille pagine, il Diritto privato, destinato agli studenti, giunto ora alla quattordicesima edizione. Il manuale si era dilatato, alla fine di quel decennio, in un'opera in più volumi, di tremila pagine complessive, dal titolo Diritto civile e commerciale, progressivamente accresciuta nelle edizioni successive, fino all'ultima, la quarta edizione, del 2004. Era destinata ad un pubblico più maturo, soprattutto ai professionisti del diritto, avvocati, magistrati, notai, oltre che ai laureati che si accingono ad affrontare gli esami di ammissione alle relative carriere.

Il presente Trattato si rivolge al medesimo pubblico, ma in un quadro di riferimento che è, nel frattempo, alquanto mutato. Vuole soddisfare le esigenze di un sapere organico e sistematico in un'epoca di vaste e incessanti trasformazioni delle fonti del diritto civile, e caratterizzata, in modo sempre più invasivo, dalla proliferazione dell'editoria giuridica iperspecializzata su temi settoriali e, soprattutto, dominata dall'avvento di tecniche di informazione telematica, che parcellizzano la conoscenza del diritto, creando l'illusione – ma solo di illusione si tratta – che una rapida e puntuale informazione possa sostituire i classici strumenti della formazione giuridica. Sono ragioni in più, rispetto a quelle già avvertibili in passato, per riportare il nuovo che avanza, e che si manifesta con le odierne tecniche di informazione, entro l'unità del sistema del diritto civile.

* * *

Una prefazione sul perché di questo Trattato e sul come sia stato concepito deve prendere le mosse da più lontano.

Penso di non togliere nulla alla meritata fama che circondò il nome di Francesco Messineo se dico che la fortuna che, negli anni cinquanta, incontrarono i volumi del suo Manuale di diritto civile e commerciale fu soprattutto dovuta al fatto che egli seppe soddisfare un bisogno profondamente sentito tanto dai teorici quanto dai pratici del diritto, nella scuola come nelle aule di giustizia: quello di una trattazione

* Si ringrazia il Prof. Galgano per aver consentito alla Rivista di pubblicare la Prefazione al suo *Trattato di diritto civile*, edito nel 2009 da Cedam.

estesa all'intera materia del codice civile e delle leggi ad esso collegate e, ad un tempo, dotata di quella organicità che solo la mano di un unico autore può imprimere. Il Manuale di Messineo, avvertì negli anni ottanta Giorgio De Nova, era allora «la dottrina», non una dottrina: era il sistema completo del diritto privato, capace di dare risposta a ciascun problema, ed una risposta coordinata con la risposta data ad ogni altro problema; e De Nova si rammaricava che «nessuna opera di pari ampiezza e di un'unica mano l'ha poi sostituita». La sua fama, in lontani continenti, è ancora immutata: mi è accaduto, in un recente viaggio in Argentina, di sentirmi chiedere se avevo conosciuto di persona Francesco Messineo, ed alla mia risposta affermativa ha fatto seguito un'ulteriore domanda; mi è stato chiesto di descrivere com'era, fisicamente.

Nei decenni successivi all'opera di Messineo le trattazioni sull'intero diritto privato si sono, per un verso, contratte nei limiti dei manuali di istituzioni e, per altro verso, dilatate a dismisura in grandi trattati e grandi commentari, curati da più autori e, talvolta, da una moltitudine di autori. Non voglio essere critico nei confronti dell'uno o dell'altro genere letterario: io stesso mi sono cimentato, e mi cimento tuttora, nell'uno come nell'altro, dirigendo il *Commentario del codice civile* fondato da Scialoja e Branca e il *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, da me stesso fondato. Proprio per l'esperienza che ho di entrambi i generi posso però dire che entrambi svolgono funzioni essenziali, ma che né l'uno, né l'altro sono in grado di assolvere la funzione a suo tempo assolta dall'antico Messineo: i «manuali per le matricole», per usare l'espressione di Rodolfo Sacco, non possono e non debbono impartire che i primi rudimenti; le grandi opere collettive non possono soddisfare, per la molteplicità delle mani che concorrono a formarle, il bisogno di sapere sistematico e coordinato dei giovani laureati o l'esigenza di rapido e sicuro orientamento degli operatori professionali del diritto. Il grande mercato che i manuali di istituzioni di diritto privato trovano – come gli editori attestano – presso laureati e professionisti dimostra quanto siano avvertiti, pur dopo il completamento degli studi universitari, quei bisogni di sapere sistematico e coordinato, di sicuro e rapido orientamento. Li si soddisfa in modo inadeguato piuttosto che lasciarli affatto delusi. Ricordo che Walter Biggavi, un giurista che ha dominato la scena della cultura giuridica italiana della metà del Novecento, avvertiva il bisogno di tornare sui manuali. Un giorno, da suo giovane allievo qual ero allora, lo trovai intento nella lettura delle Istituzioni di diritto civile di Trabucchi. Non le consultava, le leggeva, perché da saggista qual era sentiva, mi spiegò, l'esigenza di tornare al generale quadro di riferimento.

* * *

L'opera di Messineo è qui rievocata come la soddisfazione di un bisogno tuttora avvertito e non più soddisfatto, non come un modello al quale doversi in tutto e per

tutto adeguare. Il tempo di quel Manuale era segnato dall'avvento, allora recente, del codice unificato di diritto privato, che reclamava un'opera di sistemazione concettuale del nuovo assetto normativo della materia; ed era il tempo della ricostruzione materiale e morale della società civile italiana: Messineo vi contribuì, dal suo punto di vista, ricostituendo l'unità del sistema delle conoscenze del giusprivatista. Nel nostro tempo, a oltre sessant'anni dalla codificazione, la situazione è molto cambiata: il codice civile resta sullo sfondo, pur con le tante leggi successive che lo hanno in varie parti emendato; in primo piano emergono altre fonti di produzione giuridica con le quali il teorico e il pratico del diritto debbono quotidianamente misurarsi. È oggi un fatto che gli atti defensionali degli avvocati e le sentenze dei giudici citano sempre meno i codici e sempre più la giurisprudenza sui codici; è un fatto che l'elaborazione dottrinale è, sempre più largamente, analisi e sistemazione del materiale giurisprudenziale.

Ripeto qui quanto ho più volte scritto altrove: la nostra non è più l'epoca della legislatio; l'era post-industriale, nella quale ormai viviamo, è sulla scena del diritto l'era della iurisdictio.

Un tempo, quando la cultura giuridica celebrava l'illuministico primato della legislatio, circolava questo detto: «basta una nuova legge per mandare al macero intere biblioteche». Oggi dobbiamo correggere l'antico paradosso: è lecito asserire che basta, per mandare al macero intere biblioteche, un mutamento degli orientamenti della giurisprudenza. I fatti illeciti ne offrono un illuminante esempio. Nulla è mutato, dal 1942 ad oggi, nel testo normativo dei diciassette articoli che il codice civile ha dedicato loro. E tuttavia il senso di questi diciassette articoli è a tal punto cambiato, per gli incessanti mutamenti intervenuti nella giurisprudenza, da rendere più volte obsoleta la letteratura in argomento.

Oltre vent'anni or sono avevo avvertito l'opportunità di fondare una rivista che, come il sottotitolo segnala, vuole essere la sede di Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale. Non a caso la rivista si era aperta con un mio scritto su *Le mobili frontiere del danno ingiusto*. Avevo evocato, in quello scritto, l'immagine dell'universo in espansione, destinato a dilatarsi oltre ogni limite. L'esperienza dei decenni successivi ha confermato che la metafora era calzante, rivelando di quanta forza espansiva sia dotato, al di là di ogni frontiera allora prevedibile, l'universo della responsabilità civile.

Non si pensi che al macero siano destinate, per le innovazioni giurisprudenziali, solo particolari settori della letteratura giuridica, quelli direttamente toccati dall'evoluzione della giurisprudenza. Le implicazioni che ne derivano possono sconvolgere dalle fondamenta il sistema del diritto civile, le sue categorie ordinanti, la sua grammatica elementare. Mi riferisco a quanto è accaduto in conseguenza della estensione della tutela aquiliana ai diritti di credito, che ha sconvolto la summa divisio dei di-

ritti patrimoniali, quale la pandettistica tedesca dell'Ottocento, da Savigny a Windscheid, sembrava avere fondato, sulla base del diritto romano, in termini che apparivano ormai definitivi: diritti reali, come diritti assoluti sulle cose (*iura in re*), opponibili *erga omnes*, e diritti di obbligazione (*iura in personam*), come diritti relativi, spettanti nei confronti di uno o più soggetti determinati o determinabili. Qualcosa, invero, era già cambiato in forza di legge circa la differenza tra diritto reale e diritto di obbligazione. È diritto di obbligazione, e non diritto reale, il diritto al godimento della cosa altrui che il contratto di locazione attribuisce al locatario; e, tuttavia, il contratto di locazione è, a partire dal *code Napoléon*, sottratto al principio romanistico *emptio tollit locatum* e reso opponibile dal locatario ai successivi proprietari della cosa.

Permaneva, pur tuttavia, il carattere antico dell'assolutezza dei diritti reali, giacché solo essi fruivano di una difesa assoluta: solo il proprietario, oltre che il titolare di diritti reali minori aveva azione in giudizio contro chiunque contesti l'esercizio del suo diritto. Si insegnava che i diritti di obbligazione, all'opposto, fruiscono di una difesa solo relativa: il loro titolare può difenderli, con azione in giudizio, solo nei confronti della persona dell'obbligato, mentre non può agire verso i terzi che contestino il suo diritto. Egli non può fare a meno, per la difesa del suo diritto nei confronti di costoro, della cooperazione del proprio debitore.

Si era ritrovata su questo terreno la differenza fra la locazione, quale diritto personale di godimento della cosa altrui, e i diritti reali su cosa altrui. Sia il locatario sia l'usufruttuario hanno diritto alla consegna della cosa; ma, se questa è detenuta da un terzo, l'usufruttuario potrà direttamente agire nei suoi confronti per ottenerne la consegna; il locatario, invece, avrà azione solo verso il locatore, perché recuperi il possesso della cosa e, quindi, gliela consegni. Ancora: se, dopo la consegna, il godimento della cosa viene diminuito dalle molestie di un terzo che pretenda di avere diritti sulla cosa, il locatario deve rivolgersi al locatore per ottenere da questo il ristabilimento del proprio godimento. L'usufruttuario, invece, può direttamente agire per negare l'altrui servitù. Il secondo, insomma, è titolare di un diritto sulla cosa e può difendere da sé contro chiunque il proprio diritto; il primo non ha che una pretesa alla prestazione dell'obbligato.

Fino al principio degli anni settanta l'antica sistemazione concettuale dei pandettisti conservava tutta la propria validità. Sennonché, a partire da quel tempo, la nostra giurisprudenza ha progressivamente esteso ai diritti di credito la tutela aquiliana, un tempo riservata ai diritti assoluti: al creditore, il cui diritto sia stato pregiudicato da un terzo, è riconosciuta azione contro di lui per il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2043 e, se possibile, per la reintegrazione in forma specifica (art. 2058). I diritti di credito erano così diventati diritti patrimoniali protetti nei confronti di chiunque, come un tempo erano stati solo i diritti reali. Oggi ben può parlarsi di

difesa assoluta dei diritti personali di godimento, e la distinzione fra diritti reali e diritti di obbligazione è stata rifondata su altre basi: i diritti reali, e solo i diritti reali, sono suscettibili di possesso; essi, e soltanto essi, sono suscettibili di acquisto a titolo originario. La differenza ora attiene solo alla legge di circolazione: i diritti reali si possono acquistare, in quanto suscettibili di possesso, anche a titolo originario; i diritti di credito, per contro, si possono acquistare solo a titolo derivativo.

Un rivolgimento epocale delle categorie fondamentali del diritto civile si era, dunque, attuato non già per effetto di riforme legislative, bensì solo per conseguenza indiretta di una innovazione giurisprudenziale. Era bastata una sentenza, la celebre sentenza sul caso Meroni del 1971, per travolgere il dogma della relatività dei diritti di obbligazione. Fino a pochi anni prima, pronunciandosi sul non meno celebre caso Superga, la Cassazione era rimasta fedele all'antico dogma: avere giudicato come «danno ingiusto», risarcibile a norma dell'art. 2043, solo il danno lesivo di un diritto assoluto. La partizione classica dei diritti reali si rifletteva ancora nelle applicazioni giurisprudenziali. Con l'affermata risarcibilità della lesione del credito la Cassazione ha armato di difesa erga omnes anche i diritti di obbligazione, ed ha così destinato al macero, oltre che la precedente letteratura sui fatti illeciti, anche l'antica teoria generale del diritto civile.

Ciò che si è fin qui detto per il fatto illecito vale, in larga misura, anche per quell'altra fondamentale categoria, ordinante il moderno diritto civile, che è il contratto. Valgono, anche riguardo al contratto, le considerazioni sulle biblioteche da mandare al macero; come vale la constatazione che a procurare loro un simile destino sono state, più che le innovazioni della legislazione, quelle della giurisprudenza, che anche in questa materia sono da iscrivere, piuttosto che in particolarità nazionali, in più generali mutamenti intervenuti nel senso giuridico del nostro tempo.

Lo scambio contrattuale ha teso ad oggettivarsi, perdendo molti dei tradizionali caratteri di volontarietà: più che a stabilire se lo scambio sia voluto dai contraenti, si tende oggi a valutare se esso sia uno scambio congruo, che soddisfi le esigenze di «giustizia» del contratto, apprezzate da una giurisprudenza che riserva al giudice la funzione detta – sono parole della Cassazione – di «governo giudiziario della discrezionalità contrattuale». L'oblio è ormai caduto su quel superconcetto, collocato in posizione sovrastante il contratto, che era il negozio giuridico, avente la funzione di esaltare l'imprescindibile signoria della volontà. E manuali di diritto privato, costruiti anni addietro sul predominio di questo superconcetto, si sono dovuti riscrivere, come è stato riscritto il manuale di Andrea Torrente, espungendolo dalla trattazione della materia, siccome non più adeguato alla esposizione del moderno diritto civile.

Fatto illecito e contratto non sono mondi separati. Questo Trattato mette in evidenza la complementarità che fra l'uno e l'altro intercorre. Il contratto, per realizzare appieno la propria funzione, ha bisogno della responsabilità extracontrattua-

le, che gli viene in soccorso con la tutela aquiliana del credito e, ancor più, con la tutela aquiliana della libertà contrattuale. Per converso, la responsabilità contrattuale conquista territori in precedenza occupati dalla responsabilità extracontrattuale. È il caso della emergente figura della responsabilità da «contatto sociale», che espande l'area della responsabilità per inadempimento, in passato circoscritta all'inadempimento contrattuale, fino all'inadempimento di un non contrattuale dovere di protezione, così apprestando una tutela delle ragioni del singolo più energica di quella che tradizionalmente gli era offerta dalla responsabilità aquiliana.

* * *

Del contratto non è mutato solo il concetto; ne è mutata, nel tempo presente, anche la funzione. Lo si concepiva, in passato, come strumento di composizione di interessi particolari, da attuare secondo modelli di composizione prefigurati dalla legge; oggi tende, all'opposto, a prendere il posto della legge, a prefigurare esso stesso nuovi modelli di composizione degli interessi.

Le concezioni classiche del diritto non collocano il contratto, come non collocano la sentenza, fra le fonti normative; ma, se continuassimo a concepire il contratto e sentenza come mere applicazioni del diritto, e non come fonti di diritto nuovo, ci precluderemmo la possibilità di comprendere in qual modo muta il diritto del nostro tempo.

L'inidoneità della legge alla innovazione giuridica deriva da due caratteri dell'economia contemporanea, la quale è, anzitutto, una economia metanazionale, in antitesi con il carattere nazionale dei sistemi legislativi, ed è, in secondo luogo, una economia in continua trasformazione, la quale reclama flessibili strumenti di adeguamento del diritto ai mutamenti della realtà, in antitesi con la rigidità delle leggi.

La contraddizione fra internazionalità dei mercati e nazionalità del diritto non è certo assoluta: le convenzioni di diritto uniforme tendono, in qualche misura, a superare la contraddizione, come è accaduto con la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale; sul versante dell'economia possiamo ben dire che con i mercati internazionali coesistono i mercati nazionali; e le stesse imprese dette multinazionali sono relativamente tali, giacché esse affondano le proprie radici nei paesi d'origine, che ne costituiscono, per così dire, il campo-base, dal quale prendono slancio per muovere alla conquista del mondo.

La contraddizione in parola, nella larga e crescente misura in cui si manifesta, tende ad essere superata dal contratto: in particolare dalla circolazione internazionale dei contratti atipici. Nulla è più internazionalmente uniforme, sulla attuale scena del diritto, quanto il contratto atipico. Ci nutriamo, quotidianamente, di modelli contrattuali con nome inglese, perché ideati negli Stati Uniti, ma rivelatisi capaci di

soddisfare, al di là di ogni frontiera nazionale, le emergenti necessità degli scambi commerciali. Ma altrettanto significativo è come questa internazionalizzazione si realizzi; soprattutto, quale apporto venga in questa direzione offerto dalle giurisprudenze nazionali. Solo una osservazione superficiale può indurre a pensare che tutto si esaurisca nell'aggiungere alle figure contrattuali tipiche una serie di figure atipiche. Un profondo mutamento si è manifestato, negli indirizzi giurisprudenziali, di fronte allo stesso concetto di autonomia contrattuale, di causa del contratto, di collegamento contrattuale e così via, ossia di fronte alle categorie ordinanti del sistema del diritto privato. Qui segnalo come, per aprire le frontiere nazionali alla circolazione dei contratti atipici, i nostri giudici abbiano manifestato la propensione a valutare la meritevolezza degli interessi perseguiti, secondo il criterio di cui all'art. 1322, comma 2°, del codice civile, oltre i confini del nostro ordinamento giuridico, sulla più vasta scena degli ordinamenti di affine civiltà giuridica, come è accaduto, in particolare, di fronte al contratto autonomo di garanzia, giudicato come valido contratto atipico, nonostante la sua contrarietà al principio di accessorietà della garanzia personale, perché riconosciuto come valido nella grande area dei Paesi con i quali intratteniamo rapporti commerciali.

Il commercio internazionale ha dato vita, sotto il nome di Nuova *lex mercatoria*, della quale i Principi sui contratti commerciali internazionali, elaborati da Unidroit, costituiscono una riconosciuta fonte di cognizione, a nuove categorie del diritto regolatore dei contratti ed a nuove figure che, come è accaduto per l'*Hardship*, hanno finito con l'essere recepite nelle codificazioni nazionali, in particolare nella riforma tedesca del diritto delle obbligazioni, o sono comunque entrate, anche dove non recepite in sede legislativa, nel ragionamento dei giuristi nazionali.

Rispetto agli anni di Messineo l'impresa si presentava, dunque, alquanto più ardua: il materiale da ordinare, da sistemare, da coordinare si è enormemente accresciuto, e non solo per la proliferazione delle leggi speciali, non solo per la presenza del diritto comunitario e di nuove convenzioni internazionali di diritto uniforme; soprattutto per il grande sviluppo, a quei tempi impensabile, della attitudine manifestata dalla modellistica contrattuale e dalla giurisprudenza a creare nuove regole di diritto.

Alla giurisprudenza ho ritenuto di dover riservare ampio spazio, ed uno spazio che non si esaurisse nel citare a piè pagina, secondo una inveterata tradizione, le sentenze conformi o contrarie a quanto predicato nel testo. Quando mi è sembrato necessario ho assolto anche una funzione informativa, ed ho in nota riportato per esteso, o per stralcio dei brani più significativi, le massime della motivazione. Ma una mera informazione sarebbe stata affatto inadeguata: nella mia trattazione, adeguandomi alla realtà della odierna organizzazione giuridica, ho assegnato alla giurisprudenza un rilievo almeno pari che alla legislazione e, ovviamente, un rilievo maggiore laddove il discorso si è imbattuto in figure di creazione giurisprudenziale

oppure in figure nate dalla pratica degli affari e non regolate da alcuna norma di legge, ma governate solo da principi giurisprudenziali. Il metodo seguito è stato di prospettare le questioni così come insorte nell'esperienza giudiziale e di discuterne le soluzioni alla luce di quanto deciso dai giudici. L'impresa che mi sono proposto è stata di ricostruire il sistema del diritto civile quale oggi risulta dal concorso del dettato legislativo e, in continuità con questo, dagli apporti della giurisprudenza e della modellistica contrattuale.

* * *

Il discorso sulle biblioteche da mandare al macero non può essere spinto all'estremo, fino a supporre la prossima abolizione totale di ogni biblioteca. È ben vero che, in tempi di trasformazioni rapide ed incessanti, quali sono i tempi in cui viviamo, c'è un bisogno di informazione altrettanto rapida e continua; ed è altrettanto vero che a questo bisogno fanno fronte, con le sempre più avanzate tecnologie, l'informatica giuridica e le reti telematiche, capaci di raggugliare, giorno per giorno, sulle novità giurisprudenziali.

Il diritto in rete resta però informazione, e null'altro che informazione; non sostituisce la formazione. Una informazione disgiunta dalla formazione culturale conduce, fatalmente, alla progressiva perdita delle capacità critiche e selettive, con il rischio di una totale e definitiva atrofia dei corrispondenti circuiti cerebrali, proprio come in quella novella di Isaac Asimov, nella quale si immagina (ma la fantascienza sta diventando realtà?) che gli uomini del futuro, disabituati dalle calcolatrici elettroniche al calcolo mentale, abbiano perduto la facoltà di calcolare a mente che due più due fa quattro. Non sanno più ragionare; il computer li dispensa dal farlo, dando loro, già pronta, la soluzione.

La formazione (cioè la cultura) si fa con quei prismi a sei facce, per dirla con Jorge Borges, che si chiamano libri; in quei prismi esagonali è depositata, nelle origini, negli sviluppi, nell'attualità, ciò che si definisce come il sapere, e qui alludo al sapere giuridico. Ma le lamine di carta, per dirla ancora con Borges, che compongono questi prismi, e che sono i trattati, i commentari, le monografie, le enciclopedie, ciascuno formati da innumerevoli, meditate, documentate, argomentate lamine, sfuggono alla digitazione. Per l'informatica non esistono, né sono mai esistite. Quale che sia lo strumento informatico utilizzato, compact disk o terminale elettronico, l'utente altro non intercetta, pur avvalendosi delle più svariate parole chiave, se non massime di giurisprudenza e, quale «dottrina», titoli di articoli apparsi in riviste giuridiche. Sotto questo aspetto, le banche dati hanno il pregio della completezza, perché le riviste le conoscono tutte, proprio tutte, fino al «Circolo giuridico di Canicattì» e alla «Giurisprudenza dell'Alto Lazio».

Plinio ammoniva: *ponderantur sententiae, non numerantur*, le opinioni si ponderano, non si contano. Ma l'informatica, per sua stessa natura, non sa ponderare; non è in grado di offrire criteri selettivi; sa solo quantificare, sa solo numerare. Perciò fa dire agli avvocati, come spesso si legge nei loro atti giudiziari, che una data opinione è nettamente prevalente, anche se questa prevalenza è solo un dato statistico, basato sul maggior numero, che è fatalmente fatto di principianti o di pratici del diritto, rispetto al numero, inevitabilmente inferiore, dei veri e propri maestri del diritto. Per lo strumento informatico, e per chi da esso attinge informazioni, costoro sono altrettanto sconosciuti quanto la massa dei predetti principianti o dei predetti pratici che, per il solo fatto di scrivere sulla «Rivista giuridica della Daunia inferiore», sono d'incanto trasformati in «dottrina».

Ma anche costoro, a ben vedere, si indottrinano su strumenti informatici e, alla fine, neppure essi sanno distinguere il grano dal loglio: Luigi Mengoni vale quanto Pinco Pallino; e tre Pallino mettono in netta minoranza Mengoni, che diventa dottrina minoritaria, da non prendere in seria considerazione. La Cassazione, per fortuna, non decide sulla base di simili rilevazioni statistiche; e, se la giurisprudenza si evolve, ciò accade perché essa non sempre si adagia sulla *communis opinio*, sull'opinione dei più.

Le reti telematiche hanno certo fatto molti progressi; e si legga pure, come è consentito dalla telematica, la motivazione delle sentenze della Cassazione. Ben poco se ne ricava, se non si è in grado di collocarla, per le premesse da cui muove e per le implicazioni o gli sviluppi di cui è suscettibile, entro quel più generale quadro di riferimento che solo i predetti prismi a sei facce possono dare.

Spesso si legge, nella motivazione delle sentenze, che i giudici hanno, nel giudicare, prestato adesione ad una autorevole dottrina, oppure che hanno da essa dissentito. Non la citano, per il divieto di legge al riguardo (un divieto, per la verità, che ha ormai perso ogni ragion d'essere, non vivendosi più ai tempi dell'*ipse dixit*, della tavola delle citazioni). Ma l'autore del corredo informativo che accompagna le sentenze non sa identificare l'autorevole dottrina menzionata nella sentenza; si limita a scrivere: vedi, in senso conforme, Pinco Pallino, in «Giurisprudenza molisana», e il navigatore in internet ne sa quanto prima. Un tempo, quando l'informazione giurisprudenziale era curata solo da riviste cartacee, e non ce n'erano che due, l'arduo compito nel quale i loro redattori si cimentavano (e fu un compito nel quale io stesso, per una di quelle riviste, ebbi a cimentarmi) consisteva nell'identificare, oltre che i precedenti di giurisprudenza, le basi dottrinali delle sentenze. Ed il valore aggiunto di quelle riviste, aggiunto alla integrale pubblicazione delle sentenze, consisteva in questo ulteriore apporto, informativo e formativo ad un tempo, cui i redattori attendevano sotto l'esperto controllo del direttore della rivista. Oggi, di riviste del genere, ce ne sono un'infinità, tutte in rete. Ma il servizio, senza dubbio meritorio, che esse

rendono sta solo nel pubblicare tante sentenze, dei più diversi organi giudiziari; quanto all'ulteriore servizio informativo, meglio non parlarne: già è molto sperare che non disinformino, fuorviando l'utente.

Una mutazione della specie è, dunque, imminente? Siamo ormai prossimi al futuro immaginato da Asimov? Penso a Rodolfo Sacco, autore di un recente volume di Antropologia giuridica, nel quale è mirabilmente descritta l'origine dell'*homo iuris sapiens*, cioè dell'*homo sapiens* «che conosce il diritto». Spero proprio che l'autore non debba affrettarsi ad aggiornare la sua pregevole opera con un ultimo capitolo, dedicato ad una estrema evoluzione della specie, ossia dell'uomo che altro non conosce del diritto se non ciò che è digitabile. Chi ha letto la novella di Asimov ne ricorda certo l'epilogo, che è anche la morale del racconto: ad un certo punto nasce, per prodigio della natura, un essere umano capace di praticare il calcolo mentale, senza l'ausilio di apparecchi elettronici; e questo suo naturale talento ne fa l'uomo più potente della Terra, temuto ed invidiato dai suoi simili. Valga, nel nostro campo, la morale del racconto di Asimov: solo chi sa riscattarsi dalla dipendenza da internet può dominare lo scibile giuridico.

* * *

A metà strada fra il discorso sul perché e il discorso sul come si colloca la spiegazione del titolo, che fa indistinto riferimento al diritto civile.

I confini della materia trattata corrispondono a quelli che, nella nostra organizzazione giudiziaria, delimitano la giustizia civile, ossia la competenza della Cassazione civile, delle corti e dei tribunali civili. Espressione, questa, che risulta più ampia dell'espressione «diritto civile», propria delle organizzazioni degli studi universitari. La giustizia civile comprende il diritto commerciale; e l'espressione diritto civile ha questo stesso ampio significato come materia degli esami di avvocato, dei concorsi per uditore giudiziario e per la carriera notarile. Nelle università, al contrario, il diritto commerciale si distingue dal diritto civile, in omaggio ad una abitudine alla divisione del lavoro scientifico e della organizzazione didattica che è retaggio della plurisecolare separazione fra *ius civile* e *ius mercatorum*, fra codice civile e codice di commercio (e che per lungo tempo era stata anche separazione fra giurisdizione civile e giurisdizione commerciale).

Dalle partizioni accademiche del sapere giuridico traggono origine le separate letterature sul diritto civile e sul diritto commerciale. Ciò che la codificazione del 1942 ha unito la divisione del lavoro scientifico e la forza della tradizione continuano a dividere. I primi tre libri e il sesto libro del codice civile sono diritto civile; il quinto libro è diritto commerciale; del quarto libro sono diritto civile i primi due titoli e gli ultimi quattro; è diritto commerciale il titolo quinto, mentre il terzo e il

quarto titolo (dal momento che non c'è più distinzione fra contratti civili e contratti commerciali) sono territorio comune. Sicché l'operatore della giustizia civile e, prima ancora, l'apprendista operatore giuridico debbono, per conseguire una completa conoscenza del sistema, fare opera di assemblaggio di testi diversi, scritti da autori diversi, delimitati da un diverso orizzonte disciplinare.

Se poi l'assemblaggio è, per così dire, preconfezionato entro una vasta opera collettiva, estesa all'intera materia del codice civile, l'unità del sistema è solo editorialmente assecondata: l'opera dei giuscivilisti e quella dei giuscommercialisti vengono giustapposte l'una all'altra, senza comunicazione fra esse. Chi, in sede civilistica, tratta del contratto pensa ai contratti regolati dal quarto libro, ma non pensa al contratto di società; chi tratta degli atti unilaterali pensa alla promessa di pagamento e, magari, all'accettazione dell'eredità, ma non pensa al voto e alla deliberazione, né pensa alla dichiarazione cartolare. Chi affronta il tema dell'apparenza vede il creditore apparente e l'erede apparente, ma non vede la società apparente o la preposizione institoria apparente. La rappresentanza organica è quella delle persone giuridiche del libro primo, non quella delle società. Chi tratta della responsabilità aquiliana non include nella propria costruzione la responsabilità degli amministratori di società, quella della società controllante e così via.

Una categoria concettuale sovraordinata al diritto civile e al diritto commerciale, capace di ricomprendere entrambi, è quella del diritto privato. Non so quali ragioni indussero Messineo a preferire, nella intitolazione della sua opera, la distinta menzione del diritto civile e del diritto commerciale in luogo di questa sintetica e onnicomprensiva categoria. Posso però dire quali ragioni hanno indotto me ad abbandonare questa intitolazione.

Le ragioni sono almeno tre, la prima delle quali risiede nel fatto che il concetto di diritto privato, che pure ha cittadinanza nell'ordinamento degli studi universitari, basato sul propedeutico insegnamento delle istituzioni di diritto privato, resta un concetto colto, legato alla somma partizione del diritto fra *ius publicum* e *ius privatum*, e non ha riscontro sulla più vasta scena dell'organizzazione giuridica, che conosce la giustizia «civile», il giudice «civile», l'avvocato «civilista» e così di seguito, mentre corrispondenti oggettivazioni sono impensabili con l'impiego dell'appellativo «privato».

Una seconda ragione sta nel fatto che «diritto privato» dice più di quanto non dicano diritto civile e diritto commerciale; allude ad una materia più vasta; in particolare, ricomprende anche il diritto agrario e il diritto del lavoro. A queste due aree disciplinari ho rivolto molteplici riferimenti, ma non ho dedicato una trattazione organica, come l'ho invece rivolta, in continuità con il tema dell'impresa, al diritto industriale. Sono aree disciplinari ad alto specialismo, cui si collega anche la specialità del rito processuale. I confini della materia trattata, ho detto prima, sono quelli della giustizia civile: sono, preciso ora, quelli della ordinaria giustizia civile.

Una terza, più forte, ragione ha natura metodologica: con la espressa menzione, nelle mie precedenti trattazioni, del diritto civile e del diritto commerciale avevo voluto, in ciò uniformandomi al precedente di Messineo, evocare nel modo più diretto gli elementi di riferimento del programma che mi ero proposto, che è la reciproca integrazione delle due aree disciplinari, e non la loro mera giustapposizione entro la super-categoria del diritto privato. Ora, con il presente Trattato di diritto civile, ho preferito compiere un atto di fedeltà alla codificazione italiana, che aveva superato la duplicità dei sistemi di diritto privato (comportante la distinzione fra obbligazioni civili e obbligazioni commerciali, fra contratti civili e contratti commerciali) e fondato un unitario sistema, sia pure «commercializzato» (giacché obbligazioni e contratti si ispiravano al codice di commercio, e non al previgente codice civile), racchiuso entro un altrettanto unitario codice civile.

Il Trattato è un trattato di diritto civile, anche se affronta con la dovuta ampiezza le materie del quinto libro del codice civile, perché anche queste sono, nel nostro sistema legislativo, materie del codice civile e sono, nella nostra organizzazione giuridica, materia sulle quali si esercita la giurisdizione civile. L'altra metà del mondo, alludo ora al mondo di common law, vive felice pur avendo abbandonato, e anzi menando vanto d'aver abbandonato, l'antica law merchant, ricomprendendola entro il common law.

* * *

Il discorso sul come richiede anche, necessariamente, valutazioni di ordine quantitativo, relative sia alle dimensioni complessive di una simile opera, sia alle proporzioni da stabilire fra le sue varie parti.

Le dimensioni complessive dovevano contemperare due opposte esigenze: quella, da un lato, di una trattazione completa, tale da toccare in modo esauriente, ogni aspetto della materia; l'esigenza, d'altro lato, di una trattazione convenientemente compatta, quale si addice ad un'opera che non voglia essere solo oggetto di consultazione, ma anche mezzo di apprendimento e perciò suscettibile di essere per intero studiata entro una ragionevole unità di tempo. Un'opera che abbia questi intendimenti non può, a mio avviso, superare il numero di volumi e di pagine di cui questa opera si compone; e può esservi contenuta senza compromettere le esigenze di completezza.

Il contemperamento di queste opposte esigenze è alquanto arduo nelle opere collettive, dove la completezza è, fatalmente, soddisfatta al prezzo della dilatazione delle dimensioni dell'opera. Per l'esperienza che ho di queste imprese, come curatore e come coautore, so che ciascun collaboratore tende, inevitabilmente, a riformulare le premesse generali del proprio specifico argomento e ad arricchirlo con digres-

sioni che invadono l'argomento assegnato ad altri, documentando il tutto con un proprio apparato di informazione bibliografica e giurisprudenziale, sicché le sovrapposizioni e le ripetizioni sono innumerevoli (per non parlare delle divergenze di opinioni, cui nessun curatore dell'opera può porre rimedio senza attentare alla libertà di pensiero dei coautori, da questi a giusta ragione strenuamente difesa). Il risultato è la forte sovrabbondanza del prodotto finale, immancabilmente molto al di là della misura originariamente programmata.

Il contemperamento è molto più agevole se all'intera opera attende un medesimo autore: l'unicità di mano giova (oltre che all'organicità ed alla coerenza del discorso) alla sinteticità della trattazione, alla compattezza dell'insieme. Penso di non esagerare se scrivo che un'opera trattatistica di unica mano occupa, a pari grado di completezza della trattazione, meno della metà dello spazio occupato da un'opera collettiva.

Altro problema è quello della distribuzione dello spazio, ossia delle proporzioni fra le varie parti della materia: quale criterio adottare per distinguere fra temi ai quali dedicare una trattazione più diffusa e temi cui rivolgere una più rapida considerazione?

I criteri possibili erano sostanzialmente tre. Un primo criterio, che possiamo definire come dottrinale, è quello che si basa sulla distinzione fra «parti generali», ad alta concettualizzazione e grande sviluppo quantitativo, e «parti speciali», a carattere più descrittivo e di minore sviluppo. Un secondo criterio, che definirò come normativo, si basa sulla maggiore o minore quantità di norme che ai vari argomenti dedicano il codice civile e le altre leggi. Un terzo criterio, che dirò giurisprudenziale, si basa sulla maggiore o minore densità di pronunce che Cassazione e giudici di merito hanno emesso nei vari settori del diritto civile.

I criteri che ho con prevalenza adottato procedono in successione inversa rispetto a quella ora esposta. Sul criterio dottrinale ho fatto prevalere quello normativo: il sistema concettuale che ho accolto è quello stesso del codice civile, e non un ordine di concetti a questo sovraordinato, frutto di mera astrazione dottrinale, o di concettualizzazioni precedenti alla codificazione e da questa rifiutate, come accade per le estese «parti generali» tradizionalmente dedicate al negozio giuridico, cui si fa poi seguire una più circoscritta trattazione del contratto, che è all'opposto al centro della codificazione civile ed al quale ho attribuito un corrispondente risalto. Anche nel piano dell'opera ho seguito, in linea di principio, la sistemazione del codice civile, derogandovi solo dove specifiche ragioni di ordine logico lo imponevano. Chi consulta il Trattato può più agevolmente orientarsi se vi ritrova la stessa topografia del codice civile, alla quale è abituato.

Sul criterio normativo ho spesso fatto prevalere quello della densità giurisprudenziale, che alla resa dei conti si è imposto come il criterio dominante. Talvolta, la densità giurisprudenziale si manifesta in relazione a norme ad alto grado di genera-

lità e di astrattezza, tali da richiedere una intensa integrazione ad opera dei giudici: così è, comprensibilmente, in materia di obbligazioni e di contratti in generale. Ma in tanti altri casi sono le trasformazioni civili, economiche e sociali intervenute nei decenni successivi alla codificazione a divaricare fra loro la densità normativa e quella giurisprudenziale. La maggiore frequenza delle controversie e la maggiore ricchezza della casistica giurisprudenziale sono il segnale più evidente della più acuta esigenza di approfondimento e di chiarificazione di determinate figure rispetto ad altre. Il solo criterio normativo si rivela affatto inadeguato se si considera che nel codice civile coesistono figure a bassa densità normativa e ad altissima densità giurisprudenziale (ad esempio, le associazioni non riconosciute, i fatti illeciti) con figure caratterizzate, all'opposto, da una normazione quanto mai estesa, ma a bassa densità giurisprudenziale (come, ad esempio, le ipoteche). In questo ordine di casi è chiaro che le proporzioni non potevano essere quelle del codice civile: la complessità giurisprudenziale esige, a dispetto della scarsa considerazione normativa, una trattazione delle figure della prima specie quanto meno pari, se non più estesa, di quella della figura della seconda specie.

* * *

Questo libro non sarebbe stato possibile, o sarebbe stato molto diverso da come è, se non esercitassi l'avvocatura.

Non voglio con ciò dire che l'esperienza professionale produce sempre e immancabilmente un effetto benefico sul lavoro teorico. Il che non è sempre vero e, anzi, è pertinente ricordare al proposito quanto Walter Bigiavi asseriva circa molti professori che sono, al tempo stesso, avvocati: che essi sono troppo teorici quando fanno i professori, e troppo pratici quando fanno gli avvocati. Le due attività non comunicano fra loro, restano affatto ininfluenti l'una sull'altra.

La circolarità fra le due esperienze è tutt'altro che frequente, ma non certo impossibile. Diventa possibile se ci si convince che il diritto intorno al quale fare teoria è solo il «diritto giustiziabile», ossia quello che si è tradotto o è suscettibile di tradursi in controversie giudiziarie; che l'opera del giurista teorico ha senso solo se e solo in quanto serve per estendere sentenze, preparare atti defensionali, redigere contratti e altre cose di questo genere.

Dal canto mio non ho alcuna remora nell'addurre questa testimonianza: che molte pagine di miei scritti teorici – molte pagine di questa stessa opera trattatistica – altro non sono se non la riproposizione, con gli opportuni adattamenti, di altrettante pagine di comparse o di pareri legali o di lodi arbitrali. Voglio, soprattutto, far valere questa esperienza: che il teorico, il quale sia anche un pratico del diritto, si trova nella felice condizione di potere agire come insider entro il mondo degli affari

(e qui si tratta di insider trading del tutto lecito). Egli è in grado di cogliere prima e meglio del puro teorico il nuovo e il diverso che compare nella realtà giuridica: molti dei modelli contrattuali e delle tecniche di contrattazione, molte fra le figure atipiche di cui ho potuto tenere conto in questo libro sono stati, prima che oggetto di riflessione teorica e di sistemazione concettuale, materia di consulenza legale o di controversia giudiziaria o di assistenza contrattuale.

* * *

Al termine di quest'opera, che è certamente stata l'impresa scientifica più ardua e impegnativa cui mai abbia atteso, e che posso per molti aspetti considerare come opera conclusiva di oltre cinquant'anni di esperienze teoriche e pratiche, la mia mente non può non riandare ai miei antichi maestri, ai quali voglio dedicare questo libro. Anzitutto a Walter Bigiavi, che è stato il mio maestro e la mia guida dal '53, quando lo conobbi sui banchi dell'università, al '68, anno della sua immatura scomparsa, quando al suo fianco tenevo a Bologna la seconda cattedra di diritto commerciale. A quei tempi ero, per metodo e per interessi, molto diverso da lui, e questa diversità fu colta da Tullio Ascarelli, nel corso dell'unica conversazione che, era il maggio del '59, ebbi occasione di avere con lui: «lei» – ripeto le testuali parole – «è un allievo di Bigiavi molto poco bigiaviano». Ora, a cinquant'anni da quell'episodio, ed a quarant'anni dalla morte di Walter Bigiavi, mi rendo conto che il mio metodo, per bene o male che lo pratici, è diventato singolarmente simile al metodo, casistico e induttivo anziché concettualistico e deduttivo, che aveva caratterizzato l'opera di questo grande giurista.

Come mio maestro ricordo qui anche Giuseppe Osti: ebbi la fortuna di seguire, nell'anno accademico 1954-55, il suo corso di diritto civile sulle obbligazioni; un magistero che era anche una testimonianza, per l'influsso che Osti aveva esercitato, come membro delle commissioni legislative, sulla codificazione del diritto delle obbligazioni. A Giuseppe Osti debbo anche questo: fu il primo a darmi coscienza di quello che sarebbe stato il mio futuro, allorché mi chiese di intraprendere sotto la sua guida la carriera universitaria. Non accolsi l'invito, preso come già ero dal fascino della personalità di Walter Bigiavi.

Non posso infine esimermi, dopo averlo tante volte evocato nel corso di questa prefazione, dal ricordare il mio incontro con Francesco Messineo. Lo conobbi di persona solo nel giugno del '72, quando gli portai un mio manoscritto per il Trattato che aveva fondato con Antonio Cicu e che, ormai da solo, dirigeva (ora, come è ben noto, lo prosegue Piero Schlesinger, succedendo a Luigi Mengoni). Volle raccontarmi come la sua giornata di lavoro era organizzata e, lui ormai ottantenne, quali programmi di lavoro contava di portare a compimento (il secondo tomo del

volume sul contratto) e quali temeva di non riuscire più a completare (il terzo tomo di quel volume del Trattato). Non posso dire di potere annoverare Messineo fra i miei maestri: debbo però dire che il suo esempio ha lasciato una traccia ben visibile sul mio lavoro.

* * *

Ai giovani studiosi del tempo presente rivolgo una esortazione, tanto più opportuna oggi per la tentazione, nella quale inducono le tecnologie informatiche, di privilegiare l'informazione a scapito della formazione. Li esorto a leggere i classici della materia ed a formarsi sullo studio di quei maestri, a cominciare da quelli che ho appena rievocato. Non inseguano la novità; non pensino che un assunto, solo perché più recentemente svolto, meriti maggiore attenzione.

* * *

Dopo avere rivendicato l'importanza di quei prismi a sei facce che si chiamano libri appare evidente come non creda affatto al paradosso delle biblioteche destinate al macero. Non basta la legge, ma neppure basta la giurisprudenza, per decretare loro un simile destino. Sono convinto che quel paradosso vada capovolto e che si debba dire, tutto all'opposto, che non c'è nuova legge, né c'è nuova sentenza, che possa cancellare quanto della sapienza giuridica sta consegnato nei libri che le hanno precedute.

Quante rivoluzioni ha conosciuto la storia del diritto occidentale? Harold J. Berman, in *Diritto e rivoluzione*, ne ha enumerato almeno sei. Ma il diritto è composto, come ogni altro aspetto della società, di una «parte visibile» e di una parte «sommersa, invisibile», ed ad ogni rivoluzione giuridica è più la prima a cambiare, che non la seconda. Per questo, così Berman conclude il suo libro, facendo proprie le parole di Octavio Paz: «ogni volta che la società si trova in crisi, istintivamente volge lo sguardo verso le proprie origini, nelle quali cerca un segno».

Quella «parte sommersa» del diritto spesso riemerge. Non è un caso che una generazione educata, come la mia, alla filosofia del positivismo giuridico torni su posizioni di pensiero ad essa anteriori, come quando invoca, al di sopra della legge scritta, dettata dallo Stato, la legge della ragione, alla cui ubbidienza aveva esortato, ancor prima delle codificazioni moderne, la Scuola del diritto naturale. Anche nel presente Trattato ce n'è più d'una traccia: mi riferisco, anzitutto, alla sempre più estesa protezione dei diritti dell'uomo, che non sono diritti creati dallo Stato, ma diritti di natura, solo trovati dallo Stato, ed alla risarcibilità del danno non patrimoniale, che fu conquista del diritto naturale e che l'odierna giurisprudenza estende ad

una serie crescente di configurazioni, fino al danno alla vita di relazione ed al danno esistenziale; ma mi riferisco anche al sindacato sulla irragionevolezza delle leggi, da tempo praticato dalle Corti costituzionali, ed al risarcimento del danno da legge iniqua, che ora si sta prospettando in sede di giurisdizione ordinaria, al di là dell'antico limite alla sindacabilità delle decisioni di natura politica adottate dal parlamento. Proprio al diritto di ragione, fino a ieri tanto vituperato dai giuspositivisti, ora ci si volge per «cercare un segno». Non è certo sfuggita una recente sentenza della Cassazione in tema di difesa del possesso che, per ovviare all'iniquità cui nel caso concreto conduceva lo *strictum ius*, ha disapplicato il divieto di ragion fatta ed applicato, in suo luogo, il principio di diritto naturale della autodifesa del possesso.

Il contratto alieno e le norme materiali*

di Giorgio De Nova

Mi scuso se ho la voce roca, ma ieri sera, rientrando tardi in albergo dopo cena, mi sono trovato nella hall due amici avvocati, John (inglese) e Jack (americano), che mi hanno aggredito dicendo: «abbiamo sentito Galgano oggi pomeriggio. Ma è vero che in Italia i giudici correggono i contratti delle parti?».

Ho risposto: ciò che dice Galgano è, per definizione, vero. Mi sono sentito però in dovere di tranquillizzare il più possibile John e Jack. Ma sul punto tornerò tra breve.

Una domanda per introdurre il mio tema. Perché le parti stipulano un contratto nullo, o clausole nulle?

La risposta non è così facile. I sociologi del diritto naturalmente si guardano bene dall'aiutarci a rispondere a così banali domande, tutti presi ad occuparsi di teoria generale del diritto.

Proviamo a rispondere noi.

Lasciamo da parte i mercati neri, dove prostituzione, ricettazione, scommesse clandestine, immigrazione di extracomunitari, contrabbando, usura, spaccio di droga, commercio delle armi, di donne e bambini, di sostanze proibite danno luogo a scambi e così a contratti, nulli.

Il tema è stato poco approfondito dai civilisti. Se ne è occupato soltanto Piero Schlesinger, qualche anno fa¹.

Parliamo dei mercati «bianchi».

Prima risposta: le parti stipulano contratti nulli, o contratti con clausole nulle perché non sono giuristi, non hanno precisa conoscenza del sistema giuridico italiano, in cui pure operano. Risposta forse corretta, che però postula una dissonanza non del tutto convincente tra prassi operativa e ordinamento positivo. Se fosse così, il problema si risolverebbe con l'intervento dei tecnici del diritto.

Seconda risposta: le parti conoscono l'ordinamento, sanno che il contratto o le clausole sono nulli, ma ci provano.

Astuzia sciocca, perché chi ci prova si mette nelle mani di controparte, che può far valere la nullità, con esiti imprevedibili.

Si diceva ieri della rilevabilità d'ufficio.

* Relazione tenuta al convegno di Lecce in data 9 maggio 2009.

¹ P. SCHLESINGER, *I mercati «neri»*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 187 ss.

Ebbene, la Cassazione continua a dire che per passare dalla nullità della clausola alla nullità integrale occorre l'eccezione di parte, che ha l'onere della prova. Ma una recente sentenza del 2008, nel ribadirlo, si occupa anche dell'ipotesi contraria e statuisce: «mentre l'effetto estensivo della nullità della singola clausola o del singolo patto all'intero contratto, avendo carattere eccezionale rispetto alla regola della conservazione, non può essere dichiarato d'ufficio dal giudice con la conseguenza che incombe alla parte che assuma l'estensione l'onere di provare l'interdipendenza del resto del contratto dalla clausola o dal patto inficiato da nullità, non è vero il contrario, poiché mentre nel primo caso il giudice che pronuncia la nullità dell'intero contratto senza essere stato investito della relativa domanda viola il principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato, nel secondo caso egli pronuncia pur sempre nei limiti della domanda della parte, accogliendola solo parzialmente» (Cass. 13 giugno 2008, n. 16017).

Massima sorprendente nella sua seconda parte, perché chi ha chiesto che sia dichiarata la nullità integrale del contratto, e così che ne sia preclusa l'efficacia, si sente dire che il contratto è efficace (se pur depurato di una clausola). Per valutare la decisione occorre tener conto che essa riguarda la nullità di una deliberazione di approvazione di uno statuto: ma il principio di diritto affermato è quello che si è detto. Ed occorre ricordare quanto ci insegnava Cesare Grassetti, e cioè che «non sempre, in materia contrattuale, nel più sta il meno»².

Insomma, non riusciamo a trovare ragioni valide perché due italiani stipulino un contratto nullo (o clausole nulle) per contrasto con il diritto italiano.

Ma c'è un fenomeno, già oggi sempre più diffuso, e che ha per sé il futuro.

Parlo del contratto alieno, e cioè del contratto elaborato sulla base della prassi angloamericana, senza tenere in alcun conto il diritto italiano, ma al quale si applica il diritto italiano, di solito a seguito di un'espressa scelta delle parti. A questo fenomeno ho creduto di dare il nome di "contratto alieno" per sottolineare con l'aggettivo "alieno" sia che si tratta di un contratto altro, straniero (il calco è dunque *alius*), sia di un contratto in qualche modo extraterrestre (il calco è dunque *alien*)³.

L'indagine che ho condotto sui contratti alieni mi ha portato a concludere che non è frequente il caso di contratto alieni bloccati alla frontiera per contrasto con il diritto imperativo italiano: perché magari dopo qualche sosta, più o meno lunga, in dogana i contratti alieni ottengono di potere entrare in Italia. Sono già entrati in Italia dal *sale and lease back*, ai *performance bond*, ai contratti derivati, ai contratti costitutivi del *leverage buy out*, per fare solo qualche esempio.

Molto più frequente è il caso di clausole a rischio di nullità.

² GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico, con particolare riguardo ai contratti*, Cedam, 1938, 7.

³ DE NOVA, *Il contratto alieno*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2008.

Torniamo a John e a Jack.

Sono venuti a lavorare in Italia per alcuni mesi, e forse si fermeranno più a lungo, hanno portato la chiavetta con i *file* di tutti i loro contratti, hanno tutte le intenzioni di continuare ad usarli, anche se sanno che dovranno assoggettare i contratti al diritto italiano (non pensano neanche a far rinvio alla *lex mercatoria* o ai principi Unidroit, sono gente che lavora).

Vi dicevo, hanno sentito Galgano, sanno chi è, sono molto preoccupati.

Li ho un po' calmati (John, l'inglese, era il più nervoso).

Ho detto: è vero, i giudici del continente applicano la clausola generale di buona fede.

Da qualche anno lo sta facendo anche la Cassazione italiana. La ragione è semplice. Gli operatori del diritto applicano per tutta la vita ciò che hanno imparato all'università. Adesso sono arrivati in Cassazione i giudici cresciuti a dosi massicce di contraente debole e buona fede. Non è quindi detto che la prossima tornata di giudici della Suprema Corte continui così.

Comunque sia, non guardiamo alle proclamazioni, guardiamo ai casi decisi.

Se una società stipula con un amministratore un contratto di consulenza, in base al quale la società deve pagare 1.000 al mese all'amministratore per fare ciò che già deve fare come amministratore, la Cassazione ci dice che il contratto è nullo per mancanza di causa in concreto. Mi permetto di dire: forse che per Stolfi o Betti o Santoro Passarelli sarebbe stato valido?

Diceva ieri Galgano: i giudici correggono il contratto *ex art.* 1366, leggendo nel contratto preliminare la frase "l'immobile dovrà essere libero da ipoteche al momento del rogito" come se fosse "un po' prima del rogito", e ciò per consentire all'acquirente di predisporre un'ipoteca a proprio vantaggio. Mi permetto di dire: non si potrebbe dire che, premesso che dalle trattative emerge che l'acquirente intendeva accendere un'ipoteca sull'immobile, la comune intenzione delle parti porta ad interpretare *ex art.* 1362 la frase nel senso detto?

John e Jack non si sono calmati del tutto, e Jack, pragmatico, ha detto: «e io nei contratti escludo espressamente il ricorso alla buona fede».

Discorso grezzo e inaccettabile? Forse, ma attenzione.

Certo non sarebbe valida una clausola del seguente tenore: «il presente contratto non potrà essere interpretato secondo buona fede, non potrà essere integrato secondo buona fede, non dovrà essere eseguito secondo buona fede». Ma una clausola così è fuori dal mondo. Parliamo invece di cose che esistono.

Nelle lettere di intenti troviamo espressamente dichiarato che la loro sottoscrizione non può far sorgere una responsabilità *ex art.* 1337 cod. civ. Considerato che le parti possono escludere la responsabilità aquiliana (se non si verte su diritti della persona) una clausola di questo tipo potrebbe essere valida.

Nei contratti alieni troviamo *merger clauses*, volte a confinare ai quattro angoli del documento contrattuale l'accordo fra le parti, e a rendere irrilevante ogni comportamento anteriore e successivo, e in definitiva a precludere l'intervento creativo del giudice in sede di interpretazione. Sulla idoneità di tali clausole a escludere l'interpretazione *ex art.* 1366 cod. civ. la discussione è aperta, ma non è sicuro che si tratti di clausole nulle.

A questo punto John e Jack chiedono una cortesia, quella di essere avvertiti dei casi di nullità a nostro parere peculiari del diritto italiano, e che possiamo ritenere che li costringano a rimeditare gli schemi contrattuali a cui sono abituati.

Molto si è scritto sulla nullità, e di primo acchito possiamo pensare che non ci sia difficile rispondere a questa richiesta, e così fornire agli amici John e Jack un elenco di casi di nullità *made in Italy* che li potrebbero cogliere di sorpresa.

In realtà non mi risulta che un'indagine del genere sia stata fatta. Buona ragione per provare a farla adesso.

La prima cosa che ci può venire in mente è di avvertire John e Jack che il legislatore italiano ha utilizzato la nullità come sanzione al fine di ottenere comportamenti più virtuosi, anche se non si tratta di comportamenti la cui omissione colori il contratto di illiceità, al punto da giustificare la nullità del contratto. Penso ad alcune nullità in materia di vendita di beni immobili per la omissione di documenti o di informazione, nullità alquanto artificiose, che non per caso emergono, poi presto scompaiono.

Dovremo poi avvertirli della nullità che accompagna la normativa in materia di sicurezza sul lavoro, o di intermediazione nel lavoro.

Faremo il nostro dovere, ma non riusciremo ad interessarli più che tanto.

Il discorso si farà più interessante per gli amici John e Jack quando diremo loro che devono verificare con attenzione le clausole in tema di contratti di finanziamento. Perché essi sono soliti mettere tra i casi che comportano *termination* (diciamo, risoluzione) anche il fallimento. Attenzione, l'art. 72, 6° comma legge fall. dice inefficaci le clausole che prevedono la risoluzione in caso di fallimento (Jack sorride, ha già in mente la clausola: «alla prima istanza di fallimento, *termination*»: non ridete, l'ho vista con i miei occhi).

Sono soliti mettere tra gli eventi che comportano la decadenza del beneficio del termine anche casi ulteriori rispetto all'inadempimento, per esempio il cambio di controllo: il 1186 lo consente?

Nei nostri contratti, in tema di danni da inadempimento, sono soliti mettere dei *cap*, dei tetti. Attenti al 1229!

Sono soliti escludere il *loss of profit*: attenti al 1223!

Mettono una MAC. E la mettono generica. Attenti alla determinatezza, e al 1467.

Mettono una *sole remedy clause*. Dobbiamo dire loro: non illudetevi di escludere l'annullamento per vizi della volontà (v. art. 1462 cod. civ.!) e sulla esclusione della risoluzione per inadempimento ci sarà contenzioso.

Dovremo anche dire: attenti che la disciplina della prescrizione è inderogabile, e vi sono dubbi sulla derogabilità delle norme sulle prove, la clausola compromissoria si può mettere, ma non in materia di lavoro e per i consumatori.

Lasciamo John e Jack con il volto perplessa e veniamo a noi.

Ieri il contratto era un contratto che produceva effetti (1372 cod. civ., 2° comma) e per il resto era disciplinato dalla legge: le parti volevano l'integrazione *ex lege*.

Il contratto di oggi vuole essere completo, e non vuole essere integrato dalla legge (e tanto meno corretto dal giudice).

Il contratto di ieri era domestico, il contratto di oggi è alieno.

Il tema della nullità si pone quasi come un contrasto tra ordinamenti: non tanto tra una manifestazione di autonomia e un ordinamento, quanto tra l'ordinamento in base al quale il contratto alieno è stato elaborato, e la legge applicabile.

Se è così, lo strumento di controllo del contratto alieno non pare poter essere la norma imperativa specifica, analitica, a fattispecie determinata prevista dal diritto applicabile. Perché una norma siffatta rischia di lasciarsi sfuggire un contratto alieno che non coincide con la fattispecie.

Occorre piuttosto fare ricorso a norme che non guardano alla fattispecie, ma all'effetto. In una parola, alle norme materiali.

Oggi non si parla quasi più delle norme materiali. Ma le categorie e le nozioni dogmatiche, ricordava Cariota Ferrara, sono come le monete d'oro: possono restare a lungo sepolte sotto terra, ma viene il momento in cui tornano ad essere preziose.

Nel settore dei contratti, possiamo pensare al divieto del patto commissorio, ai divieti di alienazione, al divieto degli interessi usurari, all'abuso di posizione dominante, al divieto di patto leonino.

I contratti alieni e le loro clausole potranno utilmente essere sottoposti ad un vaglio, sia in relazione al contrasto con specifiche norme imperative, sia, soprattutto, con le norme materiali del diritto applicabile.

Diritto e potere in un mondo senza costi di transazione: un saggio sulla funzione legittimante della narrativa Coasiana*

di Francesco Denozza

1. Introduzione

I fondamenti teorici essenziali dell'analisi economica del diritto sono notoriamente derivati dal pensiero di Coase¹. Nel processo che le ha condotte a divenire fondamento di un movimento di pensiero molto complesso, quale l'analisi economica del diritto indubbiamente è, le idee di Coase sono state però sottoposte ad un inevitabile processo di generalizzazione e di ipostatizzazione, che le ha trasformate in quella che io, per distinguerla dalla precisa esegesi del pensiero di Coase, chiamerò la "narrativa Coasiana". Tale espressione (narrativa Coasiana) come usata nel presente contesto, si riferisce pertanto all'utilizzazione che del pensiero di Coase è stata fatta nel processo di costruzione dei riferimenti teorici che sono oggi alla base di gran parte delle argomentazioni elaborate dall'analisi economica del diritto. Per narrativa Coasiana intendo perciò un insieme di credenze e convinzioni (che sono alla base dell'analisi economica del diritto e che sono) intessute di asserti e implicazioni più ampie e più generali rispetto a quelle strettamente derivabili dall'interpretazione letterale delle opere di Coase.² Il presente lavoro intende discutere l'idoneità della narrativa Coasiana a svolgere una funzione legittimante, in particolare la funzione, che essa attualmente di fatto svolge, di fornire legittimità razionale ai punti di partenza teorici dell'analisi economica del diritto.

* Una versione inglese, con alcuni adattamenti, del presente lavoro è disponibile sul sito del Social Science Research Network a <http://ssrn.com/abstract=1361613>.

¹ Come è ben noto l'analisi economica del diritto non è un movimento di pensiero del tutto omogeneo (a qualche differenza generale di impostazione accenneremo brevemente nel prossimo paragrafo). Credo tuttavia che il denominatore comune costituito dal legame con il pensiero di Coase sia incontestabile. Limitando le citazioni a qualche opera generale in lingua italiana, v. F.Denozza, *Norme efficienti*, Giuffrè Milano, 2002; U.Mattei – P. Monateri – R.Pardolesi, *Il mercato delle regole*, II ed., Il Mulino, Bologna, 2006, traduzione e adattamento all'ordinamento italiano del classico testo di Coater e Ulen, *Law and Economics*. S. Shavell, *Fondamenti dell'analisi economica del diritto*, a cura di Porrini, Giappichelli, Torino, 2005. L.A. Franzoni – D. Marchesi, *Economia e politica economica del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2006.

² V. infra la nota 6 e il relativo testo.

Nella narrativa Coasiana svolge un ruolo notoriamente fondamentale l'immagine del c.d. mondo Coasiano, definito come un mondo in cui non sono presenti costi di transazione. Questo mondo è immaginato come il regno incontestato di efficienza e libertà, un Eden che necessita di poche leggi e sostanzialmente di (quasi) nessun legislatore³, in cui i singoli possono sempre stabilire accordi atti ad autoregolamentare completamente la loro vita.

Anche se è ampiamente riconosciuto che questo stato di perfezione è praticamente irraggiungibile⁴, il riferimento al mondo Coasiano legittima la tesi per cui ciò che ci tiene lontano dall'Eden sono quei fenomeni che sono connessi ai c.d. costi di transazione e che sono in realtà presenti un po' dappertutto nel mondo reale. Di qui l'idea che a questi fenomeni debba essere assegnata fondamentale importanza anche da parte dei giuristi: se essi non esistessero il diritto potrebbe ridursi a poche semplicissime regole o forse potrebbe addirittura sparire. Il riferimento ai costi di transazione diventa così, come è noto, l'elemento che, nel pensiero dei sostenitori dell'analisi economica del diritto, è il punto di partenza e il punto di arrivo di ogni analisi giuridica. Punto di partenza perché il primo compito del giurista dovrebbe essere quello di identificare in ogni situazione gli esatti costi di transazione presenti. Punto di arrivo perché l'eliminazione dei costi di transazione, o la costruzione delle regole e delle istituzioni più adatte a fronteggiarli, dovrebbe essere l'obiettivo di qualsiasi intervento, sia del legislatore quando crea nuove leggi, sia dell'interprete quando indaga i possibili significati di quelle in vigore.

In questo senso, il riferimento al mondo Coasiano compie la funzione di fornire legittimità ai principali argomenti utilizzati dagli aderenti all'analisi economica del diritto.

La tesi che sosterrò in questo lavoro è che l'idoneità della narrativa Coasiana a svolgere una funzione di legittimazione è generalmente molto poca e soprattutto è pari a zero se l'obiettivo è quello di garantire una legittimità qualificabile come "razionale". Sosterrò inoltre che l'assunto (caratteristico, come si è appena notato, dell'analisi economica del diritto) per cui i costi di transazione dovrebbero essere il punto di partenza e l'oggetto principale di ogni analisi giuridica è inaccettabile.

L'argomento che userò si basa anzitutto sulla distinzione tra due tipi di costi di transazione: i costi di transazione che teoricamente potrebbero essere eliminati, an-

³ "According to the Coase Theorem, there is no continuing need for government under these conditions [zero transaction costs]. Like the deist god, the government retires from the scene after creating some rights over externalities, and efficiency is achieved regardless of what rights were created" R.Cooter, *The Cost of Coase*, XI *Journal of Legal Studies*, 19 (1982).

⁴ L'esistenza di mercati senza costi di transazione è considerata dallo stesso Coase una "very unrealistic assumption" cfr. R.H.Coase, *The Problem of Social Cost*, in Coase, *The Firm the Market and the Law*, University of Chicago Press, 1988, p.114

che se a volte la loro eliminazione può essere impossibile o troppo costosa (ad esempio, costi di transazione derivanti dal fatto che una delle parti di una transazione non ha informazioni che invece altre parti della transazione hanno) e i costi di transazione che potrebbero scomparire solo in un mondo governato da leggi fisiche e psichiche diverse dalle leggi che regolano il mondo reale (ad esempio, costi di transazione derivanti dalla mancanza di informazioni che nessun essere umano possiede e potrebbe fisicamente fare proprie).

Chiamerei i primi “costi di transazione sociali” e i secondi “costi di transazione naturali”.

Questa distinzione ci mette in grado di districare l’ambiguità delle ricorrenti dichiarazioni in cui si riconosce (anche da parte dei sostenitori dell’analisi economica del diritto) che un mondo senza costi di transazione non esiste. Possiamo infatti, alla luce di tale distinzione, a nostra volta distinguere tra un mondo inesistente, ma del tutto possibile, e un mondo concepibile solo immaginando una natura esterna o interna completamente diversa da quella del mondo reale. Definirei il primo come un “mondo Coasiano umano” e il secondo come un “mondo Coasiano divino”.

La mia tesi è che un mondo Coasiano umano (un mondo in cui ogni decisione è rimessa alla continua stipulazione di contratti tra soggetti privati, operanti in un contesto in cui i costi di transazione sociali sono stati eliminati, ma i costi di transazione naturali sono tuttora presenti), non solo non possiede le qualità positive di solito attribuite al mondo Coasiano, ma è al contrario un mondo pieno di difetti in cui non varrebbe la pena vivere.

Il rapporto tra un mondo Coasiano divino e un mondo Coasiano umano non è quello di un progressivo avvicinamento alla realizzazione dei valori che si presumono realizzabili nel mondo di Coase. In una prospettiva che pone al centro i valori, e non le proprietà analitiche, non vi è un percorso ideale che inizia nel mondo reale, trova un miglioramento nel mondo Coasiano umano e perviene a perfezione in un mondo Coasiano divino. Il mondo Coasiano umano semplicemente non soddisfa – nemmeno parzialmente – le promesse di un mondo Coasiano divino.

La conclusione della prima parte di questo lavoro è nel senso che il riferimento al mondo Coasiano umano, non può fornire legittimità agli argomenti dell’analisi economica del diritto perché non è un mondo in cui vale la pena vivere, mentre il riferimento a un mondo Coasiano divino, mondo non solo inesistente, ma inconcepibile entro le naturali leggi che disciplinano l’universo reale, non può fornire razionale legittimità ad alcunché.

Nella seconda parte del lavoro sosterrò che una volta messo, come è doveroso, da parte il riferimento ad un mondo Coasiano divino, la pretesa per cui i costi di transazione (ovviamente quelli umani o sociali, che sono i soli eliminabili) dovrebbero essere il punto di partenza e il punto di arrivo di ogni analisi giuridica risulta priva

di qualsiasi legittimità. Se un punto di partenza deve esserci, questo va piuttosto ricercato nei rapporti di potere e in particolare nella asimmetrica distribuzione di quest'ultimo.

2. La funzione “legittimante” e la narrativa Coasiana

Prima di procedere nella direzione indicata nel paragrafo precedente, credo sia opportuno qualche precisazione concettuale sulle nozioni basilari utilizzate in questo lavoro.

Per funzione “legittimante” nel presente contesto io intendo la capacità di fornire ragionevoli argomentazioni a sostegno della legittimità di una serie di istituzioni, e motivi per ritenere legittima una determinata teoria sul modo di costruire istituzioni e regole. E quindi da intendersi nel senso di capacità di fornire motivi per accettare regole e istituzioni e non nel senso giuridico di rendere lecito alcunchè.

Come già accennato il lavoro si prefigge di rispondere alla domanda se la narrativa Coasiana sia in grado di legittimare un determinato modo di elaborare i problemi giuridici connessi all'assegnazione dei diritti a soggetti privati e di proporre adeguati criteri per valutare le diverse possibili soluzioni a tali problemi.

In questo senso la funzione legittimante è qui concepita come meno rigorosa di una funzione normativa. Quest'ultima implica un modello in grado di fornire precise indicazioni e di suggerire scelte inequivocabili (per quanto possa essere difficile l'identificazione della giusta scelta nel mondo reale). La prima implica invece una narrativa che fornisce un quadro per lo sviluppo razionale, anche se discutibile, degli argomenti.

In tale prospettiva, l'oggetto di questo studio non sono il teorema di Coase e il problema della sua validità, ma l'insieme dei principi e similmente delle prescrizioni etiche e politiche (costruite sopra ed intorno al pezzo di conoscenza rappresentato appunto dal teorema di Coase), che mirano a svolgere la funzione di una (locale, ma sicuramente molto ambiziosa) narrativa, che consenta alla nostra società “da un lato, di definire i criteri di competenza e, dall'altro, di valutare in base a tali criteri che cosa è fatto o che cosa può essere fatto in essa.”⁵

Le ragioni per esaminare il teorema di Coase non dal punto di vista della sua verità e delle sue caratteristiche oggettive, ma da un punto di vista soggettivo e valutativo, sono ovviamente collegate alla funzione legittimante che il mondo Coasiano e la connessa narrativa svolgono (ben al di là delle intenzioni di Coase⁶) in una parte sostan-

⁵ J-F Lyotard, *The Postmodern Condition: A Report on Knowledge*, English translation, Manchester University Press, 1984, p. 20.

⁶ La mancanza di un'esatta corrispondenza tra il pensiero di Coase e la sua recezione nell'ambito del movimento dell'analisi economica del diritto è diffusamente riconosciuta. V. ad es. S.G. Medema, *Through a*

ziale del movimento dell'analisi economica del diritto. Mettendo da parte tutte le possibili discussioni riguardanti i diversi approcci che coesistono in questo movimento, mi sembra che il suo nucleo sia inseparabile dall'eredità della lezione di Coase”.

Pertanto, bersagli del presente lavoro non sono solo le interpretazioni che utilizzano il teorema di Coase come un dispositivo meccanico in grado di fornire una soluzione immediata ad ogni problema sociale scelto, ma anche le più flessibili interpretazioni che riconoscono l'onnipresenza (nel mondo reale) di elevati costi di transazione e raccomandano un'attenta analisi delle specifiche circostanze di ogni singolo caso. Almeno fino al punto in cui entrambi questi orientamenti partono dall'idea che la riduzione dei costi di transazione, e l'avvicinamento ai risultati che le parti avrebbero raggiunto attraverso una contrattazione in assenza di costi di transazione, costituiscono gli obiettivi più importanti che le norme giuridiche dovrebbero perseguire, entrambe le interpretazioni – quelle rigide e quelle flessibili – inevitabilmente utilizzano il riferimento alla narrativa Coasiana come dispositivo di legittimazione, nel senso che gli argomenti fondanti che alla fine giustificano la conseguente assegnazione dei diritti e dei doveri, delle istituzioni e delle pratiche, derivano in entrambi i casi dall'idea di usare accordi in materia di integrazione sociale come un mezzo per riprodurre nel mondo reale almeno alcuni (se non tutti) gli aspetti positivi di un mondo Coasiano.

In questa prospettiva, il fatto che un mondo Coasiano non esiste non è di per sé un possibile ostacolo allo svolgimento di una funzione legittimante, come il fatto che uno stato di natura o un contratto sociale non sia mai esistito non è un ostacolo alla funzione legittimante che questi concetti svolgono nelle dottrine di Hobbes, Rousseau o Rawls. Ciò che conta è la natura del mondo immaginato. Come vedremo, la questione rilevante è se il mondo immaginato è un mondo governato dalle stesse leggi fisiche e psicologiche che governano il mondo reale, o un mondo che può essere concepito solo al prezzo di sovvertire le leggi che caratterizzano la natura umana interna ed esterna.

Glass Darkly or Just Wearing Dark Glasses? Posin, Coase and the Coase Theorem, 62 *Tenn. L. Rev.* 1041 (1995); D. Campell-S.Piccio, *Exploring the Interaction between Law and Economics: the Limits of Formalism*, 18 *Legal Studies*, 249 (1998), sottolineano “the very questionable nature of the way in which the work of Ronald Coase has been taken up by those who claim to be his followers...”

In realtà, nell'opera di Coase è presente la costante preoccupazione di dare alle sue scoperte intellettuali un senso preciso e ben definito e di evitare eccessi e sbavature. Egli sottolinea abitualmente il fatto che un mondo senza costi di transazione è “unrealistic” (v. ad es. R.H. Coase, *The Firm, The Market and The Law*, University of Chicago Press, 1988, p.114; R.H. Coase, *Essays on Economics and Economists*, University of Chicago Press, 1994, p.11, “...I tend to regard the Coase Theorem as a stepping stone on the way to an analysis of an economy with positive transaction costs. The significance to me of the Coase Theorem is that it undermines the Pigovian system... My conclusion: Let us study the world of positive transaction costs”) ed ebbe a rifiutare espressamente la paternità del concetto di “Coasian world” (Id., *The Firm*, p. 274).

Pertanto, ci troviamo di fronte a due diverse questioni. Da un lato, possiamo chiedere a noi stessi se il mondo Coasiano, anche se inesistente, è comunque concepibile come un possibile mondo umano. D'altro canto, vi è la questione se è un mondo in cui l'azione collettiva risolve i problemi correttamente e i benefici per l'attività collettiva vengono adeguatamente forniti e distribuiti. In sintesi: se è un mondo in cui vale la pena vivere.

A mio parere, la risposta a quest'ultima questione, definisce la capacità della narrativa Coasiana di svolgere una funzione legittimante. La risposta alla prima domanda definisce il tipo di legittimità che la narrativa Coasiana potrebbe essere in grado di fornire. Vale la pena approfondire i vari profili di queste due domande.

3. La capacità di svolgere una funzione legittimante

Iniziamo con la questione se la narrativa Coasiana sia in grado di svolgere una funzione di legittimazione. Abbiamo notato che ciò dipende dal fatto se un mondo Coasiano sia un mondo in cui l'azione collettiva risolve i problemi correttamente e i benefici per le attività collettive vengono opportunamente forniti e distribuiti. Si può volentieri riconoscere che la questione non consente risposte certe. I concetti di correttezza e adeguatezza sono ampiamente esposti al rischio di essere riempiti di contenuti differenti a seconda delle diverse personali preferenze. Quindi, ciò che viene considerato corretto e opportuno da un individuo, può essere scorretto e inappropriato per un altro. Tuttavia, le pretese di correttezza e adeguatezza sono proprio le richieste "that we advance with norms of action or of evaluation"⁷. Questo a mio avviso è il motivo per considerarle come pretese pertinenti, quando ci si riferisce a un mondo Coasiano, interpretato come strumento di legittimazione di una serie di principi e di norme.

Correttezza e adeguatezza delle norme e delle istituzioni, dipendono, a loro volta, dal sistema di valori su cui si fondano e anche dal livello di coerenza che sono in grado di raggiungere nel mettere in pratica questi valori. Pertanto, la prima domanda è: quale sistema di valori si realizza in un mondo Coasiano?

Ovviamente la risposta dipende dal modo in cui definiamo un mondo Coasiano. Come prima approssimazione possiamo immaginare un mondo Coasiano come un mondo in cui la legge può limitarsi a fissare i requisiti (in particolare, l'esatta definizione di diritti di proprietà) per l'affermazione e lo sviluppo di un processo di riproduzione esclusivamente basato su scambi volontari. Il mondo Coasiano così definito è un insieme di regole e istituzioni (diritti individuali su ogni risorsa disponibile, contratti la

⁷ J.Habermas, *Legitimation Crisis*, English translation, Polity Press, 1988, p. 10.

cui esecuzione può essere imposta con sicurezza e senza costi, libertà di scambio, sono i principali elementi che lo caratterizzano) più un altro elemento, alquanto ambiguo, che è l'assenza di costi di transazione (ambiguo, perché, come vedremo non è chiaro se l'assenza di costi di transazione è una proprietà fisica o sociale di questo mondo).

In un mondo Coasiano due principali valori vengono soddisfatti al massimo livello possibile.

Il primo è l'efficienza, che in questo contesto può essere considerata come un valore dal momento che qui è intesa come la massimizzazione del benessere generale. Pertanto, non come un mezzo o come un insieme di mezzi, ma come un fine in sé, che rivendica il proprio apprezzamento per sé e non per la sua capacità di garantire altri scopi.

Il secondo valore pertinente è la libertà. In un mondo Coasiano ogni singolo individuo è dotato di un ambito di dominio in cui può disporre di sé e di un determinato quantitativo di risorse liberamente, quali che siano gli effetti che le sue decisioni possono avere sui terzi.

Le persone disturbate dalle decisioni di chiunque altro, possono utilizzare le risorse a loro disposizione al fine di convincere gli altri a cambiare le loro decisioni e quindi indurli a disporre delle proprie risorse in un modo meno fastidioso. Il risultato finale sarà un mondo in cui ognuno potrà spingere per un uso delle risorse disponibili in modo da massimizzare la sua soddisfazione, con i soli vincoli derivanti dal libero sfruttamento della stessa opzione da parte di ogni altro individuo.

Il principale valore con il quale i due valori di efficienza e di libertà sono notoriamente in conflitto è quello dell'uguaglianza, o, più in generale, quello di un'equa distribuzione delle risorse disponibili. Il potenziale conflitto tra questi valori è infatti il leit-motiv di tutte le controversie relative alla validità morale dell'analisi economica del diritto.

La narrativa Coasiana suggerisce una soluzione attraverso la separazione di due prospettive. Il punto di vista allocativo, che considera solo gli effetti che una scelta di assegnare le risorse date può avere sul benessere generale, e il punto di vista distributivo, che considera l'assegnazione delle risorse secondo un criterio di equità. La distinzione permette un ordinamento gerarchico delle due prospettive.

In questo ordine, ogni problema che riguardi la distribuzione deve essere accantonato ogni volta che scopi distributivi abbiano ad entrare in conflitto con l'obiettivo dell'efficienza⁸. Tuttavia, questo sacrificio non rimane senza ricompensa. Dopo aver ottenuto, grazie al sacrificio degli interessi di alcuni individui, la più grande torta possibile, la società, disponendo di maggiori risorse, potrà periodicamente im-

⁸ Questo aspetto è oggetto di particolare elaborazione in L.Kaplow and S. Shavell, 'Fairness Versus Welfare', 114 *Harvard Law Review* (2001) p. 961

piegarle per porre rimedio a situazioni che possano occasionalmente apparire particolarmente sfavorevoli per alcuni e perciò inique⁹.

Inoltre, siamo in grado di ipotizzare anche un'equa distribuzione delle risorse iniziali (nulla nella narrativa Coasiana esclude che le transazioni si svolgano tra parti dotate di pari risorse). In questa situazione, anche un legislatore tormentato da ansie di giustizia distributiva potrebbe adottare un atteggiamento astensionista, limitando i suoi interventi a poche azioni occasionali volte a correggere specifiche distorsioni.

In sintesi: le possibili virtù di un mondo Coasiano sono la massimizzazione sia della libertà individuale (tutti i trasferimenti di beni possono avvenire solo attraverso accordi tra i loro titolari, e l'intervento del legislatore è limitato ad occasioni rare e speciali) che del benessere generale (tutti i trasferimenti di beni comportano il miglioramento del benessere complessivo). Per quanto riguarda la distribuzione, il possibile sacrificio delle persone che, avendo pochi diritti, sono costrette a "comprare" da altri individui comportamenti che non possono imporre, può essere considerato come funzionale a, e al tempo stesso giustificato da, un obiettivo di interesse generale, quale è quello di raggiungere un più efficiente uso delle risorse disponibili. Quel che più conta, eventuali ingiustizie relative ai rapporti di distribuzione possono essere attenuati da una giusta distribuzione iniziale delle risorse e da sporadici interventi del legislatore.

Pertanto, se dovessimo ritenere che un mondo Coasiano è un mondo in cui l'efficienza e la libertà sono massimizzati al massimo, e se si accetta il detto compromesso tra – da un lato – l'efficienza e la libertà come valori principali e – dall'altro lato – l'equità come valore subordinato, comunque non totalmente respinto, allora possiamo considerare il mondo Coasiano come un ideale, in grado di legittimare ogni scelta che il vero legislatore titolato a governare il mondo reale compia nella direzione di approssimarlo a quello Coasiano.

4. Legittimità: due distinte tipologie di legittimità

Nel paragrafo precedente abbiamo indicato i valori la cui realizzazione nel mondo Coasiano potrebbe conferire alla narrativa Coasiana la capacità di svolgere una funzione di legittimazione. Ora possiamo passare alla questione riguardante il tipo di legittimità che la narrativa Coasiana può fornire.

⁹ Sui problemi sollevati da questo ricorso ad una distribuzione in due stadi, v. però F. Denozza, *Fairness and Welfare: are they really competing values?* In *Legal orderings and Economic Institutions*, edited by Fabrizio Cafaggi, Antonio Nicita and Ugo Pagano, Routledge Siena Studies in Political Economy, Routledge, 2007, at 159.

Per definire il tipo di legittimità che può essere fornito da una certa narrativa, si può ricorrere – colorandolo con una connotazione valutativa – al quadro concettuale alla base della distinzione tra i diversi tipi di autorità legittima elaborato da Max Weber¹⁰.

Max Weber ha soprattutto considerato il problema relativo alla legittimità vista come un fatto empirico (il fatto cioè che un certo gruppo di persone consideri legittima una certa autorità), e ne ha classificato le possibili fonti. Qui vorrei riprendere lo spunto offerto da questa classificazione per distinguere i tipi di argomenti che possono indurre a considerare una istituzione come legittima (tipi di argomenti che corrispondono a quelli che possono convincere individui coinvolti in un rapporto di forza a credere che il potere che subiscono è legittimo). In questa prospettiva, e quindi con un significato piuttosto peculiare, userò le nozioni di legittimità razionale (argomentata razionalmente) e di legittimità tradizionale (argomentata con il riferimento a tradizioni e racconti mitici) e confronterò i due tipi di legittimità dal punto di vista della narrativa da cui ciascuna di esse può essere supportata.

Ho già sottolineato che il fatto, in sè considerato, che il mondo Coasiano non esiste, non costituisce un ostacolo a considerarlo come possibile sostegno di una narrativa in grado di fornire criteri di legittimazione per il mondo reale. Come ho anche già sottolineato, molti argomenti razionali sono forniti attraverso il riferimento a mondi o a processi che non esistono e che non sono esistiti, come lo stato di natura o il contratto sociale.

Tuttavia, credo che deve essere fatta una distinzione tra un mondo che, anche se inesistente, può essere concepito come possibile, dando per presenti in esso le principali caratteristiche del mondo reale, e un mondo che è concepibile solo immaginando condizioni fisiche e psicologiche non consentite dalle leggi naturali che governano il nostro mondo.

La mia opinione è che mentre il riferimento al primo tipo di mondo può fornire argomentazioni razionali per legittimare una determinata istituzione o un sistema di dominio, il riferimento al secondo è in grado di fornire solo argomenti simili a quelli che trovano il loro sostegno non nella ragione, ma nella fede, nella sacralità della tradizione o nell'aspirazione ad un stato perfetto, che è tuttavia conosciuto come irraggiungibile nel nostro mondo reale.

Penso che si potrebbe applicare a queste diverse tipologie di mondi immaginari, la distinzione (ispirata appunto da Weber, ma adattata in larga misura, come abbiamo visto, al contesto della nostra discussione) tra autorità legittimata dalla razionalità (un'autorità basata sulla convinzione – che ha “an immanent relation to truth”¹¹

¹⁰ M. WEBER, *Economy and Society*, English translation, University of California Press, 1978, s.212 ff.

¹¹ J.Habermas, *Legitimation Crisis*, English translation, Polity Press, 1988, p.97.

– in una legittimità razionalmente sostenibile) e un'autorità legittimata attraverso la tradizione.

Vorrei ribadire che a mio parere le argomentazioni fornite dal riferimento ad un immaginario, ma possibile mondo, ben possono essere utilizzate per dimostrare il carattere razionale di un intero sistema o di un singolo Stato. Il riferimento ad un mondo che non può essere concepito come possibile, può fornire solo argomenti simili a quelli che poggiano su convinzioni nella sacralità della tradizione. Argomenti che nel nostro mondo post-metafisico¹² hanno una validità molto limitata.¹³

Come vedremo, la questione se il mondo Coasiano deve essere classificato nella prima o nella seconda categoria, se perciò sia o non sia in grado di sostenere un giudizio di legittimità razionale, è strettamente legato a una migliore definizione di ciò che intendiamo per costi di transazione e ad una conseguente migliore definizione di ciò che concepiamo come mondo Coasiano.

Ritorniamo su questa questione tra breve.

5. Cosa potrebbe accadere in un “mondo Coasiano umano”?

Come abbiamo visto, il nucleo della narrativa Coasiana valutata dal punto di vista dei valori e delle implicazioni giuridiche, è che un mondo, con ben definiti diritti individuali su ogni risorsa disponibile, e senza costi di transazione, può essere efficacemente disciplinato da accordi tra i titolari di tali diritti senza la necessità di un'azione legislativa diversa da quelle necessarie per l'iniziale definizione dei diritti stessi.

Utilizzando un esempio che è molto diverso da quelli usati da Coase, ma ugualmente classico, si può isolare una parte di questo mondo, immaginando un lago utilizzato congiuntamente da una fabbrica per lo scarico delle acque utilizzate nei suoi processi di produzione e da proprietari rivieraschi per la balneazione. Come ben sappiamo il pensiero di Coase, come recepito nel movimento dell'analisi economica del diritto, insegna che in questo tipo di mondo (sempre partendo dal presupposto che non vi siano costi di transazione) il legislatore potrebbe limitarsi ad una esatta definizione iniziale dei diritti all'uso delle acque del lago. Il proprie-

¹² J.Habermas, *Between Facts and Norms*, English translation, Polity Press, 1996, p.443.

¹³ Come ho già sottolineato la presente indagine non ha come oggetto la verità analitica del teorema di Coase, ma la sua potenziale funzione legittimante. L'utilità del riferimento a mondi inesistenti (come ad esempio ad un mondo privo di frizione nella fisica meccanica) compiuto a fini analitici, non contrasta con la tesi qui sostenuta che mette in discussione la possibilità che questo tipo di riferimenti possa svolgere un'utile funzione di legittimazione razionale della scelta di accettabili istituzioni e norme. In fondo nessuno pensa che la verità del teorema di Pitagora possa essere una buona ragione per accettare la filosofia mistica dei Pitagorici.

tario della fabbrica ed i proprietari rivieraschi, lasciati liberi di pattuire tra loro ogni concreto uso possibile delle acque del lago, potranno trovare da soli le soluzioni più efficienti, quelle cioè che massimizzano il benessere complessivo di tutti i soggetti coinvolti. Per di più, secondo un'opinione diffusa, sarebbe essenziale solo che la definizione dei diritti in questione fosse sufficientemente chiara e precisa. Irrilevante, dal punto di vista allocativo, sarebbe la scelta dei soggetti ai quali i diritti vengono assegnati. Ripetendo cose divenute ora molto familiari, l'intuizione che sorregge questa convinzione è che se la pulizia dell'acqua procura ai bagnanti un'utilità maggiore rispetto a quella che la fabbrica ricava dalla possibilità di inquinare, i bagnanti (nel caso siano loro i titolari del diritto per l'uso dell'acqua) si rifiuteranno di permettere alla fabbrica di inquinare o, nel caso opposto in cui il diritto sull'acqua sia stato dalla legge assegnato al proprietario della fabbrica, pagheranno a quest'ultimo una somma di denaro superiore ai risparmi dei costi derivanti dall'inquinamento e lo convinceranno così a smettere di inquinare. Se, invece, l'utilità ricavata dal risparmio dei costi supera quella che i bagnanti potrebbero ricavare dalla pulizia dell'acqua, questi ultimi non potranno indurre il proprietario della fabbrica a non inquinare o, nel caso siano loro i titolari originari del diritto, accetteranno volentieri un compenso in cambio del consenso all'inquinamento. In tutti i casi, le risorse saranno sempre utilizzate in modo da massimizzare il benessere generale.

Ovviamente nell'ipotesi di assegnazione originaria al proprietario della fabbrica i bagnanti saranno un po' più poveri (e il proprietario della fabbrica un po' più ricco) di quello che sarebbero stati se il diritto fosse stato assegnato ai bagnanti fin dall'inizio (questo è l'effetto evidente dell'iniziale distribuzione dei diritti). Si tratta di un effetto la cui esistenza è difficile contestare¹⁴, ma che può essere eliminato o almeno attenuato – come abbiamo già sottolineato – da un'egualitaria assegnazione dei diritti originari.

Supponiamo ora che nel processo di assegnazione originario il diritto di scarico nel lago sia chiaramente assegnato alla fabbrica, e che l'inquinamento generato dallo scarico delle acque reflue della fabbrica sia al di sotto del livello che, secondo le preferenze dei proprietari rivieraschi, potrebbe indurli a fare un'offerta al proprietario della fabbrica in modo da portarlo ad interrompere l'inquinamento. Di conseguenza, il lago viene utilizzato sia dalla fabbrica, sia dai bagnanti, nel modo che, date le rispettive preferenze, risulta essere il più efficiente.

Supponiamo ora che un inventore – potrebbe essere lo stesso proprietario della fabbrica – scopra una nuova tecnica che consente la produzione a costi inferiori, ma presuppone più elevati livelli di inquinamento (ovviamente l'esempio non è stato

¹⁴ V, tuttavia i rilievi a questo proposito dello stesso Coase in *The Firm*, supra nota 3, at 170.

scelto per puro caso: le modifiche tecnologiche sono proprio il tipo di eventi che possono porre la definizione dei diritti “under continuous pressure to change”¹⁵).

Rimando a tra poco la discussione della questione se tale evento (l'imprevista invenzione di una nuova tecnica) possa di per sé minare l'ipotesi di transazioni a costo zero. Per ora esploriamo ciò che potrebbe accadere nel mondo che ho appena descritto (un mondo caratterizzato dal fatto che gli individui possono liberamente e gratuitamente contrattare il trasferimento dei loro diritti) e che io qualificarei come un mondo Coasiano “umano”.

In questo mondo, il proprietario della fabbrica offrirebbe all'inventore un prezzo, per l'uso della tecnica inventata, al massimo pari al risparmio dovuto all'utilizzo della nuova tecnologia. I bagnanti tenterebbero di convincere l'inventore a non vendere la tecnica al proprietario della fabbrica e a tal fine essi offrirebbero una somma di denaro corrispondente ai benefici che trarrebbero dalla possibilità di nuotare in acque pulite.

Supponiamo che tale ultima somma sia superiore a quella che il proprietario della fabbrica sarebbe in grado di offrire. Il risultato della libera contrattazione tra tutte le parti interessate sarà la mancata adozione della nuova tecnologia. Questo risultato è sicuramente efficiente. L'andamento delle offerte dimostra infatti che la nuova tecnica produce costi per i bagnanti che sono superiori ai costi che sarebbero stati risparmiati dal padrone della fabbrica se l'avesse utilizzata.

Osservato da un punto di vista distributivo il risultato solleva invece meno entusiasmo. L'inventore riceve una ricompensa per aver inventato una tecnica inutile e anzi socialmente nociva (come dimostrato dal fatto che se la tecnica venisse attuata il suo impiego provocherebbe più danni – ai bagnanti – che benefici – al proprietario della fabbrica) mentre i bagnanti devono pagare una tassa (all'inventore o al proprietario della fabbrica) per continuare a fare ciò che facevano prima gratuitamente.

Se questo risultato sembra (come a me personalmente sembra) non auspicabile, vi sono due possibili opzioni. La prima è un intervento del legislatore che limiti il diritto della fabbrica ad inquinare in modo da impedire l'inquinamento oltre un determinato livello. In questo caso, il proprietario della fabbrica non sarebbe in grado di compensare i bagnanti, la nuova tecnica rimarrebbe ugualmente inutilizzata e non vi sarebbe alcun trasferimento di ricchezza.

La seconda alternativa è che il legislatore intervenga tassando l'inventore e sovvenzionando i bagnanti. Ne conseguirebbe una redistribuzione che nel mondo reale sarebbe molto costosa, in un mondo Coasiano potrebbe anche essere completamente gratuita, ma in entrambi i casi di razionalità decisamente discutibile.

¹⁵ R. Bartlett, *Economics and Power*, Cambridge University Press, 1989, p.157.

Credo che questo semplice esempio dimostri due cose. La prima cosa che dimostra è che in un mondo Coasiano umano si possono rendere opportuni significativi trasferimenti di ricchezza che non hanno alcun collegamento con l'incremento del benessere generale. Nel nostro esempio la ricchezza a disposizione della società dopo l'accordo è identica a quella esistente prima della invenzione e della conseguente negoziazione. La differenza è semplicemente che in conseguenza dell'invenzione alcuni sono diventati più ricchi mentre altri sono diventati più poveri.

In secondo luogo, risulta piuttosto evidente che un mondo organizzato sulla base di un'iniziale assegnazione dei diritti e la libera negoziazione tra i privati titolari di questi diritti, senza alcun intervento da parte del legislatore, produce risultati la cui accettabilità è altamente discutibile. La prevenzione del gigantesco, e socialmente inutile, trasferimento di ricchezza che potrebbe verificarsi in questo tipo di società necessiterebbe di continui interventi. Il legislatore si troverebbe di fronte, in ogni momento, alla scelta tra il creare o assegnare nuovi diritti in relazione a nuove possibilità di azione prodotte dall'innovazione, e il correggere la distorsione distributiva creata dall'effetto combinato dell'innovazione e della dotazione iniziale dei diritti.

Nel primo caso, l'attrazione esercitata da un modello in cui i risultati sono il frutto di un gioco in cui tutti partecipano su un piede di parità, scompare. Il gioco in questione è in realtà piuttosto simile a quello che si svolgerebbe in una partita di scacchi in cui il "valore" (la possibilità di movimento) di ogni pezzo fosse in continuo mutamento.

Nella seconda alternativa (interventi di distribuzione), l'attrazione di un sistema che tende ad essere autosufficiente, in grado di eliminare gli interventi esterni o di limitarli a pochi casi eccezionali, semplicemente scompare. Infatti, l'evento ipotizzato nell'esempio del lago (l'invenzione, che crea le condizioni per un possibile intervento del legislatore) non presenta particolari elementi di straordinarietà, ma è piuttosto rappresentativo di una tipologia di eventi che si verificano continuamente, con la conseguenza che altrettanto continuamente l'autosufficienza del sistema sarebbe messa in discussione.

Possiamo adesso tornare di nuovo all'esempio del lago per fare qualche ulteriore riflessione e per analizzarlo da un altro punto di vista.

Immaginiamo due universi: uno, in cui il diritto di scarico è assegnato al proprietario della fabbrica, e un altro, identico al primo, tranne per il fatto che il diritto è assegnato ai bagnanti.

Supponiamo ora che i bagnanti abbiano risorse da investire nella costruzione di impianti di ricreazione. È ragionevole supporre che nel primo universo, ragionevolmente consapevoli di non avere alcun intangibile diritto all'acqua pulita, decidano di utilizzare le risorse per divertirsi in altri modi. Nel secondo universo, consapevoli della forza del loro diritto, decidano invece di investire sul lungolago.

Immaginiamo che in entrambi gli universi venga inventata la stessa tecnica, che permette di risparmiare costi di produzione, ma comporta un maggiore inquinamento. È ovvio che a parità di costi di produzione risparmiati e di maggiori livelli di inquinamento comportati, la nuova tecnica ha nell'universo 1 molte maggiori probabilità di essere posta in uso rispetto a quante probabilità quella stessa tecnica ha di essere impiegata nell'universo 2. Un risultato molto probabile è che la tecnica sarà adottata nell'universo 1, dove i bagnanti – non avendo investito nulla sul lungolago e non avendo perciò valorizzato la balneazione nello stesso – non valutano la purezza delle acque del lago tanto da offrire al proprietario della fabbrica un importo maggiore rispetto al valore dei costi di produzione che questi risparmia con l'impiego della nuova tecnica, mentre non sarà adottata nell'universo 2, dove il risparmio dei costi di produzione – per quanto identico a quello che si verifica nell'universo 1 – non è però tale da consentire al proprietario della fabbrica di offrire ai bagnanti una somma tale che li convinca a rinunciare all'uso di un luogo – il lago – nella cui valorizzazione essi hanno investito cospicue risorse.

Anche questo esempio suggerisce alcune riflessioni. Una prima considerazione è che i risultati nei due universi sono entrambi efficienti, ciascuno nel contesto del proprio universo, ma certamente non caratterizzano due mondi fungibili. Generalizzando gli eventi descritti nell'esempio, possiamo immaginare due mondi, uno caratterizzato dall'adozione di tecniche economiche e laghi inquinati, l'altro caratterizzato dall'uso di tecniche più costose e acque pulite. Anche mettendo da parte gli effetti distributivi (il maggiore o minore benessere del proprietario della fabbrica o degli acquirenti dei suoi prodotti rispetto al maggiore o minor benessere dei bagnanti), non sembra esserci una ragione che dimostri che uno dei due universi sia più efficiente o più legittimo rispetto all'altro.

Un secondo aspetto che merita di essere sottolineato, è che la differenza tra i due risultati dipende dalle risorse iniziali, e dalle scelte effettuate, dai titolari dei relativi diritti.

Il semplice fatto dell'assegnazione di un diritto ad una o ad un'altra parte è evidentemente idoneo ad influenzare le decisioni che saranno prese dai soggetti interessati. Nel nostro esempio, la decisione dei bagnanti di costruire o non costruire la struttura ricreativa sul lungolago dipende appunto dal fatto che il diritto sia stato assegnato originariamente a loro o al proprietario della fabbrica. Inoltre, e questo è il punto più importante, le decisioni dei titolari dei diritti prese al tempo $t-1$ influenzano a loro volta le decisioni che tutti i soggetti interessati prenderanno al successivo tempo $t-2$. Nel nostro esempio, le decisioni prese dai bagnanti prima dell'invenzione della nuova tecnica, incidono sugli effetti economici della utilizzazione della tecnica inventata, sulla convenienza della sua adozione, sui risultati dei relativi accordi ed infine sul risultato finale di adozione o rifiuto della nuova tecnologia.

Ciò che succede qui è particolarmente significativo dal punto di vista dell'analisi giuridica delle due situazioni. Questo esempio mette in luce un punto molto importante e cioè che il mercato non è un luogo in cui semplici libertà negative (la possibilità di utilizzare le proprie risorse senza interferenze dello Stato o di altri privati) coesistono, ma è un luogo in cui i poteri attivi dei proprietari entrano in conflitto gli uni con gli altri. Pertanto, quando la legge assegna diritti di proprietà accoppiati con la libertà di contrarre, non solo dà la possibilità (libertà negativa) di godere delle cose che ogni individuo possiede, ma assegna anche il potere di modificare la realtà giuridica e quella effettuale. La possibilità cioè di creare continuamente nuove regole e nuovi limiti all'esercizio delle libertà altrui¹⁶.

Nel nostro esempio, il potere giuridico concesso ai bagnanti di costruire le infrastrutture sul lago che gli altri devono rispettare, di assumere bagnini, assistenti, camerieri, e così via, dà loro la possibilità di modificare, in un modo giuridicamente protetto, non solo la realtà giuridica, ma anche quella fattuale. Con la conseguenza che lo svolgimento da parte di terzi di una certa attività (nel nostro esempio, l'adozione di una nuova tecnologia) può essere resa più costosa per il terzo in questione (il proprietario della fabbrica del nostro esempio) e per l'intera società. In altre parole, il fatto che alla fine tutti noi si viva in un mondo inquinato dove le merci costano poco, e non in un mondo pulito in cui le merci sono più costose, viene a dipendere dall'iniziale assegnazione di potere e dall'uso che i titolari abbiano a decidere di fare del potere loro assegnato.

Da questo punto di vista la tesi, derivata dalla narrativa Coasiana, della indifferenza tra l'assegnazione del diritto all'una o all'altra delle due parti di una possibile transazione, non sta in piedi.¹⁷

¹⁶ Questo argomento è approfondito in particolare da E. Diciotti, *Il mercato delle libertà*, Il Mulino, 2006, p.52. V. anche L.Ferrajoli, *Principia iuris*, II, Laterza, 2007, p.253.

¹⁷ L'incidenza, illustrata nell'esempio del lago, che il diverso contenuto delle norme può avere su un certo tipo di eventi futuri, come l'adozione o la non adozione di future invenzioni, è una delle molte possibili illustrazioni della possibile esistenza di differenti equilibri competitivi corrispondenti a diverse distribuzioni della ricchezza. D.H.Regan, *The problem of social cost revisited*, in 15 *The Journal of Law and Economics*, 433 (1972) sottolinea che "Even granting then that the allocation before the change of legal rule was efficient, and that the allocation after the change must also be efficient, there is no reason to assume they must be the same, if the change of legal rule effected a redistribution of wealth, as there is every reason to suppose it did" Possiamo aggiungere che le norme influenzano non solo la distribuzione della ricchezza, ma anche la distribuzione dei poteri legali il cui sfruttamento può determinare quali esiti delle future contattazioni saranno efficienti e quali inefficienti.

6. La distinzione tra un mondo Coasiano “umano” e uno “divino”

Naturalmente, possiamo facilmente immaginare mondi “più Coasiani” rispetto al mondo di cui al paragrafo precedente. Possiamo immaginare un mondo in cui il legislatore è in grado di prevedere tutte le possibili invenzioni e, più in generale, tutte le eventuali modifiche ad ogni condizione individuale e sociale, nonché di dettare le norme applicabili ad ogni situazione futura, non solo reale, ma anche ipotetica (così informando le parti contraenti su quali contenuti la legge potrebbe avere in tutte le possibili circostanze).

Possiamo anche immaginare un mondo con mercati relativi a tutte le possibili future merci “distinguished by their physical characteristics, by their place and date of delivery, and also by the state of the world” e con un “insurance market for each date-event pair”¹⁸. Possiamo ovviamente immaginare un mondo in cui il proprietario della fabbrica può “corrompere” i proprietari rivieraschi nel senso che paga loro in anticipo (prima che sia avvenuta l’invenzione) una somma di denaro al fine di convincerli a non investire sul lungolago, i proprietari rivieraschi possono “corrompere” l’inventore pagandogli una somma di denaro al fine di convincerlo a non inventare una tecnica più inquinante, l’inventore può pagare il proprietario della fabbrica, al fine di ottenere un impegno ad adottare la sua futura invenzione, e così via.

Mettendo da parte la questione se valga la pena vivere in un mondo in cui noi tutti dovremmo fare continuamente attenzione a offrire la giusta somma di denaro, alla persona giusta, al momento giusto, il problema è che in entrambe le soluzioni (legislatore totalmente preveggenze ovvero mercati totalmente completi grazie alla preveggenza delle parti contraenti), dobbiamo immaginare un mondo popolato da creature divine in grado di prevedere esattamente ogni possibile situazione del mondo futuro. In caso contrario, ogni, anche il più piccolo, errore di previsione, può infatti impedire il raggiungimento dei migliori risultati.

Un mondo in cui tutto può essere previsto è un mondo senza innovazione nel senso in cui siamo abituati a considerarla. Si tratterebbe in realtà di un mondo senza tempo, un mondo dell’eternità che solo creature divine sarebbero in grado di abitare.

In ogni caso, un mondo dove certi fenomeni, la cui eliminazione è fisicamente impossibile in ogni immaginabile universo, sono soppressi, non può sostenere una narrativa in grado di fornire argomentazioni razionali. Il riferimento ad un simile mondo al massimo potrebbe fornire una sorta di legittimità “tradizionale” che è inaccettabile nel nostro mondo post-metafisico.

¹⁸ M. Newbery, *Missing Markets: Consequences and Remedies*, in *The Economics of Missing Markets Information and Games*, edited by F. Hahn, Clarendon Press, 1989, at 211, ff.

Tornando al concetto di costi di transazione, possiamo ribadire la distinzione tra quelli che possiamo chiamare costi di transazione “sociali” e quelli che possiamo chiamare costi di transazione “naturali”. Nella prima categoria possiamo collocare i costi di transazione la cui eliminazione è concepibile (sebbene non completamente conseguibile) anche in un mondo governato dalle stesse leggi fisiche e psicologiche che governano l’universo in cui effettivamente viviamo. Nella seconda categoria, potremmo collocare i costi di transazione che potrebbero scomparire solo in un mondo disciplinato da leggi diverse, il cui contenuto ognuno può stabilire secondo la sua preferenza.

La presenza di costi di transazione connessa alla possibilità che si verifichino eventi impreveduti, le cui conseguenze gli agenti non sono in grado di valutare e talvolta anche di immaginare in anticipo¹⁹, deve essere accettata come una delle caratteristiche di ogni immaginabile universo, e perciò anche di un mondo Coasiano “umano”.

Un mondo Coasiano “divino” è anche più o meno vagamente immaginabile. Non credo tuttavia, che tali sforzi di immaginazione, siano utili nel presente contesto. Può darsi che immaginare quello che potrebbe verificarsi in un mondo Coasiano divino sia utile altrove, ma sicuramente non nella legittimazione delle istituzioni del nostro mondo secolarizzato.

7. I fallimenti del mondo Coasiano “umano-”

Dopo aver distinto due tipi di mondi Coasiani, la mia tesi, alla luce degli argomenti discussi nei paragrafi precedenti, è che un mondo Coasiano umano, inteso come un mondo dal quale è assente ogni tipo di costo di transazione “sociale” e in cui gli individui autoregolano i propri comportamenti contrattando individualmente gli uni con gli altri, è un mondo in cui la realizzazione coerente del sistema di valori che è stata indicata come base della sua potenziale funzione di legittimazione, non si verifica. Io sostengo pertanto che la possibile forza legittimante della narrativa Coasiana sia molto scarsa.

Molti degli argomenti che motivano questo giudizio sono già stati illustrati nei paragrafi precedenti. Pochi punti meritano di essere sottolineati qui, in particolare con riferimento ai valori che erano stati indicati come potenzialmente in grado di rendere il mondo Coasiano un mondo degno di essere vissuto.

Come abbiamo già visto, i principali valori la cui realizzazione dovrebbe qualificare positivamente un mondo Coasiano sono l’efficienza, la libertà e un peculiare compromesso tra questi valori e il valore dell’uguaglianza e dell’equità.

¹⁹ Sul rapporto tra incertezza assoluta e costi di transazione, esaminato nella prospettiva delle teorie sull’emersione dell’impresa, v. S. P. Dunn, *Fundamental Uncertainty and the Firm in the Long Run*, 12 *Review of Political Economy*, 419 (2000).

Per quanto riguarda la questione dell'efficienza, una difficoltà fondamentale indebolisce la stessa possibilità di considerarla come un valore. Il fatto è che l'efficienza, interpretata come la massima soddisfazione possibile delle preferenze di tutti gli individui rilevanti, è un concetto "locale", che ha un (più o meno preciso) contenuto solo in un contesto in cui i relativi individui e le loro preferenze sono definiti con precisione. Su un livello più generale, il concetto perde il suo contenuto, soprattutto in quanto le preferenze diventano indeterminate e la stessa identificazione degli individui rilevanti può diventare incerta.

Le preferenze diventano indeterminate non per empiriche difficoltà nell'accertamento delle preferenze che le persone interessate hanno attualmente, ma perché, al di là di un determinato livello di complessità le preferenze diventano difficili da definire, anche per il singolo individuo. Poniamo, ad esempio, la questione se l'Impero Romano è stato più efficiente dell'Impero Mongolo o se è vero il contrario. La questione immediatamente appare ridicola, anche dopo che si fosse riusciti a stabilire che il relativo punto di vista è quello dei Romani, dei Mongoli o il nostro²⁰.

Il punto richiederebbe un esame più attento, ma ai fini del presente argomento questo riferimento generico al problema della definizione di "efficienza" può essere sufficiente.

Con questa osservazione generale in mente, si può tornare al problema dei due universi, rispettivamente, con acque inquinate o pulite, e con l'uso di tecniche più o meno costose. Il fatto che un mondo Coasiano umano si possa sviluppare indifferentemente in entrambe le direzioni, senza alcuna ragione per preferire una delle due, è a mio parere sufficiente ad escludere che la narrativa Coasiana possa svolgere una effettiva funzione di legittimazione. In realtà essa non è in grado di mantenere la promessa di un miglior domani, per la semplice ragione che non può determinare ciò che il nostro domani sarà e non ha criteri per stabilire quale dei vari domani dovrà essere apprezzato come il migliore.

Per quanto riguarda la gerarchia dei valori, e il compromesso tra l'efficienza e l'equità, abbiamo visto che in un mondo Coasiano umano vari eventi possono determinare distribuzioni di ricchezza totalmente indipendenti dal miglioramento del rendimento globale del sistema e completamente prive di ogni giustificazione razionale.

Venendo alla questione della libertà, interpretata come la possibilità di un collettivo auto-governo attuato attraverso scambi volontari, con l'intervento del legislatore limitato, in sostanza, alla prima attribuzione dei diritti, ho già sottolineato che la promessa non può essere mantenuta. Un accettabile mondo Coasiano umano ri-

²⁰ Una più sofisticata formulazione delle osservazioni contenute nel testo potrebbe fare riferimento alla difficoltà di operare comparazioni di efficienza intersistemiche, cfr. A Buchanan, *Ethics, Efficiency, and the Market*, Clarendon Press, Oxford, 1985, p. 36ss.

chiede un intervento legislativo costante, per correggere distribuzioni prive di qualsiasi senso, e/o per aggiornare l'originale assegnazione dei diritti di risorse. Ne consegue che le relazioni tra le parti sono continuamente modificate dalla legge. I risultati della libera contrattazione sono quindi privi di una possibile legittimazione procedurale fornita dal loro essere il risultato di un processo di libera contrattazione che si svolge all'interno di norme di gioco stabilite una volta per tutte²¹.

L'ultimo, e probabilmente il più importante, punto è che la libertà non può essere considerata solo dal punto di vista della possibile intrusione del legislatore nella sfera privata degli individui. Sappiamo che un altro, ancora più odioso, limite alla libertà individuale esiste: il potere che un individuo può esercitare su altri individui. Si tratta di un problema incombente, anche in un mondo Coasiano umano, come abbiamo già visto quando abbiamo sottolineato che l'evoluzione verso un universo di tipo 1 o di tipo 2 dipende dall'esercizio del potere attribuito ad alcuni individui piuttosto che ad altri. Questo è un tema importante, che esploreremo più da vicino nell'ultima parte del lavoro.

8. Il potere privato e il ruolo dei costi di transazione

Dalle precedenti argomentazioni la conclusione che segue è che la narrativa Coasiana è incapace di svolgere la funzione di fornire argomenti razionali a favore del modo in cui i problemi della attribuzione e della circolazione dei diritti sono inquadrati dall'analisi economica del diritto. Essa non può svolgere questa funzione a livello globale, in quanto non è in grado di mantenere le sue promesse relative al sistema di valori che possono essere soddisfatti da un movimento verso, o che imiti le caratteristiche principali di, un mondo Coasiano umano.

Vorrei porre ora una residua questione ed esplorare il problema se la narrativa Coasiana sia in grado di svolgere la più limitata funzione di legittimare almeno quell'orientamento proprio dell'analisi economica del diritto che considera una variabile, i costi di transazione, come il più importante tra gli ostacoli che, nella maggior parte delle situazioni che ci troviamo ad affrontare nel mondo reale, sono in grado di prevenire il conseguimento dei migliori risultati possibili. Avendo stabilito che l'eliminazione di tutti i costi di transazione sociali non è il cammino verso l'Eden promesso, ci possiamo chiedere se si tratta almeno del modo più adatto a migliorare la nostra vita in questa "valle di lacrime".

In parole meno mistiche, ora possiamo porre la questione se i costi di transazione sociali (i soli che possano essere eliminati da azioni umane) meritano la

²¹ Su questo punto v. F. Parisi, *Private Property and Social Costs*, 2 *European Journal of Law and Economics*, 149 (1995) at 157.

preminente posizione di cui godono nella tradizione Coasiana dell'analisi economica del diritto.

Come è noto, e come abbiamo già sottolineato, nella tradizione Coasiana, i costi di transazione sono considerati di primaria importanza in quanto possono impedire alle parti interessate di contrattare le soluzioni più efficienti. L'assunto è che in assenza di costi di transazione, le parti arriveranno sempre a negoziare l'accordo che nella situazione data consente di massimizzare il benessere complessivo. Di qui il suggerimento fortemente propugnato dai giuristi ispirati dal pensiero di Coase: che le norme giuridiche siano progettate in modo da assegnare i diritti in maniera tale che i costi di transazione siano minimizzati e, dove questi si presentino come irriducibili, le norme dettino soluzioni che consentano di ottenere gli stessi risultati che le parti avrebbero raggiunto attraverso la contrattazione interindividuale.

Nei paragrafi precedenti abbiamo esaminato il profilo normativo generale che sta alla base di queste prescrizioni e cercato di dimostrare che mancano solidi argomenti a loro sostegno. Un mondo Coasiano umano non è un luogo in cui si possano realizzare i valori promessi dalla narrativa Coasiana. Pertanto, non vi è argomento razionale a favore del tentativo di avvicinare il mondo reale al mondo Coasiano (anche se ciò fosse possibile).

La questione che vorrei esaminare adesso è un'altra, più limitata (sebbene praticamente più rilevante), in cui i problemi normativi si intrecciano con aspetti empirici e pragmatici.

La questione è se sia corretto e appropriato assumere l'analisi dei fenomeni che si riferiscono ai costi di transazione come il riferimento centrale per l'inquadramento di tutti i problemi giuridici posti dai rapporti interindividuali (o almeno di quelli di natura in senso ampio economica). Qui non è più una questione di grandi narrazioni. Si tratta piuttosto di un problema specifico, relativo a quale sia il modo più adeguato e corretto di impostare un progetto di ricerca e di individuare i principali fattori che influenzano la soluzione dei problemi che abbiamo di fronte. Correttezza e adeguatezza rimangono giudizi discutibili (stiamo ancora trattando di un problema di legittimità, non di un problema di verità assolute). La differenza è che qui esse non dipendono da narrative comprensive, ma da considerazioni empiriche e da giudizi pratici di convenienza.

Nel nostro caso, il problema è se i costi di transazione siano gli unici o i principali (in termini di valutazioni empiriche e di giudizi di valore) impedimenti alle soluzioni efficienti e quindi la variabile su cui dobbiamo concentrare la nostra attenzione.

La mia tesi è che il fattore più importante che dobbiamo prendere in considerazione per risolvere i problemi della cooperazione umana non sono i fenomeni connessi alla nozione di costi di transazione, ma i fenomeni collegati alla nozione di potere ed ai problemi della sua distribuzione.

9. Le asimmetrie di potere nella contrattazione e la narrativa Coasiana

L'idoneità dei rapporti di potere ad influenzare il processo di negoziazione, e i suoi risultati, ed a presentarsi così come un fattore che potrebbe impedire a razionali attori di raggiungere in ogni transazione il risultato più efficiente²², è oggetto di diffuso esame da parte di varie impostazioni dottrinali. Lasciando da parte altre importanti dottrine (le asimmetrie della proprietà delle risorse vengono considerate una variabile rilevante nella letteratura sullo sviluppo economico²³ e sulla contrattazione strategica tra parti disegualmente dotate²⁴) le asimmetrie nelle risorse possedute (e le conseguenti asimmetrie di potere) sono oggetto di particolare attenzione da parte della cosiddetta bargaining theory che le considera come il principale fattore atto ad influenzare il processo della genesi delle istituzioni sociali.²⁵

Ovviamente in tutti questi dibattiti il punto controverso non riguarda l'esistenza di asimmetrie di potere. Questo è un dato di fatto che non può essere contestato. Si tratta invece di vedere se e quali effetti le asimmetrie di potere iniziali possano avere su una distribuzione di ulteriori risorse realizzata per via contrattuale. La linea di dissenso passa così tra coloro che considerano le asimmetrie di potere un fattore in grado di incidere negativamente sugli esiti della contrattazione e la tradizione che si richiama a Coase che finisce per escluderne invece la sostanziale rilevanza. In particolare, la questione centrale è se una distribuzione asimmetrica del potere può influenzare l'assegnazione delle risorse e se le asimmetrie di potere possono impedire alle parti di raggiungere gli accordi che potrebbero massimizzare i benefici aggregati della loro attività congiunta.

L'argomento per cui le asimmetrie di potere potrebbero impedire il raggiungimento di accordi efficienti si basa sul concetto che individui egoisti e razionali "will prefer a contract that maximizes their individual benefits over a contract that maxi-

²² See e.g. R.Cooter, *The Cost of Coase*, XI *Journal of Legal Studies*, 19 (1982), at 15. D.H.Regan, *The problem of social cost revisited*, 15 *The Journal of Law and Economics*, 433 (1972)

²³ D. Acemoglu, *Why Not a Political Coase Theorem? Social Conflict, Commitment and Politics*, in *Journal of Comparative Economics*, Vol. 31, No. 4, December 2003, Available at: SSRN <http://www.ssrn.com/abstract=545463>

²⁴ R.G.Rajan-L.Zingales, *The Tyranny of Inequality*, (May 1999). CRSP Working Paper No. 423, at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=206508>.

²⁵ Sviluppata soprattutto da J. Knight, *Institutions and Social Conflict*, Cambridge University Press, 1992; J.Knight – J.Johnson, *On the Priority of Democracy: A Pragmatist Approach to Political-Economic Institutions and the Burden of Justification*, in 101 *American Political Science Review*, 53 (2007): "On this account, social institutions are a by-product of strategic conflict over substantive social outcomes. The mechanism of selection among the possible institutional alternatives is bargaining among the actors over the various alternatives. Institutional development is a contest among actors to establish rules that structure outcomes to those equilibria most favorable for them."

mizes aggregate benefits”²⁶. Essi preferiranno cioè una grande fetta di una piccola torta ad una piccola fetta di una torta più grande.

Nella tradizione Coasiana la risposta a questo argomento è come al solito basata sull'ipotesi di costi di transazione pari a zero. L'idea centrale è che, in assenza di costi di transazione, le conseguenze distributive di ogni transazione possono essere liberamente stabilite dalle parti e, pertanto, nulla impedisce alla parte più debole di offrire al più forte una qualsiasi distribuzione dei vantaggi dell'affare in grado di soddisfare i suoi (della parte più forte) desideri. In questo contesto, un maggiore beneficio globale suscettibile di essere suddiviso secondo qualsiasi criterio le parti abbiano preventivamente concordato, consentirà, per definizione, di produrre sempre almeno una porzione maggiore della più grande delle porzioni in cui un minore vantaggio totale può essere diviso. Ne deriva che sarà sempre possibile trovare uno schema di distribuzione che convinca sia il più forte sia il più debole a stipulare l'accordo che assicura il massimo surplus complessivo.

Il problema sembra tornare ancora una volta alla eventuale presenza di costi di transazione che potrebbe impedire pagamenti “collaterali” (rispetto allo schema distributivo connaturato alla transazione in questione) necessari per compensare la parte più potente, o potrebbe generalmente ridurre la gamma delle alternative “such that there is no sufficient correspondence between efficiency and distributional advantage to offset the effects of individual self-interest on the selection of a particular rule”²⁷. Ciò si potrebbe verificare in particolare in alcuni tipi di relazioni internazionali e in alcuni tipi di contrattazione politica dove lo schema distributivo naturale dell'accordo, che nella situazione data sarebbe più efficiente, potrebbe essere insoddisfacente per la parte più potente e un tipico costo di transazione, l'impossibilità di garantire con sufficiente sicurezza il rispetto di tutti gli accordi presi, potrebbe dissuadere tale parte dall'accettare le promesse di compensazione collaterale avanzate dalla parte meno potente.

Se questo fosse il caso, se in realtà l'eliminazione dei costi di transazione che ostacolano i pagamenti collaterali compensatori fosse in alcuni contesti (stato delle relazioni internazionali, alcuni tipi di contrattazione politica, ecc) impossibile, la validità del teorema, e dell'intera concezione del processo di sviluppo istituzionale, che è collegato con la lezione di Coase²⁸ dovrebbe essere limitata ai contesti sociali

²⁶ J.Knight, *Models, Interpretations, and Theories: Constructing Explanations of Institutional Emergence and Change*, in *Explaining Social Institutions*, edited by J. Knight and I. Sened, The University of Michigan Press, 1998, at 113.

²⁷ *Id.*, at 117

²⁸ La c.d. contract theory sviluppata soprattutto da D.C.North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990. *Id.* *A Transaction Cost Theory of Politics*, in 3 *The Journal of Theoretical Politics*, 1991, 355.

in cui i contratti si verificano tra attori di pari potere o in cui le asimmetrie arbitrarie di potere tra gli attori vengono neutralizzate.²⁹ Questa è infatti la tesi proposta dagli aderenti alla bargaining theory.

In sostanza, anche in questa letteratura, critica nei confronti della tesi dell'irrelevanza delle asimmetrie di potere, la possibile esistenza di costi di transazione, in particolare dei costi di transazione in grado di rendere non credibile la promessa di pagamenti collaterali compensativi a favore dei più potenti (con la conseguente difficoltà di convincerli ad accettare accordi che, in quanto tali considerati – privi di pagamenti collaterali – possono comportare risultati che essi ritengono insoddisfacenti) resta un fattore centrale.

In tale prospettiva, stiamo ancora trattando il problema della possibile eliminazione dei costi di transazione (almeno se decidiamo di chiamare costi di transazione le difficoltà di stabilire impegni credibili a favore delle parti più potenti dell'affare). Dato che questi sono costi teoricamente eliminabili (nella nostra terminologia non sono costi di transazione naturali, ma sociali) il dissenso finisce in una controversia di natura empirica sul fatto se i costi di transazione di questo tipo sono più o meno diffusi e più o meno facilmente rimovibili.

Tutte queste impostazioni condividono in sostanza la convinzione per cui le posizioni di potere possono essere trasferite come qualsiasi altro bene. Il dissenso verte solo sulla ricorrenza pratica delle condizioni che possono impedire alla parte più potente l'accettazione di un accordo sociale che, per quanto efficiente, può comportare una diminuzione del suo potere. In questa prospettiva, i costi di transazione, anche in presenza di asimmetrie di potere, restano le variabili decisive. In assenza dei costi di transazione i rapporti di potere possono essere neutralizzati in ogni situazione, e cessano di svolgere un ruolo importante.

Vorrei invece esplorare una prospettiva diversa in cui i rapporti di potere possono influenzare i risultati di un processo di negoziazione in un modo che è completamente indipendente dall'esistenza dei costi di transazione ed è invece strettamente collegato alle caratteristiche essenziali della nozione di potere, e agli attributi empirici delle sue forme di concretizzazione.

A livello empirico, vorrei proporre la tesi per cui sono i rapporti di potere a rappresentare il principale fattore in grado di ostacolare ("incatenare", nel linguaggio marxiano) lo sviluppo del sistema anche là dove i costi di transazione sono assenti (ovviamente alludo, in conformità alla distinzione qui proposta, ai costi di transazione sociali, che sono gli unici che possono essere eliminati nel mondo reale). A livello di giudizi di valore, vorrei proporre la tesi per cui i problemi relativi alla di-

²⁹ J.Knight, *Models*, note 16, at 95. In una differente prospettiva la natura prioritaria della creazione di contesti equi, in cui norme e contratti possano operare in maniera efficiente è argomentata in F.Denoza, supra nota 8.

istribuzione del potere meritano maggior considerazione dei fenomeni connessi ai costi di transazione.

10. Il potere e le sue proprietà teoriche e pratiche. Potere e influenza

Come abbiamo visto, l'idea, condivisa dalle diverse teorie precedentemente esaminate, è che ai rapporti di potere non deve essere attribuita una particolare rilevanza perché il potere può essere venduto e acquistato a piacere come qualunque altro bene.³⁰ Se un individuo A sfruttando il suo potere in un determinato modo può causare all'individuo B un danno più grande del vantaggio che in tal modo procura a se stesso, B può semplicemente pagare una somma di denaro per indurre A ad usare il suo potere in modo diverso. Si tratta di una classica contrattazione Coasiana, e il riferimento a qualcosa che abbiamo chiamato "potere" (invece di ricorrere al linguaggio più usuale in cui ciò che viene scambiato è chiamato risorsa, proprietà, diritto o in qualsiasi altro simile modo) sembra incapace di cambiare la struttura e i risultati del ragionamento.

Il punto merita un esame più approfondito. La mia tesi è che nella narrativa Coasiana i problemi della distribuzione del potere sono nascosti da una certa vaghezza concettuale che confonde il potere con l'influenza, e che induce ad ignorare la distinzione tra il potere interpretato come una caratteristica disposizionale e il potere interpretato come esercizio episodico di questa disposizione.

L'indifferenza sostenuta nella narrativa Coasian tra l'assegnazione del diritto all'una o all'altra delle due parti di una possibile transazione, e la conseguente fiducia nella centralità dei costi di transazione (fino al punto che la stessa scelta del destinatario dell'assegnazione originaria del diritto è concepita come una funzione della costellazione dei costi di transazione esistenti in una determinata situazione), deriva proprio dalla confusione tra le nozioni di potere e di influenza.

Tornando all'esempio del lago, immaginiamo che il lago sia utilizzato da una fabbrica e da una riserva di pesca e che quest'ultima debba decidere se investire nel miglioramento della sua attività di fronte alla possibilità che in futuro una nuova tecnica potrebbe creare un'opportunità per la fabbrica di sfruttare il lago in un modo incompatibile con la pesca. Nella versione Coasiana classica dell'evoluzione di questa situazione, la parte interessata offrirebbe al titolare del diritto una somma di denaro al fine di evitare che egli intraprenda una azione che potrebbe interferire con i suoi (dell'altra parte) progetti. Pertanto, o i pescatori offrono al proprietario della

³⁰ La difficoltà di concepire il potere come una merce è esplorata, da un differente punto di vista, da U. Pagano *Is power an economic good? Notes on Social Scarcity and the Economics of Positional Goods*. in S. Bowles, N. Franzini and U. Pagano (eds) *The politics and Economics of Power*, Routledge, London, 1999, p.53.

fabbrica una compensazione che lo impegni a non modificare la tecnica che sta utilizzando nella sua fabbrica, o il proprietario della fabbrica offre una compensazione ai pescatori perché rinuncino ad investire. In entrambi i casi, il destino del lago dipende dal confronto tra l'ammontare della compensazione offerta e i profitti che il titolare del diritto si aspetta dall'attività futura a cui gli è stato chiesto di rinunciare.

In un mondo Coasiano divino, il prezzo richiesto dal titolare del diritto e l'indennizzo offerto dall'altra parte rispecchieranno esattamente il reciproco atteso profitto. Il destino del lago è quindi deciso dal rapporto tra le grandezze di queste due variabili. La parte con maggior aspettativa di profitti conquisterà invariabilmente il diritto di utilizzare il lago, e il sistema produrrà invariabilmente la massima quantità possibile di guadagno. Il potere non interferisce per nulla.

Se consideriamo un mondo Coasiano umano, un mondo cioè in cui le parti sono assolutamente libere di contrattare senza costi, ma non sono in grado di prevedere esattamente il futuro, i termini del problema cambiano. In effetti, tra le due parti esiste una differenza, che viene trascurata nella narrativa Coasiana e che merita invece di essere considerata. Una delle due parti, il titolare del diritto, può *imporre* il risultato, nel senso che essa è in grado di determinare il risultato semplicemente decidendo di non assumere alcun impegno. L'altra parte può solo *influenzare* il risultato attraverso l'incidenza che le sue offerte (premiando in diversa misura i diversi comportamenti del titolare del diritto) possono avere sulla decisione presa da quest'ultimo.³¹ Se il compenso offerto per la "corretta" condotta (il comportamento del titolare del diritto che massimizza il guadagno comune delle due parti e di tutta la società) è considerato dal titolare del diritto insufficiente per una qualsiasi ragione, non vi è alcun modo di costringerlo a prendere la "giusta" decisione.

Questa differenza è nascosta nella narrativa Coasiana da una semplice mossa, che considera solo due parti (totalmente de-socializzate) in un contesto in cui entrambe sono costrette ad agire in base ad una determinata regola (quella di massimizzare l'immediato guadagno). In questa situazione il potere, che è la capacità di agire secondo la propria volontà e non in base ad una determinata norma, semplicemente scompare.

Possiamo però facilmente immaginare una diversa situazione in cui il titolare del diritto ha di fronte diverse controparti ognuna delle quali fa una certa offerta la cui grandezza è determinata conformemente alla sua previsione relativamente al livello dei suoi futuri profitti. Se una, o alcune, delle parti offerenti commette un errore nel decidere il "giusto" ammontare dell'offerta, ciò non è importante qualora almeno una faccia l'offerta giusta. Ma se il titolare del diritto sbaglia (se si aspetta un'offerta di un ammontare totalmente "sbagliato") non vi è modo alcuno di raggiungere il

³¹ La differenza tra "potere" e "influenza" è sottolineata con particolare enfasi da P. Morriss, *Power, A philosophical analysis*, second edition, Manchester University Press, 2002, p.29.

“giusto” risultato. Ciò determina una grande differenza tra gli individui che hanno il potere e le persone che possono solo cercare di influenzare le decisioni dei potenti.

La differenza diventa particolarmente rilevante se si considera un fattore tanto importante come l'incertezza, un fattore che è assente nel mondo Coasiano divino, ma è inevitabilmente presente nel mondo reale e in ogni concepibile mondo umano³².

In questo tipo di mondo e cioè in presenza di assoluta incertezza, e in mancanza di mercati in grado di dare un prezzo a qualsiasi evento futuro, “individuals must make guesses about opportunity costs”³³. Il punto è che le “congetture” di chi ha potere contano molto di più delle “congetture” di quelli che non ne hanno.

L'efficienza dei risultati delle negoziazioni dipende perciò maggiormente dalla capacità di previsione dei primi rispetto a quella dei secondi.

In una prospettiva interessata ai problemi di legittimità questo punto non può essere considerato irrilevante. Possiamo anche accettare di affidare il nostro destino (il conseguimento dei migliori risultati) alla casuale capacità di prevedere gli “esatti” sviluppi di una data situazione (e quindi di stabilire un “congruo” prezzo per ogni transazione) da parte di tutti gli individui interessati. Non vi è, invece, un motivo razionale per affidare il nostro futuro alle previsioni interessate di coloro che hanno maggiore potere.

11. La natura disizionale del potere

Altri problemi derivano dalla mancanza di distinzione nella narrativa Coasiana tra la contrattazione relativa ad un unico, concreto, atto di esercizio di un determinato potere, e la contrattazione relativa ad una posizione di potere in quanto tale. La mia tesi è che, mentre il primo (l'atto concreto di esercizio di un dato potere), può essere trattato come un qualcosa che può essere più o meno facilmente valutato e trasferito, una posizione di potere in quanto tale presenta alcune peculiarità che sono a mio parere in grado di impedire accordi efficienti, in un modo che è molto più preoccupante di quello che potrebbero fare i costi di transazione.

La narrativa Coasiana non rileva la distinzione tra posizioni di potere, con la loro attitudine disizionale³⁴, e atti episodici di esercizio del potere.

³² “In a world without uncertainty, the notion of power dissolves and loses much of its importance” M. Lavoie, *Foundations of Post Keynesian Economic Analysis*, Aldershot, Edward Elgar, 1992, at 100. V. Monvoisin – L.-P. Rochcon, *Economic Power and the Real World, A Post-Keynesian Analysis of Power*, 35 *Int. Journal of Political Economy*, 5 (2006-7) at 12 “Hence the absence of power in neoclassical theory is reached by eliminating two important concepts: social conflict and uncertainty.”

³³ A. PRZEWORSKI, *States and Markets*, Cambridge University Press, 2003, p. 49.

³⁴ P. Morriss, *Power, A philosophical analysis*, second edition, Manchester University Press, 2002, p. 14. S. Lukes, *Power: A Radical View*, second edition, Basingstoke: Palgrave Macmillan, p. 109. D.H. Wrong, *Power: Its*

La causa di questa confusione risiede nuovamente nell'usuale modo di presentare due parti, staccate dal resto della società in cui vivono, e impegnate in un unico affare, con pagamenti, e regole del gioco, completamente specificati una volta per tutte in anticipo. In questo contesto non vi è alcuna differenza tra il potere considerato come tale e un singolo atto di esercizio di potere.

Quello Coasiano è in realtà un mondo statico, con una torta di dimensioni stabilite, in cui tutti fanno la misura massima che può essere ottenuta, e la ricetta che permette il raggiungimento di questo risultato. In questo mondo statico, i rapporti di potere possono essere facilmente neutralizzati semplicemente perché, in un certo senso, non esistono.

Il potere come attitudine disposizionale è distinguibile dai singoli atti del suo esercizio solo quando si consideri un indeterminato futuro che il detentore del potere ha l'opportunità di influenzare, se non addirittura di modellare, nel proprio interesse.³⁵ Il potere diventa una variabile rilevante quando ci troviamo di fronte ad un mondo, come è il mondo in cui viviamo, in cui il problema non è solo, e non è principalmente, quello della produzione di beni con le risorse disponibili in un determinato istante, ma quello di riprodurre la società nel suo complesso. Il problema cioè di riprodurre non solo i principali aspetti della vita economica della società, ma anche la sua particolare forma di organizzazione sociale (nella terminologia marxiana, le sue "relazioni di produzione"). Una forma che deve adattarsi alle mutevoli condizioni dello sviluppo capitalistico e continuamente inventare nuove pratiche, istituzioni e norme, compatibili sia con la conservazione della sua struttura di base che con l'ulteriore sviluppo delle forze produttive.

L'attitudine disposizionale del potere può essere pienamente apprezzata solo nella prospettiva di un mondo dinamico posto di fronte ad un futuro incerto e impegnato a soddisfare il duplice imperativo di mantenere e trasformare la sua particolare forma di organizzazione sociale di fronte al continuo cambiamento delle condizioni ambientali.

Il fatto che stiamo considerando il potere economico, quindi un potere che sorge dal controllo sulle cose mediato dai diritti di proprietà, non deve nascondere la differenza tra il valore delle cose considerate come tali, e il valore del potere conferito dalla capacità di controllarle. La valutazione di una posizione di potere dipende infatti dall'esatta previsione della serie completa delle possibilità del suo sfruttamento.

In una narrativa in cui si presta attenzione solo ai diritti di proprietà delle parti, manca qualcosa di importante. In effetti, i diritti di proprietà possono essere imma-

Forms, Bases, and Uses, Transaction Publishers, New Brunswick-London, second printing, 1997, p.6. S.R. Clegg, *Frameworks of Power*, SAGE Publications, 1989, p.83.

³⁵ "Power should be understood as the capacity of one or several classes to realize their specific interests" N. Poulantzas, *State, Power, Socialism*, English translation, Verso, 2000, p.147.

ginati in un modo quasi completamente indipendente dalle caratteristiche storiche della società in cui esistono. Molti attributi dei diritti di proprietà sono rimasti invariati dal diritto romano fino ai giorni nostri. Ciò non significa che siamo autorizzati a considerare l'effettiva posizione di tutti i titolari di diritti di proprietà, come immutabile e sempre uguale a se stessa nell'infinito corso dei secoli.

Il punto è che anche dove la struttura dei diritti di proprietà non cambia, ciò che può cambiare è il livello di potere sociale goduto dal titolare del diritto. Il livello di potere sociale conferito dal diritto di proprietà dipende molto meno dalla struttura giuridica del diritto, rispetto alle condizioni pratiche e sociali del contesto in cui il diritto può essere esercitato. Un raccolto di mele può conferire al suo proprietario molti diversi livelli di potere. Ciò dipende dalla situazione economica e sociale del titolare della proprietà: se è un membro di una società capitalista o di una società feudale, se esiste un mercato competitivo per le mele, se è l'unico proprietario di mele nel mondo, ecc.

Si consideri ad esempio una posizione di potere come quella goduta da un monopolista.

I clienti del monopolista possono in ipotesi compensarlo al fine di indurlo a praticare prezzi competitivi³⁶. Come sappiamo, l'importo risultante dalla somma del danno subito dai clienti che decidono di acquistare al prezzo di monopolio più il danno subito dai clienti che decidono di rinunciare all'acquisto e di ripiegare sulla seconda migliore alternativa offerta dal mercato, è maggiore rispetto al profitto guadagnato dal monopolista. Pertanto i clienti, assumendo costi di transazione pari a zero, possono compensare il monopolista al fine di indurlo a praticare prezzi competitivi.

Questa considerazione può essere estesa alla vendita della posizione monopolistica in quanto tale? È possibile concepire una situazione in cui i clienti sono in grado di istituire un sistema di libera concorrenza attraverso l'acquisto della posizione di monopolio in quanto tale?

La mia tesi è che la possibilità che la posizione di monopolio in quanto tale venga venduta, è molto più difficile da immaginare. In realtà, il valore della posizione di monopolio per il monopolista è composto da almeno due addendi: i profitti che

³⁶ Su questo argomento (monopoli in un mondo senza costi di transazione) vedi G. Stigler, *The Law and Economics of Public Policy: A Plea to the Scholars*, 1 *Journal of Legal Studies*, 12 (1972): in un mondo senza costi di transazione "Monopolies would be compensated to act like competitors." (questa affermazione è approvata da R.H.Coase, *The Firm*, at 158). G. Calabresi, *Transaction Costs, Resource Allocation, and Liability Rules: A Comment*, 11 *J. Law and Econ.*, 67, at 70 (1968) "Assuming no transaction costs, those who lose from the relative underproduction of monopolies could bribe the monopolists to produce more". C. J. Dahlan, *The Problem of Externalities*, 22 *J. Law and Econ.*, 141 (1979), at 142, sottolinea che monopoli e beni pubblici possono essere trattati come subcategorie dell'externalità. V. anche F. PARISI, *Private Property and Social Costs*, 2 *European Journal of Law and Economics*, 149 (1995) at 156.

possono essere guadagnati in ogni singolo episodico sfruttamento del potere monopolistico, più il valore della possibilità di incrementare tali profitti, per esempio, riducendo i costi di produzione, senza essere costretto ad abbassare immediatamente i prezzi come le imprese in concorrenza sono invece costrette a fare di fronte ad ogni diminuzione dei loro costi.

Il primo addendo corrisponde alla differenza tra i prezzi monopolistici e competitivi e, come abbiamo appena osservato, i clienti esistenti (nel momento che stiamo considerando) possono essere interessati a compensare il monopolista al fine di convincerlo a praticare prezzi competitivi. Per quanto riguarda il secondo addendo, il problema è: qual è il valore della possibilità, che il monopolista ha e l'impresa in concorrenza non ha, di evitare di essere costretto dalla pressione concorrenziale ad abbassare i prezzi e della conseguente possibilità di trasformare ogni riduzione dei costi direttamente in stabili profitti? E chi sono i singoli individui disposti a pagare il monopolista affinché voglia rinunciare a questa possibilità? Io credo che le grandi difficoltà nel rispondere a queste domande siano piuttosto evidenti.

È già difficile misurare la parte del valore di un monopolio costituito dai profitti (scontati) che il monopolista sarà in grado di guadagnare in un tempo determinato (il tempo che presumibilmente durerà il monopolio) *rebus sic stantibus*, cioè in un futuro immaginato come una proiezione della situazione data. Molto più difficile è la stima del valore della probabilità che il monopolista ha (e non ha invece l'impresa in un mercato concorrenziale) di convertire in profitto qualsiasi guadagno in produttività o di modellare alcune delle caratteristiche del mercato futuro, per esempio scegliendo di sviluppare una tecnologia invece di un'altra, l'uno o l'altro livello di compatibilità del prodotto in questione con altri prodotti, e così via³⁷.

La prima difficoltà a immaginare che questa possibilità possa essere acquistata e venduta come qualsiasi merce ordinaria deriva dal fatto che il suo valore dipende dai guadagni che il titolare del potere sarà in grado di raccogliere da una serie di atti d'esercizio del suo potere che non può essere definito in anticipo e che varierà in base a future concrete e imprevedibili circostanze.

³⁷ Questo punto è solitamente ignorato dai pensatori libertari o ultra-liberali. Per loro il potere economico "is simply the right under freedom to refuse to make an exchange. Every man has this power. Every man has the same right to refuse to make a proffered exchange" M. N. ROTHBARD, *Man, Economy, State (the scholar's Edition with Power and Market)*. Ludwig von Mises Institute, 2004, p.1327. Al contrario, l'essenza del potere economico è la possibilità di definire lo stato di mondi futuri e le condizioni in cui avverranno gli scambi futuri. "Contracts by their nature are no longer simply private relationships that leave others' rights and duties unaffected; they become publicly enforceable agreements altering others' rights and obligations. Contracts impose upon others duties to recognize and respect contractual terms, and upon governments duties of coercive enforceability." S. FREEMAN, *Illiberal Libertarian: Why Libertarianism Is Not a Liberal View*, 30 *Philosophy and Public Affairs*, 105 (2001) at132.

Un'altra difficoltà relativa alla creazione di un mercato per il potere sorge dal fatto che il suo futuro esercizio può influire su diverse persone in diversi modi, secondo circostanze fortuite, e contingenti decisioni del titolare del potere. Nel caso, per esempio, del potere di monopolio, il modo in cui l'esercizio del potere influenzerà diverse categorie di consumatori e di concorrenti, dipende dalle valutazioni che il monopolista farà di ciò che gli apparirà maggiormente nel suo interesse in ognuna della serie delle diverse circostanze che dovrà affrontare in futuro. Pertanto, determinare in anticipo quanto il futuro esercizio di un determinato potere influenzerà ogni potenziale persona interessata è quasi impossibile, rendendo così impossibile il calcolo del prezzo che ogni singolo potrebbe essere disposto ad offrire per indurre il potente a cedere tutto o parte del suo potere.

In sintesi, la mia tesi è che il potere, interpretato come una disposizione distinta dai singoli atti in cui è esercitato, non può essere trattato come una merce che può essere acquistata e venduta in un mercato adeguato, a causa delle difficoltà pratiche e teoriche di stabilire il suo valore. Queste difficoltà possono essere rilevanti quando l'obiettivo è il trasferimento di una posizione di potere da un individuo ad un altro. Diventano quasi insormontabili, quando l'obiettivo è la vendita di una posizione di potere in vista della sua dissoluzione.

Ovviamente, quasi tutto può essere oggetto di una vendita o di un baratto.³⁸ Nella realtà, posizioni di potere sono generalmente trasferite spesso insieme con le risorse materiali o immateriali da cui la posizione di potere deriva, come nel caso della vendita di imprese con potere monopolistico. Il punto, tuttavia, è che, quando ciò che è in gioco non è il trasferimento di una posizione di potere da un individuo all'altro, ma la vendita della posizione di potere in quanto tale (nel senso che il potere non è trasferito, ma eliminato) la probabilità di raggiungere risultati efficienti, in un mondo Coasiano umano, è molto bassa. È difficile individuare le parti interessate all'affare ed è ancora più difficile, per ciascuna parte, stabilire il prezzo. Questo è il motivo per cui posizioni di potere vengono spesso trasferite, ma raramente eliminate dalla libera e consensuale contrattazione³⁹.

Il potere, interpretato come attitudine disposizionale, è una "cosa" che è di fatto composta da una serie di pressoché innumerevoli elementi diversi, come abbiamo visto nel caso del potere di monopolio, il cui valore dipende da una grande quantità di diversi eventi futuri, per i quali i mercati non esistono nel mondo reale e sono

³⁸ Anche se molti ritengono che "Nothing like a free market of power has ever existed or will exist" B.Barnes, *The Nature of Power*, Polity press, 1988, p.87.

³⁹ Come nota K.Marx, *Grundrisse*, trans. Martin Nicolaus (New York: Vintage,1973) p.303, "...I may well separate capital from a given individual capitalist, and it can be transferred to another. But in losing capital, he loses the quality of being capitalist. The capital is indeed separable from the individual capitalist, but not from the capitalist, who as such confront the worker".

difficili da concepire anche in un mondo Coasiano umano.⁴⁰ Se il valore di una cosa semplice come una prenotazione di taxi cambia in base allo stato del tempo al momento previsto per il suo utilizzo (“the same taxi being presumably more valuable if raining than if sunny”⁴¹), non è così facile immaginare mercati in grado di dare il “giusto” prezzo a una “cosa” complessa come una posizione di potere.

12. Conclusioni

Infine, siamo giunti alla questione se i costi di transazione sono un corretto e appropriato punto di partenza per esaminare i problemi che riguardano le relazioni umane.

I costi di transazione possono ovviamente compromettere la possibilità per una delle parti di influenzare le decisioni di un'altra parte. Possono impedire alla parte senza potere di fare un'offerta (contratto) o di effettuare una minaccia (la richiesta di un risarcimento), al fine di convincere il potente ad agire in modo “razionale”. La mia tesi, tuttavia, è che molto più importante dei costi di transazione, che possono turbare i rapporti tra chi non ha potere e gli individui che ce l'hanno, è il contesto sociale che determina chi è senza potere e chi invece ce l'ha. Ciò non significa che i costi di transazione siano irrilevanti. Essi possono impedire ai lavoratori la creazione di un valido potere controbilanciante il potere dei datori di lavoro, possono impedire ai consumatori di coordinare le loro azioni contro le imprese monopolistiche, e così via. Nel complesso i costi di transazione possono impedirci di raggiungere non solo un risultato migliore scelto tra i possibili risultati dati, ma anche di rendere fattibili nuovi possibili risultati in cui “some are helped and no one is harmed.”⁴²

Ciò che sostengo, tuttavia, è che i costi di transazione (specialmente come sono usualmente concepiti) non sono il fattore più importante nel determinare risultati inaccettabili.

Avvicinandoci per un attimo ai problemi effettivi che ci troviamo ad affrontare nel mondo reale, prendiamo per esempio il caso della disciplina dei mercati finanziari, e in particolare, la parte di questa disciplina riguardante i rapporti tra gli investitori e gli intermediari finanziari.

⁴⁰ Per avere mercati completi e quindi “for the first theorem to apply, goods must be distinguished by their physical characteristics, by their place and date of delivery, as well as by the state of the world” A. PRZEWORSKI, *States and Markets*, Cambridge University Press, 2003, 43. Risultato assolutamente irraggiungibile non solo nel mondo reale, ma anche in un mondo Coasiano umano.

⁴¹ Ibidem.

⁴² G. Calabresi, *The Pointless of Pareto: Carrying Coase Further*, 100 *Yale L.J.*, 1211 (1991).

Le transazioni tra gli investitori e gli intermediari finanziari sono solitamente analizzate in termini di asimmetrie informative, conseguente fallimento del mercato e necessità di una regolazione in grado di ripristinarne il corretto funzionamento. A mio avviso è invece piuttosto evidente che il principale fattore che in realtà influenza questo tipo di operazioni, non è l'asimmetria informativa, ma i rapporti di produzione del "settore finanziario", caratterizzato da innumerevoli situazioni in cui gli interessi degli intermediari entrano in conflitto con gli interessi dei loro clienti. In mancanza di tali conflitti di interesse, si potrebbe confidare nell'imparzialità del consigliere-intermediario e la complessa (e spesso confusa) speciale protezione prevista per gli investitori, come ad esempio quella stabilita dalla direttiva europea MIFID, non sarebbe necessaria⁴³.

In questo senso ritengo che in questo caso, come in molti altri casi, il "legittimo" punto di partenza per una corretta analisi dovrebbero essere le relazioni di potere che definiscono il contesto in cui le transazioni si svolgono e non la singola transazione.

Più in generale, il punto è che siamo spesso confrontati con posizioni di potere che (per varie ragioni) non siamo in grado di smantellare. L'organizzazione del settore finanziario, insieme con tutti i suoi conflitti di interessi che abbiamo appena ricordato, è un perfetto esempio di una serie di poteri intrecciati che sono considerati non modificabili a causa della loro presunta capacità di indurre efficienza. Ma possiamo richiamare ugualmente alla mente il potere monopolistico goduto da molte imprese, o anche il potere delle persone che dirigono gigantesche corporazioni.

Quanto a quest'ultimo punto, possiamo considerare che in ogni costruzione teorica (da Berle & Means alla narrativa che ruota intorno al c.d. agency problem) e in ogni modello di corporate governance (dall'Anglo-Sassone al Renano al Latino), al di là di tutte le differenze, esiste un elemento che non varia. In tutti questi modelli reali, e in tutte queste costruzioni teoriche, nonostante le loro differenze, siamo confrontati con lo stesso problema: l'esistenza di una posizione di potere (il potere discrezionale dei dirigenti, siano essi proprietari, proprietari parziali, proprietari sindacati, dirigenti di professione e così via) che riteniamo di non poter smantellare, e la necessità di bilanciare questo potere con un contropotere⁴⁴, che viene ricercato

⁴³ Il punto è approfondito in F. Denozza, *I conflitti di interesse nei mercati finanziari e il risparmiatore "imprenditore di se stesso"* di prossima pubblicazione in *I servizi del mercato finanziario*, Atti del convegno in ricordo di G. Santini, Giuffrè, 2009.

Sulla rilevanza in generale dei conflitti di interesse, divenuti fattore oramai condizionante il funzionamento dell'intero sistema, cfr. G. Rossi, *Il conflitto epidemico*, Adelphi, Milano, 2003.

⁴⁴ Non solo "macro" contropoteri nel senso di Galbraith, (sulla cui perdurante importanza anche in mercati globalizzati v. G. Amato, *Antitrust and the Bounds of Power. The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*, Hart Publishing, 1997, trad. It. *Il potere e l'antitrust*, Il Mulino, 1998, p.117) ma anche contropoteri più locali e circoscritti, purchè in grado di limitare la discrezionalità dei più potenti.

ovunque, sia esso da identificare con le banche, gli azionisti di minoranza, il mercato finanziario e così via.

Io sostengo che aver stabilito che in un mondo Coasiano divino un semplice, “completo”, contratto potrebbe risolvere tutti questi problemi, non è né utile, né un appropriato punto di partenza. Se l’obiettivo è quello di inventare un’ “organization that might make us all better off”⁴⁵, allora il problema principale non è in ciò che può impedire i contratti tra potenti e persone che non hanno potere, ma sta nel modo in cui il potere è distribuito. Quest’ultimo è a mio parere il legittimo punto di partenza.

⁴⁵ G. Calabresi, *supra* note 28.

Ipoteca e garanzia fluttuante nel diritto cinese delle garanzie del credito*

di Enrico Gabrielli**

1. La legge cinese sui diritti reali di garanzia presenta sicuramente interessanti motivi di riflessione, sia in ordine ai modelli giuridici ai quali essa sembra ispirarsi, sia alle singole regole di disciplina concreta mediante le quali il quadro normativo è stato disegnato.

La vastità della materia non consente ovviamente di muovere in questa sede un discorso organico e completo, sicché ci si deve limitare unicamente alla prospettazione di qualche spunto, peraltro limitato al profilo dell'inquadramento sistematico del tema.

La legge cinese prevede anzitutto disposizioni generali sui diritti reali di garanzia (artt.170 ss.).

Nella parte generale, in cui si indicano i tratti caratterizzanti del diritto reale di garanzia, il legislatore cinese non ne ha fornito una definizione normativa, limitandosi a prevedere diritti e poteri del titolare di un diritto reale di garanzia, ovvero le modalità di costituzione e di estinzione del diritto reale, ovvero singoli profili di disciplina comune del sistema delle garanzie reali, quali ad esempio, le forme di tutela del creditore in caso di deterioramento o di perdita di valore del bene oggetto del vincolo.

In tal senso il legislatore cinese sembra aver scelto una tecnica di redazione normativa diversa da quella del legislatore europeo che di recente, in una situazione analoga, vale a dire nella disciplina dettata nella direttiva 2002/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria si è preoccupato di prospettare una compiuta serie di definizioni normative, come quella di garanzia finanziaria, le quali sono poi state recepite anche nel sistema del diritto italiano con la legge di attuazione della suddetta direttiva (d.lgs. n. 170 del 2004).

2. Nell'osservare la legge cinese un primo immediato e rilevante profilo di riflessione è dato dalla circostanza che dopo la parte generale è prevista un'apposita disciplina unicamente per l'ipoteca e il pegno: manca la configurazione normativa e la disciplina del privilegio.

* Relazione svolta al Convegno "Sistema giuridico romanistico e diritto cinese. Le nuove leggi cinesi e la codificazione: la legge sui diritti reali" tenutosi a Roma il 29 novembre – 1° dicembre 2007.

** Professore Ordinario di Diritto civile nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma "Tor Vergata".

Nel sistema italiano, di derivazione francese, invece il privilegio ha formato oggetto di una continua ed incessante opera di legificazione, al punto tale che la dottrina da tempo ha indicato gli inconvenienti che derivano dalla creazione di nuovi privilegi, che ha condotto ad un regime di vero e proprio particolarismo legislativo.

Tale particolarismo, se non dava luogo ad inconvenienti quando il diritto dei privilegi era limitato a poche e marginali fattispecie, con il codice civile del 1942 si è esteso a tutte quelle figure di prelazione che gravano su beni strumentali o su beni facenti parte del capitale circolante dell'impresa, con la conseguenza di creare nella materia una situazione di vero e proprio disordine, che ne impedisce la razionalizzazione.

Nel codice civile del 1942 con la formulazione dell'art. 2745 c.c. la determinazione unitaria dei privilegi sarebbe stata solo esteriore, poiché all'interno di tale istituto coesisterebbero sia fattispecie che obbediscono all'antica logica equitativa individuata dai redattori del *Code civil* francese, sia altre ipotesi che, seppure qualificati come privilegi, in realtà nasconderebbero formalmente un'ipoteca mobiliare o un pegno legale.

Queste ultime sono però fattispecie radicalmente diverse dalle prime, in quanto si sarebbero affermate fuori della tradizione del diritto codificato, al fine di rispondere ad esigenze diverse da quelle proprie di una società preindustriale alla quale si sarebbe ispirata la nostra tradizione codicistica.

L'attuale diritto italiano dei privilegi, caratterizzato da una sostanziale incoerenza e contraddittorietà della figura dei privilegi convenzionali, sarebbe, secondo una parte della dottrina, la conseguenza della mancata occasione, offerta al legislatore del 1942 dalla redazione del nuovo codice, per dar luogo ad un effettivo adeguamento del diritto codificato alle nuove realtà emerse a seguito del tramonto della società preindustriale.

Adeguamento che invece opportunamente avrebbe dovuto riguardare l'intero sistema delle garanzie mobiliari, e che ora sembrerebbe possibile in ragione dell'avvio del processo di integrazione europeo, ad esempio mediante il ricordato recepimento, attuato con il d.lgs. n. 170 del 2004, nell'ordinamento italiano della direttiva europea sulle garanzie finanziarie¹.

La scelta di non disciplinare l'istituto del privilegio può essere stata dettata nella mente del legislatore cinese da una pluralità di motivi, sui quali non è ovviamente possibile indagare. Si può soltanto rilevare che, come si avrà modo di osservare mediante l'analisi ed il confronto comparatistico, l'impostazione adottata dal legislatore cinese sembra essere il frutto di una combinazione tra istituti di derivazione romanistica, poi recepiti nei sistemi di diritto codificato di matrice francese, come il codice civile italiano, e istituti di derivazione anglosassone.

¹ Sul punto cfr. E. GABRIELLI, *Contratti di garanzia finanziaria*, in *Digesto. 4. Disc. Priv. Agg.*, Torino, 2007.

Sta di fatto che se si vuole cercare nella trama normativa cinese delle garanzie reali una fattispecie riconducibile alla figura del privilegio la si deve trovare nella disciplina dell'ipoteca.

Disciplina che risulta organizzata, in via generale, secondo la natura del bene oggetto del vincolo (art.180), sia dal punto di vista dei beni che possono formare oggetto del diritto di garanzia (artt.180-181-182-183), sia dal punto di vista dei beni che, al contrario, ne sono per legge esclusi (artt.183-184).

Nella disciplina dell'ipoteca, infatti, viene introdotta la figura, di derivazione anglosassone, della *floating charge*, vale a dire della garanzia fluttuante, che nel sistema di diritto italiano trova una forma simile nell'art. 46 del Testo Unico della legge bancaria (d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385)².

Fattispecie che normalmente, sul piano del raffronto comparatistico, viene ricondotta alla figura del privilegio convenzionale, e che nella legge cinese riceve ampia ed analitica disciplina, sia per quanto concerne il profilo della costituzione (art. 181)³ sia della efficacia e opponibilità ai terzi (art. 189)⁴.

3. Il punto merita qualche ulteriore osservazione che aiuti il raffronto tra le due fattispecie.

Nel diritto inglese esiste infatti da tempo la figura della *floating charge* (cd. garanzia fluttuante)⁵, la quale configura una forma elastica di garanzia, che realizza effetti simili a quelli che si conseguono mediante l'impiego delle tecniche di amplia-

² Cfr. E. GABRIELLI, *Il pegno*, in *Trattato di diritto civile* dir. da Sacco, Torino, 2004, 41 ss.

³ Art. 181 «mediante accordo scritto tra le parti, le imprese, le imprese commerciali individuali, i gestori di produzioni agricole, possono costituire in ipoteca impianti di produzione, materie prime, prodotti semilavorati, prodotti finiti, nella disponibilità attuale e futura; se il debitore non adempie alla obbligazione alla scadenza, oppure al verificarsi della situazione stabilita dalle parti per far valere il credito, il creditore ha il diritto alla soddisfazione, con prelazione, del proprio credito garantito da ipoteca sul bene mobile con riferimento al momento in cui si fa valere il credito».

⁴ Art. 189 «Quando imprese, imprese commerciali, individuali, gestori di produzione agricola, costituiscono in ipoteca beni mobili di cui all'art. 181 della presente legge, si deve provvedere alla registrazione presso l'Ufficio amministrativo per le attività industriali e commerciali competente nel luogo di residenza del debitore ipotecario. L'ipoteca si costituisce dal momento in cui entra in vigore il contratto di ipoteca; se non si è effettuata la registrazione, non la si può opporre ai terzi di buona fede. Le ipoteche costituite in base a quanto disposto dall'art. 181 della presente legge non si possono opporre al compratore che abbia pagato un prezzo corrispettivo ragionevole, ed abbia ottenuto i beni ipotecati, nel corso della normale attività di gestione [del debitore ipotecario]».

⁵ La fattispecie, come forma di garanzia su beni presenti e futuri, venne riconosciuta per la prima volta in *Re Panama New Zealand and Australian Royal Mail Co.* (1870) 5 *Ch. App.* 318.

Per la sua delineazione cfr. per tutti l'importante studio di GOODE, *Legal problems of credit and security*, 2nd edn., London, 1988, p. 46 ss.; cfr. anche GALANTI, *Garanzia non possessoria e controllo della crisi di impresa: la floating charge e l'administrative receivership*, Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, Roma, 2000, passim.

mento e di prolungamento della garanzia o con l'utilizzo della cd. clausola di lavorazione (che sono tipiche del diritto tedesco), e che quindi consentono sia l'estensione della garanzia alle trasformazioni economiche subite dall'originario oggetto del vincolo, sia la rotatività della garanzia, indipendentemente dal mutamento sostanziale dei beni soggetti al vincolo⁶.

Nel diritto inglese, infatti, la charge (che può essere *fixed* oppure *floating*) rappresenta il risultato di un accordo tra creditore e debitore, in base al quale il creditore ha diritto di soddisfarsi, fino alla concorrenza del credito, sul ricavato dalla vendita dei beni del debitore, con privilegio sui creditori chirografari e su quelli titolari di un diritto di garanzia sorto successivamente alla costituzione del vincolo.

Nella *fixed charge* il bene oggetto della garanzia, del quale il debitore non può disporre senza il consenso del creditore, è specifico e identificato o identificabile, oppure futuro, ed è già presente nel patrimonio del debitore, oppure sta per entrarvi⁷.

Nella *floating charge*, invece, che non attribuisce al creditore alcun effetto reale immediato, anche se il diritto di garanzia produce effetto *ex tunc*, dal momento della sua costituzione, l'oggetto della garanzia può essere costituito da un complesso (oppure da una parte) di beni unitariamente considerato (quali il magazzino, il patrimonio o l'insieme del proprio attivo d'impresa), e quindi può comprendere sia i beni presenti, sia quelli futuri, di proprietà della società.

In ogni caso caratteristica essenziale della *floating charge* è che si tratta di una garanzia presente e non futura⁸.

La garanzia infatti insiste su beni indeterminati e continuamente sostituibili, *from time to time*⁹, dal costituente, sicché la sua utilità è data dal fatto che, non essendo possessoria, ma per l'appunto «fluttuante», può protrarsi nel tempo, e consente: al debitore di continuare ad utilizzare liberamente le merci – o in ogni caso l'oggetto della garanzia – evitando in tal modo di paralizzare l'attività d'impresa, fino al momento dell'estinzione del credito (e quindi della garanzia) o fino al verificarsi della *crystallisation*¹⁰; al creditore di poter eventualmente aggredire, in caso di *crystallisation*, anche gli altri ed ulteriori beni che, successivamente al momento di costituzione della garanzia, fossero eventualmente entrati a far parte dell'*undertaking*.

La *crystallisation* – la quale rappresenta l'aspetto patologico della vicenda, che si verifica quando a causa di determinate circostanze la garanzia da fluttuante si tra-

⁶ Cfr. E. GABRIELLI, *Il pegno*, cit., p. 30 ss.

⁷ Cfr. *Holroyd v. Marshall* [1862] 10 *HL Cas.* 191.

⁸ Cfr. GOWER'S, *Principles of modern company law*, London, 1997, 6th edn., p. 363 ss.

⁹ Cfr. Lord MacNaghten in *Government Stock Co. v. Manila Ry* (1897) *A.C.* 81, a pag. 86; in *Illingworth v. Houldsworth* (1904) *A.C.* 355; v. anche *Re G. E. Tunbridge Ltd.* [1994] *BCC* 563

¹⁰ Cfr. GOWER'S, *Principles of modern company law*, cit., p. 367 ss.; CHARLESWORTH & MORSE, *Company Law*, 15th edn., London, 1995, p. 626 ss.

sforma in fissa, cristallizzandosi su tutti i beni oggetto del vincolo – rende inefficaci tutti gli atti di disposizione dei beni, che formano oggetto della garanzia, posti in essere successivamente alla cristallizzazione e comporta che il debitore non possa più gestire, organizzare e dirigere la sua impresa.

Affinchè si producano gli effetti propri della cristallizzazione (cioè il congelamento e spossessamento dei beni della società debitrice) è tuttavia necessario che il creditore eserciti il potere di determinare tale evento, a meno che non risulti una diversa pattuizione delle parti.

La struttura della *floating charge* può quindi essere delineata mediante la individuazione di tre essenziali profili della fattispecie: che la garanzia comprenda beni inclusi nel patrimonio sia presenti sia futuri; che questi beni siano mutevoli nel corso dell'attività imprenditoriale (materie prime, macchinari, ecc.); che, fino al momento in cui non si verifichi un particolare evento, l'impresa possa continuare a disporre in piena libertà di tali beni¹¹.

La *floating charge* crea quindi una garanzia immediata non intaccando però il potere dispositivo del debitore relativamente ai beni gravati, così che la caratteristica fondamentale della *floating charge* è di lasciare al debitore la possibilità di disporre dei beni dell'impresa come se non fossero gravati da garanzia. Tale potere tuttavia è implicitamente limitato all'ambito *dell'ordinary course of business*¹², di modo che la *floating charge* permette la continuazione dell'attività commerciale senza inficiare la capacità di disporre dei beni dati in garanzia.

Diversa è la situazione in cui l'attività dell'azienda venga a cessare, in questo caso non si può più parlare di *ordinary course of business* e quindi la *floating charge* si "cristallizza" in una *fixed charge*¹³.

Una delle caratteristiche essenziali della *floating charge* è data dunque dalla libertà del debitore di disporre dei beni sottoposti a garanzia nell'ambito dell'*ordinary course of business*¹⁴.

Il creditore si asterrà pertanto da qualunque atto che possa interferire con questi poteri finché la società debitrice si riveli *viable* e commercialmente attiva. Nel caso in cui la società venga liquidata o cessi la sua attività o si verifichi una delle situazioni previste dall'accordo tra le parti, si avrà la cosiddetta *crystallisation* della *charge*.

In termini generali si può affermare che la cristallizzazione segna il limite entro il quale il debitore può disporre dei beni dati in garanzia. In concreto si verrà a

¹¹ Cfr. *Re Yorkshire Woolcombers Association Ltd* (1903) 2 Ch. 284; *Evans v. Rival Granite Quarries Ltd.* (1910) 2 K.B. 979

¹² Cfr. *Re Panama* (1870) 5 Ch. App. 318.

¹³ *Re Woodroffes (Musical Instruments) Ltd.* (1986) Ch. 366.

¹⁴ GOODE, *Legal problems of credit and security*, cit., p.59
Cfr. anche *Re Cimex Tissues Ltd* [1995] 1 BCLC 409

costituire una *fixed charge* su tutti gli *assets* gravati da un *interest* della società debitrice¹⁵.

In linea di principio è possibile ricondurre gli eventi che determinano la cristallizzazione del vincolo in tre grandi categorie: cessazione dell'attività commerciale; interventi del creditore garantito che privino il debitore del controllo dei beni; situazioni previste dall'accordo tra le parti.

4. Se dunque si opera il raffronto tra le caratteristiche tipiche della *floating charge* e la figura dell'ipoteca di cui alla legge cinese, si può affermare che l'istituto vi è stato recepito nelle sue grandi linee.

Conferme se ne traggono, anzitutto, dall'esegesi delle norme: l'art. 180 parla di possibilità di costituire "congiuntamente in un'unica ipoteca tutti i diversi beni elencati nel precedente comma"; gli artt. 181 e 189, come si è già detto, sono ancora più espliciti in tal senso, ed è significativo che nell'art. 189, oltre a prevedere che la garanzia si costituisce al momento "in cui entra in vigore il contratto di ipoteca", si preveda la registrazione come condizione di opponibilità ai terzi in buona fede.

Ma ancor più significativo è che nell'ultima parte della norma si richiami la formula (dell'*ordinary course of business*) propria del diritto di *common law*: "nel corso della normale attività di gestione".

Va rilevato, di contro, che manca nella previsione del legislatore cinese la disciplina della *crystallisation*, nei termini propri della *floating charge* inglese, anche se è parzialmente rinvenibile nella disciplina di tutela del creditore, di cui agli artt. 181 e 196.

Nel primo caso la norma sembra assolvere alla medesima funzione della *crystallisation*, quando si afferma che «se il debitore non adempie alla obbligazione alla scadenza, oppure al verificarsi della situazione stabilita dalle parti per far valere il credito, il creditore ha il diritto alla soddisfazione, con prelazione, del proprio credito garantito da ipoteca sul bene mobile con riferimento al momento in cui si fa valere il credito».

L'articolo 181 indica infatti che la funzione di garanzia dell'ipoteca cinese aggredisce il bene/i presenti nel patrimonio del costituente nel momento in cui si escute la garanzia connessa al credito, cioè nel momento in cui si "cristallizza" l'esecuzione del creditore.

Nel secondo caso si prevede che (in caso di ipoteca di cui all'art. 181) l'individuazione del bene da aggredire si determini sulla base di una serie di eventi assimilabili a quelli propri della disciplina della *crystallisation*, come ad esempio il fallimento del debitore ipotecario.

¹⁵ V. N.W. Robbie & Co. Ltd. v. Witney Warehouse Ltd. (1963) 3 All E.R. 613.

Ulteriore conferma del recepimento del modello di garanzia fluttuante di *common law* può essere trovata nella regola di cui all'art. 189, secondo cui la costituzione della garanzia ipotecaria di cui all'art. 181 non è opponibile al compratore che abbia pagato un prezzo corrispettivo ragionevole ed abbia ottenuto il bene ipotecato nel corso della normale attività di gestione del debitore ipotecario.

Formula che, se per un verso, richiama ancora una volta il principio espresso dalla locuzione *in the ordinary course of business*, e che quindi tende a far salvi gli acquisti compiuti nel corso della normale attività d'impresa, tant'è che prescinde dal requisito della buona fede; per altro verso sembra atteggiarsi come una forma di esenzione dall'azione revocatoria assimilabile a quella di cui all'art. 67, 3 comma, lett. a) legge fallimentare (R.d. 16 marzo 1942, n. 267).

5. La legge cinese, in definitiva, si caratterizza, sotto questo seppur limitato profilo, per la capacità di sapersi muovere nella creazione di un diritto codificato tra la tradizione e la novità.

Tradizione nel recepimento di modelli classici del sistema delle garanzie reali quali l'ipoteca e il pegno.

Novità nell'adozione di modelli recenti di garanzia, frutto della *lex mercatoria* e del moderno diritto degli affari, come appunto la garanzia fluttuante, che, seppure inserita sotto il *nomen* dell'ipoteca, conferma che le nuove forme di garanzia possono ben coesistere con quelle tramandateci dalla tradizione del diritto romano.

Difese e decisioni

TRIBUNALE DI PESCARA
sentenza n. 128/09 in data 16 gennaio 2009

**Direzione e coordinamento *ex art. 2497-septies* cod. civ.
sulla base di un contratto di affiliazione commerciale**

Le difese

MEMORIA CONCLUSIONALE

Nell'interesse del Sig. **Roberto Ampollo Rella** e del Sig. **Alberto Di Paolo**, rappresentati e difesi dagli avvocati prof. Alberto Stagno d'Alcontres e Paola Damiani

CONTRO

Natuzzi S.p.a., Nacon S.p.a., Itaholding S.p.a., e Giuseppe Desantis, tutti rappresentati e difesi dagli avvocati Prof. Giuseppe Tucci e Caterina Calia.

INDICE

In fatto

1. L'evoluzione del giudizio.
2. I presupposti dell'azione.
 - 2a. I patti contenuti nei contratti di *franchising*.
 - 2b. L'attività di direzione e coordinamento esercitata da Natuzzi.
 - 2c. L'analisi di prefattibilità presentata da Natuzzi.
 - 2d. Il tentativo di diversificazione del business di Koinè.

2e. L'acquisto delle quote sociali di Koinè.

3 Le domande in via riconvenzionale.

In diritto

1. La responsabilità da direzione e coordinamento.

2. Natura extracontrattuale della responsabilità da direzione e coordinamento e "*forum commissi delicti*" ex art. 20 c.p.c.

3 Sulla mancata contestazione dei fatti posti a base della domanda, sulla sua fondatezza documentale e, in subordine, sulla necessità di ammettere i mezzi istruttori degli attori.

4. Sulla presunta assenza dell'attività di direzione e coordinamento sostenuta dai convenuti.

5 Sulla circostanza che gli attori non erano più soci della koinè al momento della proposizione della domanda e sulla presunta assenza della legittimazione attiva sostanziale e processuale degli attori.

6. Sulla presunta presenza di vantaggi compensativi.

7. Sulle risultanze della C.T.U. espletata.

8. Sulla presunta assenza di responsabilità del sig. Desantis Giuseppe in proprio.

IN FATTO

1. L'evoluzione del giudizio.

Con atto di citazione del 23 maggio 2006, gli attori hanno avviato, dinanzi al Tribunale di Pescara, azione di responsabilità, ai sensi degli artt. 2497 e ss. c.c., nei confronti di Natuzzi s.p.a., Nacon s.p.a., Italholding s.p.a. e Giuseppe Desantis, chiedendo al Tribunale adito di condannare i convenuti *“ognuno per quanto di ragione e in solido tra loro, al risarcimento di tutti di tutti i danni, nessuno escluso, causati agli istanti in proporzione delle rispettive quote di partecipazione al capitale sociale di Koinè, in conseguenza del comportamento illecito posto in essere dai convenuti, nella misura di almeno euro 5.417.134,00 o di altra minore o maggiore somma che risulterà all'esito di espletanda attività istruttoria e/o, in ulteriore subordine, che dovesse essere ritenuta di giustizia”*.

A supporto delle domande spiegate in atto di citazione, oltre alla documentazione prodotta in sede di costituzione, gli attori hanno chiesto al Tribunale ammettersi C.T.U. contabile, al fine di accertare l'entità e le modalità del danno arrecato agli istanti, nonché interrogatorio formale dei convenuti e prova testimoniale sulle circostanze di fatto poste alla base dell'azione. Gli attori hanno, altresì, chiesto che il Tribunale ordinasse l'esibizione alla Koinè s.r.l. e alla Industrie Natuzzi s.p.a. di tutti gli ordinativi

di acquisto (per la Koinè) e vendita (per la Natuzzi) di merce durante il rapporto tra le stesse, intercorrente per gli anni 2001/ I trimestre 2005.

Con comparsa di costituzione e risposta con domanda riconvenzionale del 28 luglio 2006, Natuzzi s.p.a., Nacon s.p.a., Italholding s.r.l. in liquidazione e Giuseppe De Santis, oltre a contestare la fondatezza nel merito delle domande spiegate dagli attori e proporre nei loro confronti domanda di risarcimento danni, hanno sollevato eccezione di incompetenza per territorio del Tribunale adito, ritenendo competente, in via esclusiva, il Tribunale di Bari.

...omissis...

In data 11 aprile 2007, il G.R., dott. Gianluca Falco, ha disposto con decreto la fissazione dell'udienza di discussione della causa in oggetto per il giorno 11 giugno 2007, affinché il collegio venisse investito della questione preliminare di rito relativa alla competenza per territorio sollevata dai convenuti e contestata dagli attori negli scritti difensivi successivi.

...omissis...

Con sentenza depositata il 5 settembre 2007, il Collegio ha osservato la correttezza della qualificazione giuridica in termini di azione di responsabilità extraccontrattuale dell'azione di cui all'art. 2497 c.c. prospettata dagli attori, rigettando di conseguenza l'eccezione di incompetenza territoriale sollevata dai convenuti e rimettendo la causa in istruttoria.

Omissis ...

2. I presupposti dell'azione.

I sig.ri Ampollo Rella e Di Paolo sono stati, dal 2000 al 16 marzo 2005, soci della KOINÈ S.a.s. (precedentemente Koinè S.r.l.), detenendo una partecipazione sociale pari rispettivamente, quanto al Sig. Roberto Ampollo Rella, al 98,03% del capitale sociale per gli anni 2000, 2001, 2002, 2003 e al 34,78% per gli anni 2004 e 2005 e, quanto al Sig. Alberto Di Paolo, pari al 65,2174% per gli anni 2004 e 2005.

A partire dall'ottobre 1992, la Koinè ha stipulato cinque contratti di *franchising* (allegati nn. 1-5 all'atto di citazione) – assumendo la qualità di affiliata nei confronti delle Società Industrie Natuzzi S.p.a., Natuzzi Mobili S.r.l. e Natuzzi Trade Service, le ultime due integralmente partecipate e comunque controllate della società Industrie NATUZZI S.p.a. (affiliante) – per la commercializzazione e la vendita al pubblico di prodotti per l'arredamento appositamente studiati dalle affilianti.

...omissis ...

2a) I patti contenuti nei contratti di *franchising*.

I contratti – ai quali poi si era aggiunto quello in data 1.10.2001 stipulato con la Natuzzi S.p.a. (allegato n. 6 all'atto di citazione) – avevano ad oggetto la vendita dei menzionati prodotti nelle città di Pescara, San Nicolò a Tordino (TE), Vasto (CH), Civitanova Marche (MC), San Benedetto del Tronto (AP) ed Ancona ed i seguenti contenuti:

1. l'affiliante è titolare del marchio DIVANI & DIVANI, caratterizzante una catena di produzione e commercializzazione di mobili imbottiti, in particolare divani e poltrone;
2. presso i negozi affiliati sono in vendita al pubblico collezioni esclusive appositamente studiate dall'affiliante e contraddistinte da marchi selezionati dallo stesso;
3. l'affiliante è in grado, per la qualità dei prodotti che offre, per le tecniche di vendita che propone e per il know-how di cui è in possesso, di contribuire allo sviluppo della clientela dell'affiliato;
4. l'affiliante concede all'affiliato il diritto di rivendere gli articoli della propria collezione, utilizzando ed esponendo presso il punto vendita l'insegna DIVANI & DIVANI, nonché l'uso di una licenza non cedibile dei propri segni distintivi;
5. l'affiliante si obbliga a non istituire ulteriori affiliazioni nelle città ove sono siti i negozi e nelle rispettive province;
6. l'affiliato si obbliga ad acquistare ed esporre esclusivamente articoli proposti e/o forniti dall'affiliante o da fornitori da quest'ultimo autorizzati e indicati;
7. l'affiliante potrà fare accertare in qualsiasi momento il rispetto dell'obbligo di esclusiva, verificando l'assortimento del punto vendita e le eventuali giacenze di magazzino dell'affiliato. L'affiliante avrà facoltà di accedere al punto vendita per mezzo di propri incaricati, al fine di accertare il rispetto degli impegni assunti con i contratti;
8. l'affiliato ordinerà, secondo le procedure indicategli dall'affiliante, i prodotti facenti parte della collezione "DIVANI & DIVANI", in base alla campionatura proposta dall'affilian-

te; **9.** l'affiliato riceverà periodicamente, a cura dell'affiliante, il listino prezzi di acquisto dei prodotti e quello dei prezzi "consigliati" di vendita (in realtà di fatto imposti), da applicarsi al pubblico; **10.** quando l'affiliato decida di proporre come modalità di pagamento, alla propria clientela, il ricorso al credito al consumo, l'affiliante provvederà ad indicargli la società finanziaria, convenzionata alla catena; **11.** al fine di assicurare omogeneità di comportamento dei vari punti vendita della catena, si farà luogo a promozioni solo sui prodotti e nei periodi indicati dall'affiliante. L'entità dei ribassi sarà concordata con l'affiliato e sarà a suo totale carico, fatti salvi i casi di campagne promozionali proposte dall'affiliante per le quali si farà riferimento a listini speciali o a particolari prezzi o condizioni di vendita; **12.** l'affiliante concede all'affiliato il diritto di usare come insegna il marchio DIVANI & DIVANI. L'affiliante fornirà all'affiliato i modelli (grafica, colori, proporzioni) del marchio destinato a comparire sugli elementi di identificazione visibili; **13.** l'affiliante fornirà all'affiliato cataloghi e foto relativi alle collezioni aggiornate, progettazione e consulenze per l'allestimento del punto vendita in fase di apertura o ristrutturazione, istruzione del personale, consulenza relativa ad assicurazioni nonché ad eventuali pratiche di leasing sull'investimento in strutture fisse; **14.** l'affiliato trasmetterà all'affiliante i dati relativi al trend delle vendite, volumi d'affari, numero e tipologia dei clienti, concorrenza, gestione del punto vendita, turn-over e numero venditori,

fornendo altresì le informazioni e i documenti richiesti dall'affiliante, acconsentendo a visite e verifiche. In particolare, l'affiliante avrà il diritto di esaminare le scritture contabili ed i libri sociali dell'affiliato; **15.** l'affiliato nominerà un responsabile per i rapporti con l'affiliante a cui saranno indirizzate comunicazioni, accordi, variazioni di prezzi e listini e quant'altro, di natura amministrativa, contabile e commerciale; **16.** la progettazione degli interni dei locali di vendita e la direzione dei lavori di allestimento verrà curata dall'affiliante; **17.** le politiche pubblicitarie e lo sviluppo dell'immagine del marchio e le attività promozionali saranno pianificate e decise dall'affiliante, sia per quanto riguarda l'ambito territoriale, locale e nazionale, che per la natura dei mezzi da impiegarsi, il momento, la durata e il contenuto del messaggio saranno realizzate a spese dell'affiliato. Eventuali attività pubblicitarie o promozionali che l'affiliato dovesse decidere di porre in essere, dovranno essere sottoposte al preventivo vaglio e consenso dell'affiliante e, se autorizzate, saranno realizzate a cura e spese dell'affiliato; **18.** l'affiliato s'impegna per tutta la durata del contratto e per due anni dalla sua risoluzione a non fabbricare o vendere prodotti uguali o simili ai prodotti distribuiti dalla catena DIVANI & DIVANI, obbligandosi a non svolgere, direttamente o indirettamente, da solo, in società con altri o per interposta persona, qualsivoglia attività in concorrenza con l'affiliante. Non potrà, in particolare, agire sia nella zona di esclusiva che al di fuori di questa, di-

rettamente o indirettamente, nelle veste di concessionario, rivenditore, commissionario, agente, nell'interesse di altre catene di distribuzione o affiliazione commerciale dello stesso settore, in qualunque modo esse siano configurate; **19. i contratti hanno durata esennale. La possibilità di risoluzione anticipata dei contratti con semplice comunicazione è possibile solo in alcuni casi, tassativamente elencati, in cui si verifichi la responsabilità dell'affiliato.** Uno dei motivi di risoluzione espressa è dato dal mancato raggiungimento da parte dell'affiliato di un minimo limite annuo di acquisti di prodotti, ove previsto, crescente di anno in anno; **20. in caso l'affiliato decida di cedere o affittare l'azienda commerciale, il negozio o il contratto di locazione relativo al medesimo, è tenuto a preferire l'affiliante a parità di prezzo, rispetto agli altri interessati.** Analogamente, qualora l'affiliato sia una persona giuridica, ciascuno dei soci che intenda cedere quote di capitale o di azioni è tenuto ad offrirle in prelazione all'affiliante. **In caso di mancato esercizio del diritto di prelazione, il terzo interessato all'acquisizione dovrà in ogni caso ottenere il gradimento dell'affiliante;** **21.** l'affiliato s'impegna a tenere indenne l'affiliante da eventuali conseguenze pregiudizievoli che possano a quest'ultimo derivare nel caso in cui, a seguito dell'uso "irregolare" da parte dell'affiliato dell'insegna, del marchio e degli altri segni distintivi dell'affiliante, quest'ultimo venisse citato in giudizio o assoggettato a procedimento amministrativo.

La struttura e il contenuto normativo dei contratti mostrano con evidenza che

nel rapporto economico alla Natuzzi erano attribuiti pregnanti poteri di direzione e coordinamento sulle attività poste in essere da Koinè.

...omissis ...

2b). L'attività di direzione e coordinamento esercitata da Natuzzi nell'interesse imprenditoriale proprio ed in violazione dei principi di corretta gestione imprenditoriale di Koinè.

Dall'esame delle clausole contrattuali, non può dubitarsi dell'esistenza dell'esercizio di un potere di direzione e coordinamento su base contrattuale da parte del gruppo Natuzzi. A tal fine, verranno evidenziati, per ciascuno degli atti posti in essere dalla parte contrattuale forte nei confronti dell'altra, alcuni "indici" rilevatori dell'esercizio di direzione e coordinamento (Cfr. Niutta A. in "*Giur. Comm*" 2004, 983/I), quali: predisposizione di pianificazione finanziaria della società diretta e/o coordinata; definizione della struttura organizzativa di "gruppo"; definizione delle strategie di mercato/commerciali per la società diretta e/o coordinata.

IN DIRITTO

1. La responsabilità da direzione e coordinamento.

La situazione che precede e, segnatamente, il comportamento di Natuzzi – la quale nell'esercizio del proprio potere contrattuale di direzione e coordinamento nei confronti della affiliata Koinè ha adottato, nel proprio interesse, scelte in violazione sia dei patti contrattuali

che dei corretti principi di gestione imprenditoriale al confessato fine di svilire il valore dell'azienda e di acquistarla al minor prezzo possibile – va valutata nel quadro normativo di riferimento.

Il rapporto contrattuale in questione, nei termini concreti in cui è stato poi gestito da Natuzzi, ha comportato un'evidente dipendenza economica di Koiné rispetto a Natuzzi, che come si è dimostrato nel corso del giudizio, ha consentito a Natuzzi di abusarne e dimostra la completa "ingessatura" (fino al blocco dell'attività imprenditoriale) della Koiné e dei suoi amministratori nel compiere molti atti determinanti per la gestione sociale.

Tali comportamenti sono certamente illegittimi alla luce dei principi rinvenuti dal Codice Civile (per esempio, l'art. 2359 c.c., vecchia formula) e dalla legislazione precedente la riforma del diritto societario, entrata in vigore l'1.01.2004, in quanto l'ingerenza nella gestione della controllata, effettuata in dispregio delle regole del corretto agire imprenditoriale, essendo stata attuata per perseguire propri fini extrasociali, ha provocato i gravi danni quivi lamentati, così configurandosi la responsabilità della controllante, data l'impossibilità della controllata di sottrarsi agli evidenziati legami contrattuali e di svincolarsi dalle clausole che la costringevano in posizione di dipendenza economica, finanziaria e contrattuale verso Natuzzi stessa.

La riforma ha ampliato e chiarito la portata della normativa precedente, introducendo il capo IX al libro V del codice civile intitolato "Direzione e Coor-

dinamento di società" (artt. 2497-2497 *septies*).

Come è noto, l'art. 2497 c.c. dispone che *"La società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale..."*.

Il legislatore ha voluto con ciò disciplinare se non già il fenomeno dei "Gruppi" societari in ogni aspetto giuridico di interesse, quanto meno la responsabilità della capogruppo per le condotte della stessa ingiustificatamente pregiudizievoli degli interessi dei soci c.d. esterni.

Come noto, il fenomeno dei Gruppi era in passato del tutto carente di disciplina giacché ad esso erano dedicate le sole prescrizioni di cui all'art. 2359 del c.c., che forniscono la definizione di controllo azionario o contrattuale tra società: la Riforma ha, viceversa, conferito particolare rilievo alla nozione di "attività di direzione e coordinamento" tra società.

Tale attività, laddove attuata da una società, o ad un ente, nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, diventa fonte di responsabilità nei confronti dei soci della società diretta e coordinata se ad essi stessi è derivato un danno con riguardo alla redditività o al valore della partecipazione.

In particolare, è prevista un'azione diretta da parte dei soci della società sottoposta a direzione e/o coordinamento nei confronti, in ultima istanza, della società che esercita tale direzione e/o coordinamento, tesa ad ottenere il risarcimento del danno arrecato da quest'ultima alla redditività ed al valore della partecipazione sociale della società diretta e/o coordinata.

Come ritiene una parte cospicua e autorevole della dottrina, la citata norma si limita a tipizzare una condotta comunque ascrivibile allo schema della responsabilità da fatto illecito di cui all'art. 2043 c.c., ponendo in rilievo l'estremo del "fatto" posto in essere dalla società che esercita l'attività di direzione e coordinamento, che consiste nella violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale; identifica, quindi, "il danno ingiusto" cagionato ai soci della società diretta e coordinata, che consiste nella lesione del diritto alla redditività e al valore della partecipazione sociale (cfr. Galgano, "Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia", 186, Padova 2003).

In questo senso, la norma evoca un presupposto che non può propriamente considerarsi innovativo; al contrario, si pone in linea di continuità con la giurisprudenza che già prima della riforma aveva sanzionato l'abuso della c.d. direzione unitaria come condotta illecita suscettibile di essere censurata *ex art.* 2043. Si segnala in particolare al proposito A. Milano, 30-03-2001, per il quale «*il gruppo di società, pur non essendo un soggetto giuridico autonomo, è comunque un'entità dota-*

ta di un proprio rilievo economico, sì che ben può esistere un interesse di gruppo non specificamente inerente alle singole società che ne fanno parte; l'ingerenza che gli amministratori della società capogruppo possono esercitare sulle società controllate, a motivo del coordinamento della direzione unitaria in vista del conseguimento dell'interesse di gruppo, non può sovrastare l'interesse diretto della singola società controllata, pervenendo ad un abuso a danno di quest'ultima, il quale, tuttavia, deve essere valutato tenendo conto della logica della struttura «a gruppo», ossia nell'ambito di un confronto dialettico con i vantaggi conseguenti all'appartenenza al gruppo».

Non diversamente è a dirsi per la regola che pone in capo ai soci la legittimazione diretta al ristoro del danno. La regola che assegna al socio il diritto di agire direttamente per il ristoro del danno subito alla redditività e al valore della partecipazione, si limita in effetti a far rilevare in primo piano il danno subito dai soci, senza richiedere l'indennizzo per via mediata attraverso l'iniziativa della società oggetto dell'altrui attività di direzione e coordinamento. Il che, se è parso improprio ad alcuni commentatori, è stato tuttavia da altri giustificato (Galgano) con l'esigenza di evitare che il soddisfacimento dell'interesse del socio sia posto nelle mani della società soggetta all'attività di direzione e coordinamento, la quale, nella logica della appartenenza al gruppo, potrebbe essere indotta a ritardare la tutela del proprio interesse isolato o addirittura a privarsi, attraverso rinunce o transazioni, delle

azioni dirette a realizzarlo. In questo senso, la norma colloca ancora più saldamente l'azione *de quo* nell'alveo dell'illecito civile, distaccandola dallo schema dell'azione sociale di responsabilità, anche esercitata dalla minoranza: schema dal quale non sembrava potersi prescindere prima della riforma.

Ciò precisato è anche più evidente quali siano i diritti del socio che la norma intende tutelare: a) il diritto agli utili, cioè alla remunerazione del capitale investito, nel senso di legittima aspettativa alla redditività della partecipazione sociale acquistata, al verificarsi di determinate condizioni; b) il diritto al valore della partecipazione, cioè il diritto del socio al mantenimento e, se del caso, all'incremento del valore di scambio della propria partecipazione, la propria legittima aspettativa a realizzare, ove decida di venderla, un adeguato e giusto controvalore in danaro.

Il pregiudizio che subisce il valore della partecipazione si verifica quando si determina il decremento di valore di quest'ultima e può essere quantificato considerando la differenza tra il valore della partecipazione prima e dopo il compimento di atti posti in essere per effetto delle direttive della società che dirige e coordina, impartite in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale della società diretta e coordinata (cfr. L. Guglielmucci, "Il Fallimento", Parte I, pag. 45).

In altre parole, anche se il danno è ravvisabile nel nocumento che il socio della società sottoposta a direzione e/o

coordinamento subisce di riflesso, come conseguenza del danno direttamente patito dal patrimonio della società, l'azione posta a tutela del socio dall'art. 2497 concede la possibilità a quest'ultimo di chiedere il risarcimento dei danni patiti direttamente dalla società diretta e coordinata, nei confronti della società che esercita direzione e coordinamento.

In questa prospettiva, il danno è certo e non altrimenti indennizzabile, se non con un risarcimento specifico, qualora il comportamento della società capogruppo abbia indotto i soci a disfarsi delle partecipazioni a prezzo vile sotto la minaccia incombente della esposizione al fallimento.

Tanto premesso è il caso di transitare al presupposto che fonda il potere e legittima il concreto esercizio dell'attività di direzione e coordinamento da parte di Natuzzi, verso Koinè.

L'attuale formulazione dell'art. 2497 sexies, nel quale risultano richiamate puramente e semplicemente le ipotesi di controllo di cui all'art. 2359 (la disposizione è stata privata del secondo comma, che faceva riferimento ai contratti e ai patti che attribuiscono il controllo [Comma soppresso dall'art. 5.1, lett. aaa, n. 2, d.lg. 6 febbraio 2004, n. 37]), ha risolto - in senso affermativo - il dubbio, sorto sotto la vigenza delle norme di prima emanazione, se il controllo contrattuale sia presupposto sufficiente per invocare la presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento. La disposizione del secondo comma non è stata peraltro soppressa, giacché

figura all'art. 2497 septies, il quale dispone che «le disposizioni del presente capo si applicano altresì alla società o all'ente che, fuori dalle ipotesi di cui all'art. 2497-sexies, esercita attività di direzione e coordinamento di società sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti».

Dal combinato disposto delle disposizioni oggi ripartite tra l'art. 2497-sexies e l'art. 2497 septies è quindi lecito trarre la conclusione, che siano presupposto sufficiente per l'applicazione della disciplina dell'attività di direzione e coordinamento di società anche situazioni nelle quali non sia ravvisabile il controllo ex art. 2359 c.c. In questo modo l'art. 2497-septies estende la sfera di applicabilità della disciplina dell'attività di direzione e coordinamento sino a ricomprendere anche quelle situazioni in cui, pur non verificandosi il controllo a norma dell'art. 2359 e, quindi, prescindendo dalla nozione di Gruppo cosiddetto "verticale", basato sul rapporto di controllo, si sia comunque in presenza di un'attività di "direzione e coordinamento" sulla base di un rapporto contrattuale, potendosi configurare il fenomeno del cosiddetto "gruppo orizzontale o paritario o paritetico", che nasce da un accordo tra imprese giuridicamente distinte, le quali si sottopongono volontariamente a una direzione unitaria, senza peraltro che l'una abbia il controllo o influenza dominante sulle altre.

È peraltro altresì lecito dedurre che tutte le situazioni di controllo di cui

all'art. art. 2359 c.c., ivi comprese quelle determinate da una relazione di tipo contrattuale, integrano la presunzione dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento tra la società controllante e la controllata.

Risulta, quindi, evidente l'intenzione del legislatore di potenziare i mezzi di tutela offerti al contraente debole nell'ambito delle varie forme contrattuali di recente diffusione (franchising, subfornitura, commissione, agenzia ed altri contratti di distribuzione) i quali, non di rado, contengono clausole tali da permettere l'esercizio di un'attività di direzione e/o coordinamento tra società (Cfr. V. Salafia in "Le Società" n. 2-bis/2003; V. Cariello in "Rivista delle Società" n. 3/2003).

Ciò premesso, mentre l'art. 2497-septies non costituisce una presunzione normativa e richiede, conseguentemente, la prova dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento su base contrattuale, il controllo contrattuale di cui all'art. 2359 c.c. presuppone di essere provato come tale, ma non richiede altresì la dimostrazione di ulteriori indizi rivelatori dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento (Cfr. Niuatta A. in "Giur. Comm" 2004, 983/I), individuabili in atti posti in essere dalla parte contrattuale "forte" nei confronti dell'altra. Come ha peraltro chiarito la S.C. (Cass., sez. I, 27-09-2001, n. 12094) in un importante caso (Armani) l'esistenza del vincolo di controllo contrattuale non necessariamente si deve dedurre *expressis verbis* dal contratto di affiliazione, ma può essere ritenuto esistente dal giu-

dice sulla base della valutazione dei contratti in essere nonché dai comportamenti delle parti. In questo segno, è autorevolmente rappresentata in dottrina la tesi che ritiene sufficiente ai fini del controllo contrattuale la prova della mera dipendenza economica dell'impresa subordinata (Pavone La Rosa, in *Contratto e impresa*, 1997, 508).

Al proposito sussistono indizi ben evidenti dell'esistenza del controllo nonché del potere di direzione e coordinamento, e possono essere agevolmente proposti all'attenzione del giudice. Se non altro, infatti, non è dubbio infatti che Natuzzi abbia predisposto la pianificazione finanziaria della società diretta e coordinata; ne abbia definito e poi ridefinito, in vista dell'acquisizione, la struttura organizzativa all'interno del "gruppo"; abbia unilateralmente determinato le strategie di mercato.

Passando ad analizzare le modalità di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento da parte di Natuzzi, questa risulta essere stata attuata nell'interesse imprenditoriale proprio ed in violazione dei principi di corretta gestione imprenditoriale della Koinè, recando ingenti danni a quest'ultima e, conseguentemente ai soci della medesima, nei confronti dei quali si sono concretizzati al momento della cessione delle partecipazioni divenendo così fonte di responsabilità ai sensi degli artt. 2497 e ss. c.c.

Riguardo alla definizione del concetto di corretta gestione imprenditoriale, il legislatore ha lasciato *"alla dottrina e alla giurisprudenza il compito di individuare e costituire i principi di corretta gestione im-*

prenditoriale posti nel nuovo testo normativo a tutela del bene partecipazione, e ovviamente, in concreto, dottrina e giurisprudenza non potranno non tener conto delle infinite variabili e dell'incessante evoluzione economica ed operativa" (cfr. Relazione dal D.Lgs. 6/2004, paragrafo 13).

Parte della dottrina accomuna i principi di corretta gestione sociale e imprenditoriale con quelli di corretta amministrazione di cui all'art. 2403 c.c., sul rispetto dei quali deve vigilare il collegio sindacale (cfr. V. Salafia, *"Le Società"* n. 2-bis/2003).

Sulla base di tali considerazioni, si evidenzia che le condizioni operative del rapporto commerciale e gli accordi sono stati, da parte di Natuzzi, in parte modificati nel tempo e in parte mai rispettati, comportando un oggettivo peggioramento dell'andamento economico e finanziario della gestione imprenditoriale di Koinè.

Infatti, Natuzzi al fine di salvaguardare esclusivamente i propri interessi (mantenere le quote di mercato e non sacrificare i propri margini/utigli) ha obbligato Koinè a farsi carico di tutta una serie di costi ed oneri: attività promozionali, allestimenti/expò, apertura dei punti vendita di Ascoli e Fermo, costi per la formazione del personale, costi per le contestazioni dei clienti finali sulla merce difettata, costi per cataloghi, costi per la progettazione dei punti vendita, così come precedentemente ricostruiti e quantificati nella perizia del Prof. Coladonato allegata all'atto di citazione.

Nel corso del giudizio si è dimostrato che Natuzzi ha esercitato, in virtù dei

contratti di franchising, particolarmente “forti” e “vincolanti” l’attività di direzione e coordinamento nell’interesse imprenditoriale proprio ed in violazione dei principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria dell’affiliata Koinè. Emerge altresì la manca za di buona fede contrattuale di Natuzzi nell’imporre a Koinè, una serie di accordi vessatori neppure rispondenti a ragionevolezza, ma unicamente miranti all’acquisizione dei punti vendita gestiti dalla propria affiliata con il minor esborso finanziario possibile. Da tale assunto discende come tale comportamento sia stato causa diretta delle perdite registrate da Koinè nei bilanci almeno degli ultimi anni anteriori alla cessione e, conseguentemente, la causa dei danni patiti dai suoi soci, odierni istanti, come diritto alla redditività ed al valore della partecipazione sociale ai sensi dell’art. 2947 c.c.

...omissis...

Dei danni descritti deve rispondere la società controllante Natuzzi S.p.a., titolare dei menzionati poteri e con la quale si è svolto l’intero rapporto, anche quale controllante al 100% delle altre Affilianti Natuzzi Mobili S.r.l. e Natuzzi Trade Service S.r.l., oltre ai soggetti che hanno preso parte al fatto lesivo, vale a dire Itaholding S.r.l. in liquidazione e il Sig. Giuseppe Desantis, in proprio, in quanto soggetto che ha preso parte ai fatti lesivi, avendo diretto tutta la vicenda che ha condotto all’acquisizione ad un prezzo vile delle quote di Koinè in qualità di Vicepresidente operativo di Natuzzi.

... *Omissis*...

4. Sulla presunta assenza dell’attività di direzione e coordinamento sostenuta dai convenuti.

Controparte, nel corso del giudizio, ha tentato di sostenere che dai contratti di *franchising* che hanno legato Koinè a Natuzzi non possa scaturire un’attività di direzione e coordinamento, sulla base dei seguenti fallaci argomenti:

- le clausole contrattuali contenute nei contratti di *franchising* stipulati tra Koinè e Natuzzi rispondono “a prassi commerciali consolidate”;
- le clausole contrattuali rispondono alla *ratio* della recente Riforma in materia di *franchising* realizzatasi con la Legge n. 129 del 6 maggio 2004.

Come si è già avuto modo di sottolineare, tali asserzioni non possono essere accettate e condivise.

Preliminarmente si rileva che controparte non assegna peso al combinato disposto degli artt. 2497-*sexies* e 2497-*septies* c.c., che rispettivamente assoggettano alle disposizioni relative all’attività di direzione e coordinamento tanto i gruppi contrattuali quanto, nelle ipotesi al di fuori dell’ambito dell’art. 2497-*sexies*, una società od un ente esercita attività di direzione e coordinamento di società sulla base di un contratto con le società medesime.

Come già ampiamente esposto nei precedenti scritti difensivi, a cui ci si riporta integralmente, risulta con ogni evidenza l’intenzione del legislatore di potenziare i mezzi di tutela offerti al

contraente debole nell'ambito delle varie forme contrattuali di recente diffusione (franchising, subfornitura, commissione, agenzia ed altri contratti di distribuzione) i quali, non di rado, contengono clausole tali da permettere l'esercizio di un'attività di direzione e/o coordinamento tra società (Cfr. V. Salafia in "Le Società" n. 2-bis/2003; V. Cariello in "Rivista delle Società" n. 3/2003).

Soffermandoci per un attimo solo sulla domanda se, nel caso concreto, i contratti in esame, contengono clausole tali da identificare un'attività di direzione e coordinamento, tralasciando la successiva ed eventuale responsabilità da fatto illecito generata dall'agire nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, non si può che pervenire ad una risposta positiva.

Infatti, senza ripercorrere quanto già esposto relativamente alla prova che tali contratti, nelle loro singole clausole, abbiano un carattere assorbente rispetto alla possibilità di ogni tipo di iniziativa imprenditoriale da parte di Koinè, in questa sede è opportuno rimarcare la famigerata clausola di prelazione e gradimento: in forza di essa, qualora l'affiliato fosse una persona giuridica (come nel caso concreto), ciascuno dei soci che intendesse cedere quote di capitale o di azioni era tenuto ad offrirle, prioritariamente, in prelazione all'affiliante. In caso di mancato esercizio del diritto di prelazione, il terzo interessato all'acquisizione doveva in ogni caso ottenere il gradimento dell'affiliante.

Tale clausola, in definitiva, di fatto impediva ai soci di Koinè perfino di vendere le quote possedute nella predetta società, in quanto, se Natuzzi non avesse voluto acquistarle, non avrebbe mai dato il gradimento ad un eventuale terzo che, vista la peculiarità del settore e dei numerosi punti vendita in capo a Koinè, non poteva essere altri che un *competitor* di Natuzzi.

Oltre a tali considerazioni, si rileva come è assolutamente falso il fatto che tale clausola, di importanza fondamentale, rispondesse "a prassi commerciale consolidata" nell'ambito dei rapporti di *franchising* e alla *ratio* della recente Riforma in materia di franchising realizzatasi con la Legge n. 129 del 6 maggio 2004.

Infatti, generalmente i contratti di *franchising* non contengono tale clausola oltremodo vessatoria per il *franchisee*, come risulta dagli stralci di contratti di *franchising* già agli atti.

Non si riesce a capire a quale tipo di "prassi commerciale consolidata" si riferisca controparte!

Neppure nella nuova legge che ha regolamentato il *franchising*, a cui controparte si sforza di fare riferimento, è prevista specificatamente la possibilità di inserire nel contratto di *franchising* tale clausola assolutamente stringente e vessatoria per il *franchisee*.

In definitiva, ciò che controparte cerca di mascherare, immutando la realtà dei fatti e provando a confondere la valutazione del Tribunale, è la netta distinzione tra il concetto di esercizio dell'atti-

vità di direzione e coordinamento e lo scorretto esercizio di tale attività.

5. Sulla circostanza che gli odierni attori non erano più soci della Koinè al momento della proposizione della domanda e sulla presunta assenza della legittimazione attiva sostanziale e processuale degli attori

Tale stato di fatto non ha alcuna rilevanza ai fini dell'esperibilità dell'azione di responsabilità ai sensi del combinato disposto degli artt. 2497/2497-septies in quanto, avendo gli stessi ceduto le partecipazioni detenute in Koinè, la pretesa risarcitoria può essere fatta valere dagli alienanti, posto che il pregiudizio sia maturato prima dell'alienazione per effetto del compimento delle operazioni dannose (cfr. L. Guglielmucci, "Il Fallimento", Parte I, pag. 45). Né in senso contrario possono assumere rilievo alcuno gli appelli ad articoli apparsi su giornali di mera informazione, nell'ambito di prime note di commento alla riforma e quindi senza alcun approfondimento delle problematiche effettivamente alla stessa sottese.

Tutto ciò è sicuramente riconducibile alla situazione di fatto per cui è causa.

Anzi, nel caso concreto, l'alienazione delle partecipazioni da parte degli odierni attori ha rappresentato il prologo e la diretta conseguenza degli atti di direzione e coordinamento pregiudizievoli compiuti da Natuzzi in danno di Koinè: anche e soprattutto perché Natuzzi, per il tramite di Italholding S.r.l. (partecipata al 100% da Natuzzi per mezzo della società Nacon S.p.A.) è stata controparte diretta in tale cessione di quote.

Inoltre, l'abuso di direzione unitaria sanzionato dalle norme di cui all'art. 2497 e ss. c.c., tipizza una condotta illecita comunque ascrivibile allo schema della responsabilità da fatto illecito di cui all'art. 2043 c.c., per cui di nessuna rilevanza appaiono le doglianze dei convenuti sul punto.

Richiamando quanto già esposto in via preliminare, qui va esaminata l'asserzione avversaria basata sull'ultimo comma dell'art. 2497 c.c., secondo cui "*Nel caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l'azione spettante ai creditori di questa è esercitata dal curatore o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario*", trasferirebbe, sempre a detta delle controparti "*al curatore fallimentare (e non già, quindi, sugli ex soci della società diretta) la legittimazione all'azione in esame...*" (cfr. pag. 82, comparsa di risposta).

Anche in questo caso, l'avverso tentativo di confondere il Tribunale non coglie il segno sotto un duplice ordine di ragioni.

La prima consiste semplicemente nel fatto che, nel caso concreto, non vi è nessun curatore fallimentare, in quanto Koinè non è fallita e, conseguentemente, tale ipotesi, al pari di tutte le altre già formulate dalle controparti, non interessa il presente giudizio.

In ogni caso, al solo fine di compiere un'analisi quanto più esaustiva in punto

di diritto si rileva che, l'art. 2497, ultimo comma, c.c., nei casi in esso contenuti, trasferisce la relativa azione spettante "ai creditori sociali" ai soggetti elencati (tra cui il curatore fallimentare).

La norma non nomina i soci della società, ma solo i creditori della stessa.

Ebbene, in base al principio universale che il legislatore "*ubi voluit dixit*" si deve ritenere che tale trasferimento, relativamente alla possibilità di esperire l'azione di responsabilità in capo al curatore fallimentare si riferisce soltanto ai creditori sociali e non ai soci.

Infatti, laddove il Legislatore ha voluto riferirsi sia ai soci che ai creditori sociali lo ha fatto chiaramente nel primo e terzo comma della stessa norma, dovendosi escludere che se ne sia dimenticato proprio nell'ultimo comma!

Immeritevoli di accoglimento sono altresì le ribadite eccezioni circa la scelta del rito societario e circa la legittimazione degli attori.

La norma di cui all'art. 1 d.lgs. n. 5/2003 offre un'elencazione delle materie societarie, sì esaustiva e tassativa (l'elencazione), ma non per questo insuscettibile di interpretazione con riguardo al contenuto. Senza dilungarci sul punto, va a nostra volta solo ribadito che l'esattezza del rito societario è confermata da una serie di elementi contenuti nell'art. 1 lett. a e lett. b. In particolare la lett. a parla di «rapporti societari» e poi specifica «ivi inclusi quelli...». La dizione della norma riportata è chiaramente onnicomprensiva di tutti i rapporti societari – che evidentemente sono anche

quelli di gruppo – e si distingue da quella di cui al punto b dove sono indicati i rapporti c.d. parasociali, quelli cioè che pur avendo a riferimento la partecipazione in società non riguardano rapporti con la stessa (sul punto, v. per tutti ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, 35 s. e da ultimo MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, *I procedimenti speciali di cognizione*, Torino, 2006, p. 310). D'altronde, che senso potrebbe avere richiamare espressamente «le azioni di responsabilità da chiunque promosse...», per poi tener fuori quella descritta all'art. 2497 c.c.?

Solo per puntualizzazione: anche l'azione ex art. 2395 c.c. è pacificamente e comunemente interpretata come azione di tutela aquiliana, ma pur rientra altrettanto pacificamente tra i «rapporti societari» contemplati nell'art. 1 d.lgs. 5/06 (sul punto si v. le articolate pagine di V. PINTO, *La responsabilità degli amministratori per danno diretto agli azionisti*, in *Liber Amicorum G.F. Campobasso*, in corso di stampa).

Ancora una notazione. Controparte confonde per dottrina autorevole l'informazione offerta in alcuni organi (appunto) di "informazione giuridica". Quando autorevoli consiglieri della Suprema Corte scrivono ogni anno centinaia di piccoli commenti di meno di 4 pagine su questi giornali di informazione, le loro opinioni – alle volte, per mere ragioni di tempo, non sufficientemente meditate - non possono essere considerate autorevoli al pari del ruolo che hanno ricoperto nella magistratura (e con

ciò, vorrà estinguersi la polemica al riguardo, assolutamente irrilevante ai fini del giudizio).

Per quanto riguarda specificamente la legittimazione degli attori va precisato:

- che non è qui in discussione la validità od efficacia di contratti di distribuzione, né la condotta concorrenziale dell'affiliante nei termini della legge sulla subfornitura (e sia perciò consentito agli attori e non alle riepilogazione dei convenuti fissare *petitum* e *causa pretendi* del giudizio);
- che la vessatorietà dei contratti di distribuzione, se rileva, è nella misura in cui Natuzzi si è avvalsa di uno strumento contrattuale per condurre una strategia di rilevamento del controllo delle società affiliate da parte dei relativi soci; quello che, cioè, nei termini prospettati dagli attori, costituisce abuso dell'attività di direzione e coordinamento (che potrà pure costituire abuso della dipendenza economica, ma che non è qui in discussione).
- che gli attori agiscono esattamente per il ristoro del danno relativo alla redditività ed al valore delle partecipazioni; danno al valore delle partecipazioni peraltro stigmatizzato dalla vendita a prezzo vile. A questa azione gli stessi sono certamente legittimati: non foss'altro perché proprio l'art. 1 lett. a d.lgs. 5/06 consente ai soci di promuovere azioni, con il rito societario, in relazione all'estinzione del rapporto societario. A nulla rileva quindi, in senso preclusivo, il fatto che gli attori

non siano più soci della Koiné, giacché la controversia riguarda in primo luogo la ragione per la quale essi si sono dovuti spogliare di tale qualità.

6. Sui presunti vantaggi compensativi.

Non appare pregevole lo sforzo avversario quando Natuzzi, onde tentare di giustificare il proprio comportamento attuato in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, tenta di introdurre nel giudizio una rocambolesca teoria dei vantaggi compensativi, derivanti dal risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento.

Arrivando persino a sostenere che Natuzzi, per mezzo di Italholding, “*acquisendo le quote della medesima società Koinè, ha salvaguardato l'azienda medesima e la sopravvivenza degli esercizi commerciali facenti parte della stessa, evitando – come da stessa ammissione degli attori – il sicuro fallimento della società.*” (cfr. pag. 79 comparsa di risposta).

Tale ricostruzione è palesemente inaccettabile.

Infatti, relativamente al fatto che Natuzzi, da “mirabile benefattore” avrebbe evitato il fallimento di Koinè, proprio acquisendo le quote della stessa, facendo così un “favore” ai soci della stessa e odierni attori, deve rammentarsi che l'unico soggetto che poteva provocare il fallimento di Koinè era Natuzzi, in quanto unico creditore della stessa.

Ebbene, quale vantaggio avrebbe avuto Natuzzi a provocare tale fallimen-

to, che avrebbe portato un curatore fallimentare ad occuparsi dei fatti di gestione di Koinè, con possibili revocatorie fallimentari a danno di Natuzzi, con il blocco dell'attività di vendita nei negozi di Koinè e, quindi, con danno della stessa Natuzzi nei confronti della clientela?

Molto meglio acquistare le quote di Koinè, tanto più al prezzo irrisorio pagato ai soci della stessa!

Non è infine meritevole di pregio l'ipotesi che controparte avanza relativamente al fatto che se Koinè avesse avuto altri soci, questi, nell'ottica di un futuro vantaggio valutato prognosticamente, non avrebbero di che dolersi dell'attività di direzione e coordinamento esercitata da Natuzzi, anche per mezzo di Italholding e il Sig. Desantis.

... *Omissis* ...

8. Sulla presunta assenza di responsabilità del sig. Desantis Giuseppe in proprio.

La sussistenza di tale responsabilità risulta dai documenti già prodotti.

Anche per tale aspetto pare opportuno soffermarsi sulla singolare interpretazione che le controparti cercano di dare all'art. 2497 c.c., laddove affermano che, essendo impossibile provare quale sia il beneficio avuto dal Desantis, l'azio-

ne nei suoi confronti non potrebbe essere esperita, in quanto il detto beneficio rappresenterebbe un presupposto indeffettibile dell'azione risarcitoria *de qua*.

Ciò contrasta nettamente con il tenore letterale dell'art. 2497, comma 2, c.c. che prevede "Risponde in solido *chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo* **E**, nei limiti del vantaggio conseguito, *chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio*".

Come si capisce chiaramente dal testo della norma (la "e" viene usata come congiunzione!), vengono individuate due diverse categorie di soggetti che possono essere chiamate in causa:

- chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo;
- chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio, nei limiti del vantaggio conseguito

Conseguentemente, al fine di rispondere in via solidale per responsabilità ex art. 2497 e ss. c.c. basta anche solo aver preso parte al fatto lesivo, cosa che, con ogni evidenza, il Sig. Desantis ha fatto nel caso concreto, essendo stato non solo parte integrante della fattispecie, ma addirittura l'artefice e l'ideatore della condotta posta in essere dalle Società del gruppo Natuzzi.

...omissis...

Le difese

MEMORIA CONCLUSIONALE

PER E NELL'INTERESSE DI:

NATUZZI S.p.A., e NACON S.p.A.,
anche quale società incorporante della società convenuta **Koinè s.r.l., ITALHOLDING s.r.l. in liquidazione** e il sig. **Giuseppe Desantis**, con il Prof. Avv. **Giuseppe Tucci** e l'Avv. **Caterina Calia**,

*– convenuti / attori
in via riconvenzionale –*

CONTRO

ROBERTO AMPOLO RELLA e ALBERTO DI PAOLO, con il Prof. Avv. **Alberto Stagno d'Alcontres** e l'Avv. **Paola Damiani**

*– attori / convenuti
in via riconvenzionale –*

Con comparsa di costituzione e risposta del 28 luglio 2006 si costituiva in giudizio la **NATUZZI S.p.A.**, la **NACON S.p.A.**, anche quale società incorporante della società convenuta **Koinè s.r.l.** giusta rogito per Notaio Francesco Amendolare del 27 luglio 2006, la **ITALHOLDING s.r.l. in liquidazione** e il sig. **Giuseppe Desantis**, **in proprio, impugnando e contestando dettagliatamente tutte le avverse richieste chiedendone l'integrale rigetto**, previa la

declaratoria in via preliminare dell'incompetenza per territorio del Tribunale di Pescara essendo competente in via esclusiva il Tribunale di Bari.

... omissis

II – ANCORA PRELIMINARMENTE IN RITO: ERRATA APPLICAZIONE DEL RITO SOCIETARIO EX D.LGS. n. 5/2003

Si insiste in questa sede sull'eccezione preliminare in rito in ordine all'errata applicazione del rito societario non rientrando la fattispecie de quo nelle controversie di cui all'art. 1 del d. lgs. 5/2003.

È indubbio, invero, che lo speciale rito c.d. "societario", trovi applicazione unicamente allorquando la controversia presenti determinate caratteristiche oggettive o soggettive espressamente previste e dettagliatamente elencate all'art. 1 dello stesso decreto legislativo – nel testo modificato dal d.lgs. "correttivo" 6 febbraio 2004 n. 37 – per la cui sussistenza non è certo sufficiente una mera "enunciazione" da parte dell'attore nell'atto introduttivo del giudizio, ma è necessario che la qualificazione giuridica dell'oggetto della controversia, riconducibile all'ambito di applicazione della norma citata, sia desumibile dall'esame dei fatti dedotti in giudizio e dalla portata delle domande proposte.

Ciò posto, è incontrovertibile che nell'atto di citazione in esame, gli attori Roberto Ampolo Rella e Alberto Di Paolo, **nel passato soci della Koinè, ma non più tali nel momento in cui l'azione è stata proposta**, hanno essenzialmente e principalmente sottoposto all'esame del Giudicante: 1) l'accertamento della pretesa vessatorietà delle clausole previste nei contratti di *franchising* intercorsi tra **la medesima Koinè e la convenuta Natuzzi**; 2) l'**accertamento** della idoneità di dette clausole ad integrare gli estremi di una condotta **della Natuzzi**, di portata talmente vessatoria e coercitiva da indurre a ritenere che la stessa Natuzzi – sempre secondo quanto strumentalmente e fantasiosamente deducono gli attori – non solo avrebbe abusato di un preteso rapporto di dipendenza economica instaurato con il proprio *franchisee*, ma avrebbe addirittura rivestito il ruolo **di società controllante della Koinè**, secondo le previsioni di cui all'art. 2359 cod.civ.

Inquadrate e delineate l'oggetto della controversia, è indiscutibile che la fattispecie in esame non può farsi rientrare nell'ambito di applicazione di cui al d.lgs. n. 5 del 2003.

Secondo l'art. 1 del decreto introduttivo del nuovo rito societario, nel testo novellato dal d.lgs. 6 febbraio 2004 n. 37, cadono sotto l'applicabilità del nuovo rito una serie di controversie specificatamente individuate dalla stessa norma, tra le quali (tralasciando quelle che, in tutta evidenza, sono estranee all'ambito del presente giudizio) le controver-

sie in materia di *“rapporti societari, ivi compresi quelli concernenti società di fatto, l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario, le azioni di responsabilità da chiunque promosse contro gli organi amministrativi e di controllo, i liquidatori e i direttori generali delle società, delle mutue assicuratrici e delle società cooperative, nonché contro il soggetto incaricato della revisione contabile per i danni derivanti da propri inadempimenti o da fatti illeciti commessi nei confronti della società che ha conferito l'incarico e nei confronti dei terzi danneggiati”*.

È evidente, dunque, che alla stregua del tenore letterale della norma riportata, è del tutto fondata e legittima l'eccezione **preliminare in rito dell'assoluta ed inconfutabile inapplicabilità del rito societario alla controversia in esame**; nessun accenno si trova, invero, nella norma citata, alle fattispecie dedotte in giudizio, e cioè, né alle controversie relative alla interpretazione ed applicazione di contratti commerciali, quali il *franchising*; né, ancor meno, alle controversie relative al preteso abuso di posizione dominante che, anzi – giusta applicazione per analogia, in seguito meglio illustrato, dell'art. 9 della legge 18 giugno 1998 n. 192 (disciplina della subfornitura nelle attività produttive) – deve ritenersi espressamente esclusa dal rito speciale applicato. Né, ancor meno, può ritenersi che l'aver dedotto in giudizio un preteso ruolo di direzione e coordinamento, asseritamente esercitato dalla Natuzzi, possa ritenersi deduzione

idonea e sufficiente a condurre la controversia in esame nell'ambito di applicazione del rito societario; e ciò in quanto la pretesa condotta viene qui dedotta sempre in stretta correlazione con il preteso tenore vessatorio delle clausole dei contratti di *franchising* in questione e peraltro fatta valere dagli ex soci dell'assunta società diretta e coordinata.

In maniera del tutto generica controparte sostiene che *“l'esattezza del rito societario è confermata da una serie di elementi contenuti nell'art. 1 lett. a) e b) in base ai quali sarebbe possibile affermare che la norma “è chiaramente onnicomprensiva di tutti i rapporti societari – che evidentemente sono anche quelli di gruppo”* e che, inoltre, ulteriori elementi a favore di simile interpretazione sarebbero offerti dal fatto che l'azione di cui all'art. 2395 c.c. seppure azione di tipo aquiliano è ricompresa pacificamente tra i rapporti societari di cui all'art. 1 d.lgs. 5/2003, richiamando a riguardo l'opinione espressa da un Autore in uno scritto, al momento, in corso di stampa e dunque non disponibili (v. p. 14 mem. repl. avv.).

Le osservazioni di controparte non aggiungono, com'è evidente, nessun significativo argomento a sostegno della propria difesa.

Sfugge ancora a parte attrice che l'azione così come dalla stessa prospettata e proposta non ha ad oggetto rapporti societari, traendo origine da pretesi comportamenti illeciti posti in essere nell'ambito di un rapporto di *franchising* intercorso tra la Natuzzi e la Koiné, già disdettati nel novembre 2003 ancor prima che intervenisse

l'acquisizione delle quote societarie degli attori da parte della Italtholding.

Difatti, nel presente giudizio, non è in discussione il rapporto societario degli attori con la propria società di appartenenza, che avrebbe, in tal caso, potuto far ritenere la controversia a ragione introdotta secondo le previsioni del rito societario. La presente controversia attiene, invece, come innanzi precisato, a ben altra fattispecie, inquadrata in una problematica assolutamente diversa, che **passando imprescindibilmente per l'esame e l'interpretazione di clausole contrattuali** (ciò che certamente resta escluso dall'ambito di applicazione del rito societario), giunge all'esame di rapporti contrattuali e commerciali tra società, al fine di valutare se la natura degli stessi consenta di individuare un ruolo di *“direzione e coordinamento”* assunto da alcune di esse a detrimento di altre, sempre, comunque, in forza ed in costanza di rapporti contrattuali di *franchising* asseritamente utilizzati in maniera abusiva dal *franchisor* al di là delle loro specifiche finalità.

D'altronde, la stessa natura della responsabilità ex art. 2497 c.c. – pretestuosamente ascritta dagli attori a tutti gli odierni convenuti – certamente non può ritenersi derivante da un vincolo societario in senso stretto, ma universalmente concepita come responsabilità extracontrattuale, da fatto illecito ex art. 2043 cod.civ. e quindi estranea ai rapporti societari in senso specifico (v. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società in Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, 2005, p. 97).

Ne consegue, dunque, che rispetto agli *ex* soci della Koinè, odierni attori, la pretesa controllante è terza e, pertanto, l'accertamento degli eventuali diritti da loro vantati nei suoi confronti e degli altri convenuti, certamente esula dall'ambito di applicazione del **rito societario** che, invece, **trova applicazione in quelle ipotesi in cui la controversia verta strettamente sui rapporti interni tra la società ed i suoi soci e sulle eventuali responsabilità connesse allo stretto vincolo societario.**

L'avverso richiamo all'azione di responsabilità *ex* art. 2395 cod. civ., che seppure di natura extracontrattuale è sottoposta al rito societario, è inconfidente, essendo evidente che le ragioni fatte valere a fondamento dell'eccezione proposta muovono dalla contestazione di una pretesa sussistenza, nel caso in esame, di un rapporto societario e/o di direzione e coordinamento, che è il presupposto per la proposizione dell'azione di responsabilità di cui all'art. 2497 cod. civ. e dunque di un qualsiasi riferimento ad un "rapporto societario".

In tale prospettiva gli odierni concludenti hanno più volte sottolineato la natura extracontrattuale dell'azione di cui all'art. 2497 cod. civ. al fine di escludere la fattispecie dai "rapporti societari in senso stretto". In ogni caso, a conforto della richiamata interpretazione si segnala che una delle prime pronunce in materia del **Tribunale di Catania del 18 febbraio 2005** (in www.judicium.it) e riportata in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, Giuffrè, 2006, p. 15), che

ha escluso dall'ambito di applicazione dell'art. 1 lett. A), una causa risarcitoria proposta da un amministratore di una società a responsabilità limitata, revocato asseritamente senza giusta causa. Il Tribunale di Catania esclude l'applicazione del rito societario all'azione risarcitoria dell'amministratore revocato dalla carica senza giusta causa, osservando acutamente che *"la materia in questione non possa essere ricompresa nell'ambito di applicazione del nuovo rito societario, alla stregua del disposto dell'art.1 del D. Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5. Ed invero, la lett. a) della citata norma (siccome integrata dall'art. 4 del D.Lgs. 6 febbraio 2004 n. 37), che qui viene in rilievo, stabilisce l'osservanza delle disposizioni del decreto legislativo menzionato avuto riguardo ai "rapporti societari, ivi compresi quelli concernenti le società di fatto, l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario, le azioni di responsabilità da chiunque promosse contro gli organi amministrativi e di controllo, i liquidatori e i direttori generali delle società, delle mutue assicuratrici e delle società cooperative, nonché contro il soggetto incaricato della revisione contabile per i danni derivanti da propri inadempimenti o da fatti illeciti commessi nei confronti della società che ha conferito l'incarico e nei confronti dei terzi danneggiati". ... "l'intenzione del legislatore delegato sia stata quella di accogliere una accezione ampia della categoria dei "rapporti societari", in modo da assicurare la più diffusa applicazione delle nuove regole processuali. E tuttavia, pare al Tribunale che la detta accezione non possa, in ogni caso,*

*a meno di non vanificarne la portata precettiva, prescindere dalla considerazione che fulcro centrale della stessa resti comunque il contratto sociale, la cui esecuzione il legislatore ha inteso tutelare attraverso il nuovo rito societario in funzione del soddisfacimento delle esigenze di effettività della tutela della vita delle società. È significativo che laddove il legislatore ha ritenuto di optare per l'applicabilità delle nuove disposizioni di rito a fattispecie estranee al contratto sociale ha avuto cura di dettare espressa previsione: è il caso del riferimento alle azioni di responsabilità contro gli amministratori, gli organi di controllo, i liquidatori e i soggetti incaricati della revisione contabile. Ora, il rapporto gestorio intercorrente tra la società e gli amministratori, che qui occupa, si pone, a ben vedere, all'esterno del contratto sociale, e sebbene risulti in senso lato funzionale alla esecuzione di questo rimane da esso distinto sia dal punto di vista genetico che funzionale. ... **Ratio dell'intervento legislativo sul rito societario è quella di garantire la effettività della tutela della vita della società, proprio l'oggetto del presente giudizio ne tradisce l'inapplicabilità, atteso che nell'ipotesi di revoca dell'amministratore di s.r.l. l'ordinamento, lungi dal prevedere la possibilità per quest'ultimo di incidere sulla scelta operata dalla società (è preclusa all'amministratore la legittimazione ad impugnare la relativa deliberazione assembleare), fa semplicemente residuare il diritto dell'amministratore ad ottenere il risarcimento del danno***

*patito, ove la revoca del rapporto di amministrazione sia intervenuta, come nella specie, prima del termine finale e sempre che sia assente una giusta causa ... Giova aggiungere, infine, che l'eventuale applicazione di norme dettate in materia societaria, come nel caso sottoposto al vaglio del Collegio, a vicende estranee al contratto sociale non può ritenersi presupposto per l'applicazione delle regole del nuovo rito societario. **A diversamente opinare si porrebbe alla conclusione, invero non condivisibile, per cui la mera applicabilità in via analogica delle norme dettate nel titolo V del codice civile a materie ad esso estranee, si pensi al tema delle associazioni non riconosciute, comporti l'automatica attrazione delle controversie afferenti le materie da ultimo menzionate sotto l'egida del nuovo rito societario***".

L'interpretazione della disciplina di riferimento svolta dal Tribunale di Catania è pienamente condivisibile, in particolare laddove precisa che la *ratio* della norma conduce all'**applicazione del rito societario** solo per quelle controversie inerenti strettamente al contratto sociale **e non anche alle controversie meramente risarcitorie che non attengono alla "effettività della vita della società"**.

Nel caso di specie non vi è dubbio che l'azione proposta dagli odierni attori, ex soci della Koiné, sia in considerazione del mancato status di socio sia in considerazione della natura meramente risarcitoria dell'azione proposta non attiene in alcun modo a garantire l'effettività di alcun rapporto societario, bensì a garantire il

preteso diritto degli attori ad ottenere un risarcimento per assunti atti e comportamenti illeciti dei convenuti, agli stessi in alcun modo legati da vincoli societari.

In considerazione di tutto quanto innanzi esposto consegue, dunque, che rispetto agli *ex* soci della Koinè, odierni attori, i convenuti e la pretesa controllante sono assolutamente terzi e, pertanto, l'accertamento degli eventuali diritti da loro vantati nei confronti della stessa Koinè, certamente esula dall'ambito di applicazione del rito societario che, invece, trova applicazione in quelle ipotesi in cui la controversia verta strettamente sui rapporti interni tra la società ed i suoi soci e sulle eventuali responsabilità connesse allo stretto vincolo societario.

L'interpretazione della normativa di riferimento trova riscontro anche in Autorevole Dottrina, secondo cui la dizione letterale dell'art. 1 del d.lgs 5/2003 deve necessariamente portare ad escludere che rientri nella previsione legislativa l'azione di responsabilità spettante ai soci e ai creditori sociali ai sensi del nuovo art. 2497 c.c. nei confronti delle società ed enti, esercenti attività di direzione e coordinamento di società, poiché il convenuto, in questo caso, non è organo della società (così L. PANZANI, *In arrivo un nuovo modello telematico per elaborare i tempi medi dei procedimenti* in Guida al diritto, 2003, speciale n. 4, p. 118; Autore che, contrariamente alle illazioni avverse, è uno dei massimi esperti in materia societaria ed è – com'è noto – costantemente citato in tutti i più diffusi ed autorevoli commentari societari).

A ulteriore conferma della correttezza dell'interpretazione letterale restrittiva della disciplina di riferimento va evidenziato che la Corte Costituzionale nella recente sentenza n. 170 del 17 maggio 2007 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 134, comma 1, del decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30 (Codice della proprietà industriale) laddove consentiva l'applicazione del rito societario alle controversie in materia di proprietà industriale e di concorrenza sleale, confermando in tal modo la necessità di un'espressa previsione normativa per il ricorso al rito societario e dunque privilegiando un'interpretazione restrittiva della relativa disciplina.

È evidente, dunque, che alla stregua del tenore letterale della norma riportata, è del tutto fondata e legittima l'eccezione **preliminare in rito dell'assoluta ed inconfutabile inapplicabilità del rito societario alla controversia in esame**. Né, si ribadisce, può ritenersi che l'aver dedotto in giudizio un preteso ruolo di direzione e coordinamento, asseritamente esercitato dalla Natuzzi, possa ritenersi elemento idoneo e sufficiente a condurre la controversia in esame nell'ambito delle "azioni di responsabilità da chiunque promosse"; e ciò in quanto la pretesa condotta viene qui dedotta sempre in stretta correlazione con il preteso tenore vessatorio delle clausole dei contratti di *franchising* in questione.

Difatti, nel presente giudizio, non è in discussione il rapporto societario degli attori con la propria società di appartenenza (Koiné), che avrebbe, in tal

caso, potuto far ritenere la controversia a ragione introdotta secondo le previsioni del rito societario. La presente controversia muove innanzitutto dall'**imprescindibile esame e interpretazione di clausole contrattuali e di rapporti contrattuali e commerciali**, al fine di valutare se in forza ed in costanza di rapporti contrattuali di *franchising* asseritamente utilizzati in maniera abusiva dal *franchisor* al di là delle loro specifiche finalità sia stato esercitato dalla stessa affiliante un'attività di "direzione e coordinamento" a detrimento dell'affiliata Koiné, di cui gli attori sono stati soci.

Non sussistono, dunque, motivi per ritenere la presente controversia soggetta al rito societario.

Per tutto quanto innanzi il Tribunale adito, in via del tutto subordinata rispetto al profilo dell'incompetenza, non potrà che disporre il mutamento di rito *ex art. 16 II comma d.lgs. 5/2003* e pronunciare ogni consequenziale provvedimento di legge.

... *Omissis*...

IV. – SULL'INTERVENUTA PRESCRIZIONE DELLE AVVERSE PRETESE DI RISARCIMENTO.

Ferma ed impregiudicata l'eccezione preliminare di nullità della citazione, per mero scrupolo difensivo, si deve rilevare che controparte assume a fondamento dell'azione fatti intervenuti all'inizio e nel corso dei rapporti di *franchising*, che la stessa assume ultradecennale, nonché con-

dotte presuntivamente illecite, anch'esse tenute nell'ambito del rapporto commerciale tra le parti in causa; sicché è evidente che in questa sede non può in alcun modo essere fatta valere nei confronti dei convenuti qualsiasi pretesa risarcitoria, contrattuale ed extracontrattuale, i cui termini di **prescrizione**, decennale nell'una ipotesi e quinquennale nell'altra, siano già decorsi.

V. – SULL'INAPPLICABILITÀ DELLA DISCIPLINA SULLA RESPONSABILITÀ EX ART. 2497 COD. CIV.

Si deve anche considerare che la disciplina invocata non era assolutamente in vigore all'epoca dei lamentati pretesi fatti illeciti per cui è causa.

In effetti controparte adduce quali "indici rivelatori" della pretesa attività di direzione e coordinamento attività poste in essere nel periodo luglio 2000 – ottobre 2004 (v. atto citazione p. 18-21), dunque **in periodo nel quale non era in vigore la disciplina richiamata**, com'è noto entrata in vigore solo il 1 gennaio 2004 e che, dunque, non può essere invocata dagli attori per le pretese attività poste in essere nel periodo antecedente alla legge.

VI. – SUI PRESUPPOSTI SOGGETTIVI DELL'AZIONE: CARENZA DI LEGITTIMAZIONE ATTIVA SOSTANZIALE E PROCESSUALE DEGLI ATTORI.

È fuor di dubbio che affinché operi la responsabilità *ex art. 2497 cod.civ.*, oc-

corre che in concreto venga esercitata una attività di direzione e coordinamento e che questa attività venga svolta nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società dirette e coordinate.

A tal fine, non è sufficiente, la mera esistenza od allegazione di pretese situazioni di fatto che consentirebbero ad una società di esercitare una influenza dominante su un'altra o comunque di un preteso rapporto di controllo, ma, perché si possa individuare tale fattispecie di responsabilità, occorre che coloro che invocano una pretesa risarcitoria a tale titolo, devono fornire la prova dell'effettivo colposo esercizio di attività di direzione e coordinamento, del danno lamentato e del nesso di causalità.

Presupposto imprescindibile, dunque, perché operi la responsabilità disciplinata dall'art. 2497 cod. civ. è *in primis* da ravvisarsi nell'esercizio effettivo di un'attività di **direzione e coordinamento** posta in essere dalla società pretesa capogruppo contraria ai principi di corretta gestione societaria; il che si contesta decisamente.

In verità, quand'anche per assurdo si voglia aderire alla ardita costruzione avversa, vi è che, comunque, nella fattispecie difetta inconfutabilmente ogni presupposto **sogettivo** ed **oggettivo** dell'azione proposta, che sotto tale profilo deve intendersi assolutamente **improponibile, improcedibile, inammissibile**, ed in relazione alla quale, peraltro, gli odierni attori sono assolutamente

privi di alcuna **legittimazione attiva sia sostanziale che processuale**.

È pacifico che l'azione ex art. 2497 cod. civ. mira indubbiamente a **reintegrare il patrimonio** della società controllata – e solo **indirettamente, i diritti dei soci e dei creditori sociali** – depauperato da una pretesa attività di direzione e coordinamento esercitata “*nell'interesse proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime*”.

Gli odierni attori, **non rivestendo lo status di socio e avendo ceduto le proprie quote sociali**, non possono più considerarsi portatori di alcun interesse alla reintegrazione del patrimonio della società.

Come acutamente osservato da autorevole Dottrina la disciplina in esame “*ha attribuito legittimazione attiva in capo ai soci di minoranza, a tutela però non già d un diritto soggettivo ... ma di un interesse. Il giudice è dunque chiamato a valutare una situazione peculiare, in cui l'attore lamenta la lesione di un interesse, che per effetto della nuova previsione normativa è interesse qualificato, e non interesse semplice e giuridicamente irrilevante*” (v. P. Dal Soglio, Comm. Sub art 2497-septies, p. 2318, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti; v. anche Salafia, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Le società*, 2003/2bis, p. 392).

Tanto è ancor più evidente se si tiene a mente che il legislatore, con la previsione della facoltà di **recesso** di cui

all'art. 2497 *quater*, comma 1, lett. b) c.c., ha approntato un rimedio cumulabile all'azione in esame (cfr. M. Busso-lotti *Il procedimento ex art. 2409 cod. civ.* in *Rivista delle società*, 2003, p. 1213), così chiarendo che i rimedi previsti per contrastare i danni derivanti da una scorretta attività di direzione e coordinamento, devono intendersi disposti unicamente ed espressamente a beneficio di chi sia effettivamente **socio** della società diretta e coordinata ed in costanza di tale *status*.

Ulteriore riprova di quanto si eccipisce si trova nella previsione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 2497 c.c. che trasferisce al curatore fallimentare (e non già, quindi, agli ex soci della società diretta) la legittimazione all'azione in esame, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa o amministrazione straordinaria e prevede, quindi, che il fruttuoso esperimento di detta azione vale a reintegrare il **patrimonio societario** e, solo indirettamente, **i soci** ed i creditori sociali (F. Galgano *Direzione e coordinamento* in *Commentario Scialoja Branca – Zanichelli*; M. Maggiolo, *L'azione di danno contro la società e ente capogruppo*, in *Giur. Comm.*, 2006, p. 176/I; P. Dal Soglio, *Comm. Sub art 2497-septies*, p. 2435, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti).

Del resto, ancora ulteriore riprova dell'assunto, non meno degna di rilievo, deriva dalla previsione della seconda parte del primo comma della norma in esame, che esclude ogni responsabilità della

holding, laddove questa abbia “*integralmente eliminato*” il danno (ovviamente reintegrando il patrimonio societario e non certamente risarcendo direttamente il singolo socio!).

Orbene gli attori, essendosi liberamente determinati a cedere le proprie quote sociali – in virtù, si ribadisce, di atti pubblici validi, efficaci e vincolanti tra le parti – ed avendone **ricevuto ed incassato il giusto controvalore e nulla, prima di oggi, avendo obiettato al riguardo, sono oggi irrimediabilmente privi della imprescindibile qualità di soci della società presunta diretta e coordinata, necessario presupposto soggettivo per la promuovibilità dell'azione ex art. 2497 c.c.**

In sede di memoria di replica ex art. 7 parte attrice tenta di rispondere all'eccepito difetto di legittimazione attiva, sollevato dai convenuti, con argomenti del tutto inconferenti e peraltro confusi e contraddittori. Infatti gli attori, senza dedurre sulle specifiche questioni sollevate, affermano che “*a nulla rileva, quindi, in senso preclusivo, il fatto che gli attori non siano più soci della Koiné, giacché la controversia riguarda in primo luogo la ragione per la quale si sono dovuti spogliare di tale qualità*” (v. mem. avv. del 30.11.2006, p. 15-16).

Vero è che, sulla base del contenuto letterale dell'art. 2497 cod. civ., essendo l'azione ivi prevista riservata ai soci ed ai creditori è evidente che gli attori, non essendo più soci della pretesa società diretta e coordinata, hanno perso la titolarità del potere di promuovere l'azione.

Infatti, è pacifico che *“la legitimatio ad causam si risolve nella titolarità del potere o dovere (rispettivamente per la legittimazione attiva e passiva) di promuovere o subire un giudizio in ordine al rapporto sostanziale dedotto in causa, indipendentemente dalla questione dell’effettiva titolarità dal lato attivo o passivo del rapporto controverso e costituisce quindi un presupposto per ottenere dal giudice la trattazione del merito; con la conseguenza che il difetto di essa preclude alla parte la possibilità che il giudice proceda all’esame del merito della controversia”* (Cass. 12.08.2005, n. 16878 e da ultimo in tal senso anche Cass. 6.4.2006, n. 8040 e giurisprudenza costante).

Non vi è chi non veda come nel caso di specie, **non rivestendo gli attori lo status di soci della pretesa società diretta e coordinata, sia preclusa agli stessi la proposizione dell’azione di responsabilità di cui all’art. 2497 cod. civ.**

* * *

A conferma ulteriore del difetto di legittimazione attiva si deve considerare che gli attori, lamentando assunti atti illeciti posti in essere in danno della società Koiné, non hanno un diritto soggettivo proprio legittimamente l’esercizio di azione risarcitoria. È principio pacifico in giurisprudenza che l’azione (*rectius*: il titolo azionario) **non attribuisce in ogni caso al socio (e dunque a maggior ragione all’ex socio) posizioni di diritto soggettivo tali da essere**

direttamente lese dall’illecito riguardante la società.

Indicativa appare la sentenza con cui la Suprema Corte così ha statuito: *“Il fatto illecito commesso ai danni di una società di capitali non legittima il socio a domandare il risarcimento del danno, nemmeno nell’ipotesi in cui in conseguenza dell’illecito la società sia divenuta insolvente e sia stata dichiarata fallita, con conseguente azzeramento del valore di partecipazione. Tale pregiudizio, infatti costituisce un effetto immediato e diretto del fatto illecito, la cui vittima primaria è unicamente la società.”* (cfr. Cass 8 settembre 2005, n. 17938 in Dir. e giust., 40 32 nota Infante).

Ed ancora.

La Suprema Corte in una fattispecie del tutto simile alla vicenda per cui è causa, ha precisato che *“qualora una società per azioni subisca, per effetto dell’illecito contrattuale commesso da un terzo, un dissesto economico, e detto danno sia tale da incidere sul valore delle azioni, il diritto al risarcimento compete solo alla società, non già anche a ciascuno degli azionisti, che risentono un pregiudizio indiretto ed eventuale, in quanto l’illecito colpisce il patrimonio della società ed obbliga il responsabile a risarcire il danno alla persona giuridica ... con la conseguenza che, in relazione al minor prezzo realizzato con la cessione delle stesse successivamente all’illecito, il socio non può vantare alcun diritto nei confronti dell’autore dell’illecito medesimo”* (Cass. 04 dicembre 2002, n. 17187).

Da tutto quanto sin qui esposto e rilevato deve rimarcarsi che **in relazione**

alle pretese dedotte in giudizio, sussiste l'assoluto difetto di titolarità degli attori nei confronti dei convenuti in ragione sia della disciplina generale che della disciplina specifica di cui all'art. 2497 cod. civ.

La presente azione potrebbe solo in via ipotetica **al massimo spettare alla Koiné, che invece in questa sede è stata chiamata a risarcire gli attori!**

VII. – SULL'INSUSSISTENZA, ILLEGITTIMITÀ ED INFONDATEZZA DELL'AZIONE PER ASSENZA DEI PRESUPPOSTI OGGETTIVI DELLA DIREZIONE E COORDINAMENTO. LEGITTIMITÀ DEI RAPPORTI DI FRANCHISING.

Come più volte ricordato, i signori Ampolo Rella e Di Paolo, pur riconoscendo di aver intrattenuto **rapporti di franchising della durata ultradecennale**, assumono di aver subito dei danni ascrivibili a presunti comportamenti inadempienti sia di natura contrattuale che inquadabili nell'illecito ex art. 2043 cod. civ.; il tutto per effetto di un'assunta attività di **direzione e coordinamento** esercitata da Natuzzi *“nell'interesse imprenditoriale proprio ed in violazione dei principi di corretta gestione imprenditoriale di Koiné”*, che nell'ambito di ultradecennali rapporti di *franchising* si sarebbe estrinsecata attraverso l'imposizione di clausole contrattuali vessatorie ed inique e di ingenti maggiori oneri e costi.

Tale assunta illegittima *“imposizione di maggiori costi”* derivante dall'ancor più pretestuosa ingerenza nella gestione

dell'attività imprenditoriale della Koiné da parte della Natuzzi, avrebbe costretto la stessa Koiné ad adottare delle **“contro-misure”** – tra le quali la diversificazione dell'attività della stessa attraverso l'investimento in altri settori – risultate insufficienti tanto da *“costringere” la Koiné a cedere “all'aggressivo, spregiudicato, illegittimo comportamento della Natuzzi mirante alla realizzazione del proprio disegno sapientemente architettato: l'acquisto delle quote sociali di Koiné, pagando un prezzo vile ai soci di quest'ultima e odierni attori”* (v. atto di citazione, p. 25).

Gli **“indici rivelatori”** della pretesa attività di **direzione e coordinamento**, dedotti dagli attori, si concretizzerebbero tutti in un'assunta **dipendenza economica** indotta nella Koiné in forza appunto di **clausole vessatorie dei contratti di franchising** ed in forza di assunte **pressioni “materiali e psicologiche”**; il tutto *“architettato”*, sostengono sempre gli attori, dal *“Gruppo Natuzzi”*, per far indebitare la Koiné e poter quindi ... *“riacquistare i punti vendita dei propri affiliati”*!!

Detta ricostruzione è del tutto pretestuosa, infondata ed illegittima.

È il caso di ribadire che tutti i contratti di *franchising* intercorsi tra la Natuzzi e la Koiné sono stati stipulati tra il 1993 ed il 2003, dunque in periodo antecedente all'entrata in vigore della disciplina invocata della direzione e coordinamento. Pertanto già solo questa circostanza di per sé è sufficiente ad escludere in assoluto qualsiasi ipotesi di *“preordinato disegno criminoso”* della

Natuzzi e degli altri convenuti, atteso che la predisposizione dei testi contrattuali con previsioni assunte vessatorie è avvenuta in periodo antecedente rispetto alla promulgazione della riforma contenuta negli art. 2497 e ss. cod. civ. e dunque in periodo assolutamente “non sospetto”!

È comunque assolutamente inimmaginabile che la Natuzzi abbia potuto architettare sin dall’ottobre 1992 – data di sottoscrizione del primo contratto di *franchising*, contenente le assunte clausole vessatorie – e sin dai primordi della costituzione della rete di *franchising*, il “disegno criminoso” volto attraverso dette clausole pretese vessatorie a far indebolire ed indebitare l’affiliato per poterne acquisire le quote societarie.

Vero è invece, senza alcuna inversione dell’onere probatorio, che IL SIG. AMPOLO RELLA, DEUS EX MACHINA DELLA KOINÈ, HA NEGOZIATO E STIPULATO, A FAR DATA DALL’OTTOBRE 1992, BEN OTTO CONTRATTI DI FRANCHISING. NEL 1998 RINNOVAVA I CONTRATTI STIPULATI TRA IL 1992 ED IL 1994. NELL’OTTOBRE 2001 STIPULAVA ALTRO CONTRATTO PER IL NEGOZIO DI VASTO, PROPONEVA ED OTTENEVA IL CONSENSO ALL’APERTURA DI ALTRI NEGOZI (FERMO ED ASCOLI).

MAI PRIMA DELLA NOTIFICA DELL’ATTO DI CITAZIONE PER CUI È CAUSA NEL CORSO DELLE DIVERSE TRATTATIVE ANCHE DELLA CESSIONE DELLE QUOTE E NEL CORSO DI OLTRE 13 ANNI LA KOINÈ E/O AMPOLO RELLA HANNO CONTESTATO ALCUNCHÈ E TANTO MENO LA PRETESA IMPOSIZIONE DI CLAUSOLE VESSATORIE

ALLA NATUZZI, ESSENDO L’ATTIVITÀ ESTREMAMENTE REDDITIZIA, come evidenziato nei precedenti atti!

Un riscontro della “libera determinazione” delle condizioni contrattuali e dell’estrema “convenienza economica” dell’attività di *franchising* si evince da dichiarazioni provenienti dagli stessi attori, rese, peraltro, nel corso delle trattative per la cessione delle quote, quando l’“acuto negoziatore” (Desantis) stava – a dire di parte avversa – portando a termine il “disegno criminoso”.

In effetti, il sig. Roberto Ampolo Rella in una nota di riscontro dell’11 novembre 2004 inviata al sig. Desantis (al quale si rivolge con un “caro Pinuccio e che alla fine saluta “con stima” a smentita di quanto sostenuto strumentalmente in atti “subdolo e acuto negoziatore”), espressamente afferma: “la mia intenzione rimane quella di stringere una **partnership molto forte** intesa a rilanciare l’azienda nella direzione voluta DALLA NATUZZI PROPRIO PERCHÉ NE CONDIVIDO APPIENO OBIETTIVI E STRATEGIE, FIN DAL 1992!” (v. in sez. doc. all. 41).

È evidente che l’affermare di condividere “gli obiettivi e le strategie della Natuzzi fin dal 1992” non avrebbe avuto alcuna ragion d’essere se la stessa Natuzzi fosse stata quell’azienda che “ingabbia” e impone clausole vessatorie, costi nient’affatto dovuti, margini di profitto irrisori ai propri affiliati e partner commerciali!!!

Omissis

Fatta tale premessa è in ogni caso assolutamente infondata e non provata in fatto e in diritto la avversa allegazione di un preteso **controllo contrattuale esterno** (art. 2359, comma 1°, n. 3 c.c.) esercitato da Natuzzi in forza della particolare “vessatorietà ed odiosità” delle clausole inserite nei contratti di *franchising* sottoscritti da Koinè e che, in quanto tali, avrebbero portato la medesima società in uno “*stato di assoluta soggezione*”.

Secondo controparte nella presente vicenda sussisterebbe un'ipotesi di direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2497-septies in ragione del rapporto contrattuale di *franchising* intercorso tra la Natuzzi e la Koinè, poiché “*nel caso concreto i contratti in esame contengono clausole tali da identificare un potere di direzione e coordinamento*”. A supporto di tale affermazione gli attori adducono, a titolo di “prova”, che “*tali contratti, nelle loro singole clausole ... abbiano un carattere assorbente rispetto alla possibilità di ogni tipo di iniziativa imprenditoriale da parte di Koiné, ... “la famigerata clausola di prelazione e gradimento ...”* in forza della quale, sempre secondo controparte, “*qualora l'affiliato fosse (come nel caso concreto) una persona giuridica, ciascuno dei soci che intendesse cedere quote di capitale o di azioni era tenuto ad offrirle, prioritariamente, in prelazione all'affiliante*” e “*in caso di mancato esercizio della prelazione da parte dell'affiliante, il terzo doveva ottenere il gradimento da parte dell'affiliante*” (v. mem. replica avv. in data 11 ottobre 2006, p. 31).

Orbene, va ancora rilevato che secondo l'opinione dominante della dottrina

che si è espressa sulla norma in esame, ivi compresi gli Autori richiamati da parte avversa a fondamento della propria interpretazione, si ritiene che la norma intervenuta a seguito dello “sdoppiamento” dell'originario art. 2497 sexies operato dal d.lgs. 37/2004, faccia riferimento al modello del cd. Gruppo orizzontale o paritetico, abbracciando fattispecie tipicamente gerarchiche (v. F. Galgano, *I gruppi nella riforma* in *Contratto e Impresa*, 2002, p. 1037; P. De Biasi, *Sull'attività di direzione e coordinamento di società*, in *Le società*, 203, p. 946, 947; v. anche G. Sbisà, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contratto e Impresa*, 2003, p. 593,595; v. P. Dal Soglio, *Comm. Sub art 2497-septies*, p. 2434, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti). Si è altresì precisato, diversamente da quanto artatamente sostenuto da parte avversa, che i contratti cd. commerciali cui si fa riferimento nella norma sono quei contratti tra società la cui esecuzione rappresenti la condizione di esistenza e di sopravvivenza della capacità di impresa della società cosiddetta controllata, secondo un accertamento di essenzialità da compiersi in base al concreto atteggiarsi del contenuto del contratto e non fermandosi al tipo contrattuale; in particolare, si è affermato che il legislatore abbia voluto riferirsi ai contratti di finanziamento intragruppo, con i quali la holding predisponga in modo cogente la pianificazione finanziaria per la società controllata, sotto il profilo dei requisiti minimi patrimoniali o dell'equilibrio finanziario (v. Dal Soglio, *Comm.*

Sub art. 2497-septies, p. 2435, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti; A. Niutta, Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497-sexies e 2497-septies in *Giur. Comm.*, 2004, 983, 1000 Come si può facilmente evincere da quanto innanzi riportato non può in alcun modo sostenersi che in ragione di semplici accordi commerciali di *franchising*, seppure contenenti pretese clausole vessatorie, possa essersi instaurato tra l'affiliante Natuzzi e l'affiliata Koiné un "controllo" di tipo contrattuale e di conseguenza, da parte della prima "un'ingerenza nell'attività gestoria" nel senso di esercizio di attività di direzione e coordinamento.

Nessuna prova a riguardo è peraltro fornita dagli attori sia dell'assunto "controllo contrattuale" sia degli indici rivelatori della direzione e coordinamento. Parte attrice si limita a sostenere che attraverso l'imposizione di clausole, asseritamente vessatorie, la Natuzzi avrebbe imposto ingenti maggiori costi e esercitato "un'ingerenza nella gestione dell'attività imprenditoriale della Koiné" al fine ultimo di farla indebitare e acquisirne le quote a prezzo "vile"!

Sfugge, probabilmente, a controparte che, secondo opinione unanime in Dottrina, l'azione di responsabilità invocata richiede la prova, in concreto, da parte dell'attore, della soggezione da parte della società dominante, rispetto alla società dominata, ai poteri di direzione e coordinamento e, in termini di stretta consequenzialità, l'esercizio di at-

tività gestoria in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale. Non è sufficiente la mera deduzione dell'esistenza di un rapporto di controllo o, comunque, l'esistenza di situazioni di fatto che consentirebbero di esercitare una influenza dominante, che come si evince dall'art. 2497 cod. civ. determina soltanto una presunzione relativa di esercizio di direzione e coordinamento (v. Dal Soglio, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, comm sub art. 2497 septies, p. 2428; A. Niutta, op. cit. 989; Galgano, *I gruppi nella riforma in Contratto e Impresa*, 2002, p. 1038 e ss; P. De Biasi, *Sull'attività di direzione e coordinamento di società*, in *Le società*, 2003, p. 947; Sbisa, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, in *Contratto e Impresa*, 2003, p. 600; Galgano, *Direzione e coordinamento*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 2005, p. 115).

Gli odierni **attori**, invero, non solo **non hanno fornito la prova della pretesa attività di direzione e coordinamento** sulla base dei rapporti di *franchising* o di qualsiasi ulteriore atto, ma allo stesso modo non hanno provato che la pretesa attività di direzione sia stata esercitata in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale finalizzata all'acquisizione delle quote della Koiné.

* * *

Parte avversa a supporto dell'azione si è limitata a dedurre di aver "subito" un

“controllo” per effetto del contratto di *franchising* e attraverso l'imposizione di clausole vessatorie avrebbe subito l'attività di direzione e coordinamento che avrebbe condotto la Koinè ad indebitarsi a tal punto da essere poi costretta a cedere le quote alla Natuzzi a prezzo “vile”!

La pretesa imposizioni dei maggiori costi asseritamene imposti nel corso del rapporto di *franchising* (allestimento, pubblicità locale, formazione del personale, cataloghi, apertura di negozi) non costituiscono “indici rivelatori” di preteso abuso di direzione e coordinamento, trattandosi di attività pienamente rispondenti alle previsioni contrattuali, conformi alla disciplina ed alla prassi di riferimento.

È pacifico in Dottrina e in Giurisprudenza che il contratto di *franchising* rappresenta una legittima **forma di collaborazione tra imprese, economicamente e giuridicamente distinte**, che prevede un'aggregazione e/o parziale integrazione tra impresa principale e imprese minori nel senso di risultare queste ultime strutture decentrate esercitanti diritti e facoltà che non avrebbero altrimenti potuto acquisire (v. Frignani, I profili giuridici, in AA.VV., *Il franchising*, Roma, 1987, p. 208; Bussani, *Contratti moderni, factoring, franchising e leasing*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Vol. 4, Torino, 2005, p. 176; De Nova, La nuova legge sul *franchising*, in *I Contratti*, 2004, p. 751). In questi termini la Corte di appello di Milano ha affermato: “*La gestione in rete di punti vendita per la distribu-*

*zione commerciale di prodotti di una determinata impresa non implica automaticamente l'instaurazione di rapporti di franchising con i singoli distributori occorrendo un'aggregazione e/o parziale integrazione tra impresa principale e imprese minori nel senso di risultare queste ultime strutture decentrate esercitanti diritti e facoltà che non avrebbero altrimenti potuto acquisire. Il franchising è, infatti, un sistema di collaborazione fra un produttore/rivenditore di beni (“franchisor”) e un distributore (“franchisee”), giuridicamente ed economicamente indipendenti l'uno dall'altro, ma vincolati da un ben preciso accordo contrattuale in forza del quale il primo concede al secondo la facoltà di entrare a far parte della sua catena distributiva con diritto di sfruttarne, a determinate condizioni onerose, marchi, nome e insegna, obbligandosi a rifornirlo, mentre il secondo si obbliga a propria volta a conformarsi ad una serie di comportamenti prefissati” (v. Corte appello Milano, 18 novembre 2003, in *Dir. e prat. soc.* 2004, 20 73 nota AMABILI).*

Significativo è anche quanto di recente statuito dal Consiglio di Stato secondo cui “*Il contratto di franchising, secondo la l. 6 maggio 2004 n. 129, realizza una forma di collaborazione tra imprese, in cui taluni soggetti, i franchisees, commerciano prodotti del franchisor, utilizzandone marchio e know-how, ma mediante una distinta organizzazione, rimanendo soggetti economicamente e giuridicamente distinti del franchisor*” (v. Consiglio di Stato, 9 febbraio 2006, n. 518, in *Foro amm. CDS*, 2006, 2 516).

Anche se meno recente è altrettanto significativa *Pretura Palestrina, 14 febbraio 1987* “**L’impresa affiliata in forza di un contratto di franchising mantiene la propria autonomia, che non viene meno malgrado i vincoli, anche incisi, posti dall’affiliante. L’operatore commerciale affiliato, conseguentemente, non può essere considerato alla stregua di un lavoratore dipendente dall’impresa concedente**”. (in Resp. civ. e prev. 1988, 239).

Alla luce dei principi giurisprudenziali riportati appare veramente paradossale sostenere che la Natuzzi attraverso la “predisposizione di regole” tipiche del contratto di *franchising* abbia in qualche modo inteso e potuto esercitare un “controllo” sulla propria affiliata e “costringerla” ad indebitarsi per poterli poi acquisire!

Vero è che le clausole *ex adverso* richiamate a sostegno del preteso esercizio di abuso di posizione dominante rispondono non solo a prassi commerciali consolidate, ma anche alla *ratio* della recente riforma in materia di *franchising* realizzatasi con la l. 6 maggio 2004, n. 129, cui sono sottoposti i rapporti in esame per espressa previsione normativa contenuta nell’art. 9, I comma.

Infatti:

- a) la previsione della **clausola di esclusiva** è espressamente prevista nell’art. 3 comma 2 lett. C) della l. 6 maggio 2004, n. 129 e risponde alla logica propria dei contratti in questione;
- b) la previsione di una **durata minima** è espressamente prevista nell’art. 3 I comma l. 129/2004 a tutela esplicita dell’affiliato!

- c) allo stesso modo le condizioni di **rinovo, risoluzione o eventuale cessione** rientrano nell’ambito del contenuto minimo essenziale del contratto di *franchising* a pena di nullità del contratto stesso ad evidente tutela dell’affiliato (si veda anche la recente giurisprudenza *Tribunale Bari 8 aprile 2005*, in *Danno e Resp.* 2005, 983; *Tribunale Taranto 22 dicembre 2003*, in *Danno e resp.* 2004, 424).

Se ne deve concludere che, essendo l’addebito di presunto abuso di posizione dominante fondato su pretese clausole contrattuali liberamente negoziate e rivelatesi conformi alle recenti previsioni normative, all’interpretazione giurisprudenziale ed alla prassi commerciale addirittura migliorative e più favorevoli per la Koinè rispetto a quelle praticate con altri affiliati della stessa Natuzzi (cfr. doc. 40), non può che negarsi ogni “accusa” di imposizione di clausole vessatorie finalizzate all’illegittimo esercizio di posizione dominante da parte della Natuzzi.

...omissis...

Fermo restando quanto innanzi, va ribadito in questa sede che, in merito al contenuto vessatorio delle clausole dei contratti di *franchising*, controparte deduce a sostegno argomenti del tutto privi di rilievo giuridico. A tal fine basti considerare che secondo gli attori la “famigerata” clausola di prelazione sarebbe vessatorie poiché avrebbe potuto comportare una compromissione della libera cessione delle quote detenute dagli

odierni attori nella Koinè, società assunta diretta e coordinata dalla Natuzzi.

... *Omissis* ...

Ad ogni buon conto, **senza alcuna inversione dell'onere probatorio**, va in questa sede ancora una volta stigmatizzato che secondo autorevole dottrina e giurisprudenza ***“le clausole di opzione o di prelazione a favore del franchisor qualora il franchisee intenda alienare, dare in usufrutto o in affitto l'azienda sono uno strumento di salvaguardia dell'intuitus personae che anima il contratto”*** (v. Frignani, I profili giuridici, in AA.VV., *Il franchising*, Roma, 1987, p. 216; Bussani, *Contratti moderni, factoring, franchising e leasing*, in Trattato di diritto civile, diretto da Sacco, Vol. 4, Torino, 2005, p. 187; De Nova, *La nuova legge sul franchising*, in *I Contratti*, 2004, p. 761 ss). In effetti si è altresì precisato che la **consistenza degli investimenti effettuati da entrambi i contraenti – così come il trapasso dal franchisor al franchisee di diritti, esperienze e formule organizzative – sono tutti fattori che giustificano l'inserimento abituale nel contratto di una serie di clausole, volte a delineare il tipo di comportamento che le parti si impegnano a tenere anche successivamente alla cessazione del rapporto e rispondono, soprattutto, al divieto per il franchisee di potersi servire del know how del franchisor al quale ha avuto accesso nel corso del rapporto** (v. Bussani, op. cit. p. 189). Sicché l'in-

discutibile natura di contratto *intuitu personae* del franchising per le ragioni innanzi illustrate giustifica e legittima, nel caso di specie, la previsione in favore del franchisor Natuzzi di una clausola di prelazione e di gradimento in caso di cessione delle quote da parte del franchisee.

VIII. – ASSENZA DI PROVA DELLA MALA GESTIO ED INESISTENZA DEL DANNO.

Ad ulteriore suffragio della dedotta insussistenza dei presupposti dell'azione proposta dagli attori, va ancora rilevato che, oltre alla inesistenza nel rapporto di controllo tra le società convenute, ovvero di situazioni di fatto che consentirebbero di esercitare all'una influenza dominante sull'altra, vi è che nella fattispecie nemmeno è dato ravvisare alcun danno arrecato al patrimonio della società pretesa diretta, né alcun **nesso di causalità** tra la pretesa attività di direzione esercitata ed il presunto danno arrecato.

Ciò posto, comunque, l'eventuale preteso danno, qualora effettivamente sussistente, sarebbe ascrivibile esclusivamente ad avversa **congiuntura economica** e, soprattutto, a **sconsiderate e disinvolute iniziative degli amministratori e soci della Koinè, che hanno causato un depauperamento del patrimonio della Koinè di ben oltre duemilionicentomila euro!!** (v. perizia Colombi, doc. 42).

In ogni caso, per mero scrupolo difensivo e senza alcuna inversione dell'onere probatorio, va evidenziato ancora che il danno rilevante ai fini della responsabilità

in esame, è senza dubbio il danno derivante dal risultato complessivo dell'attività della controllante e non il danno risultante da un atto isolatamente considerato, onde esso, quand'anche verificatosi, è eliminabile anche a seguito di specifiche operazioni a tal fine dirette.

Non può ravvisarsi nella fattispecie in esame, dunque, alcun pregiudizio risarcibile (danno) arrecato alla Koinè, poichè la Italholding – e, dunque, la sua controllante Natuzzi – acquisendo le quote della medesima società Koinè, ha salvaguardato l'azienda medesima e la sopravvivenza degli esercizi commerciali facenti parte della stessa, evitando – come da stessa ammissione degli attori – il sicuro fallimento della società.

Non esiste, dunque, un danno arrecato alla società che, anzi, dall'operazione posta in essere – e più in generale, laddove ravvisabile, dalla presunta attività di direzione e coordinamento – ha tratto un innegabile vantaggio.

In termini più elementari: ipotizziamo che la Koinè avesse avuto altri soci, oltre agli odierni attori, potrebbero essi ritenersi legittimati – ovvero portatori di un interesse sostanziale – a promuovere azione ex art. 2497 c.c. contro i convenuti così come prospettato dagli odierni attori? Certamente no, visto che il valore della propria partecipazione societaria, a seguito della acquisizione della Koinè da parte del “Gruppo Natuzzi” ha certamente riportato un incremento di valore, quindi, un vantaggio rilevante e non certo un DANNO!

Occorre peraltro precisare che il **risultato complessivo dell'attività di direzione**

ne e coordinamento – da valutare al fine di individuare il presupposto di esclusione della responsabilità di cui all'art. 2497 c.c. ultima parte 1° comma (insussistenza del “danno”) – **non necessariamente deve essere un dato del passato, ma ben può riferirsi ad una valutazione prognostica** – o comunque successiva al compimento dei pretesi atti di direzione e coordinamento – dell'utilità e della proficuità delle operazioni (cfr. P. Dal Soglio, *Il Nuovo diritto delle società*, op. cit. p. 2342).

Alla stregua di quanto innanzi, giova quindi ribadire che, nella fattispecie in esame, quand'anche si volesse ritenere – aderendo alla avversa costruzione – che Koinè abbia subito un'ingiusta attività di direzione e coordinamento da parte di Natuzzi, vi è che, comunque, sono innegabili ed evidenti i “vantaggi compensativi” riportati dalla stessa società pretesa “diretta” in considerazione della sua acquisizione al Gruppo Natuzzi!

Assolutamente irrilevanti sono le osservazioni degli attori sull'assenza di alcun danno in capo alla Koinè, da intendersi come il risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento svolta illegittimamente dalla Natuzzi.

Controparte considera del tutto irrilevante “l'inciso normativo” di cui all'art. 2497 1° comma cod. civ., invocato dagli odierni esponenti, che letteralmente recita: “*Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette*”.

Secondo parte attrice le eccezioni sollevate dagli odierni convenuti in ragione

del riportato “inciso normativo” – sul quale la dottrina all’unanimità fonda la cosiddetta tesi dei “vantaggi compensativi”, che escluderebbe, conformemente al chiaro dettato codicistico, qualsiasi ipotesi di responsabilità in capo alla società esercente l’attività di direzione e coordinamento – sarebbero “*frutto di un vano tentativo ... di coprire il comportamento illecito... come se bastasse un inciso normativo per scrollarsi di dosso una responsabilità provata nei comportamenti adottati negli anni*” (v. mem. avv. p. 35).

In realtà è da rilevare che controparte – a torto – non dà peso alla norma di legge in esame, che ha mutuato, com’è noto, i principi affermati dalla giurisprudenza a partire dal noto precedente Cass. 5 dicembre 1998, n. 12325 (v. in Giur. It., 1999, p. 2317, in senso conforme v. anche Cass. 21.01.1999, n. 521, in Corr. Giur. 1999, 1529; Cass. 8.11.2000, n. 14509, in Giur. It., 2001, 522).

In base a tali principi, al fine di verificare se una data operazione abbia comportato un depauperamento effettivo per l’impresa controllata, bisogna tener conto della complessiva situazione generata nell’ambito del gruppo, potendo l’eventuale pregiudizio che da tale operazione sia derivato aver trovato la sua contropartita in un altro rapporto e l’atto presentarsi come preordinato al soddisfacimento di un ben preciso interesse economico (v. R. Sacchi, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in Giur. Comm. 2003, I, p. 672; F. Galgano, *Direzione e coordinamento*, in Commen-

tario Scialoja-Branca, Bologna, 2005, p. 100 e ss.; H. Simonetti, Comm. 2497 cod. civ. in La giurispr. civile a cura di Ceccherini, Panzani, Rovelli, Simonetti, Milano, 2005, p. 3031 e ss).

In questa prospettiva e facendo proprio un percorso già segnato dalla Dottrina e dalla giurisprudenza, il legislatore della Riforma delle società del 2003, afferma che è risarcibile il danno derivante dal risultato complessivo dell’attività della controllante e non il danno derivante dal risultato di un atto isolatamente considerato, onde è eliminabile anche a seguito di specifiche operazioni.

Un importante Autore ha altresì precisato che “*il senso coordinato degli artt. 2497, 1° comma e 2634 3° comma è che il pregiudizio cagionato al patrimonio della controllata non è fonte di responsabilità, né civile né penale dei suoi fiduciari nell’organo amministrativo della controllata, se trova compensazione nei vantaggi conseguiti o fondatamente prevedibili, che alla controllata derivano dall’appartenenza al gruppo*” (v. F. Galgano, op. cit. p. 137-138).

Alla luce di quanto innanzi detto, non vi è alcun dubbio che nel caso di specie, senza alcuna inversione dell’onere probatorio e fermo restando l’insussistenza di alcuna ipotesi di controllo o di direzione e coordinamento in forza dei rapporti di *franchising*, va in ogni caso rilevato che l’appartenenza della Koinè alla rete di franchising Divani&Divani di Natuzzi ha comportato per la stessa inequivocabili vantaggi sino al 2001, come dagli stessi attori ammesso, oltre

che, successivamente, come emerge dalla ricostruzione economico-contabile del dott. Colombi, allegata in atti (v. in sez. doc. 42). Non da ultimo è da segnalare che il preteso atto illecito di acquisizione delle quote da parte della Italholding, oggi Nacon, società controllata dalla Natuzzi, ha comportato per la stessa Koinè indiscutibili vantaggi.

Giova richiamare in questa sede la casistica riportata da Galgano nel precitato Commentario e precisamente una sentenza decisa dalla Corte di appello di Milano, in fattispecie ante riforma dell'art. 2497 cod. civ., che aveva escluso sulla base della tesi dei vantaggi compensativi la responsabilità della controllante in una vicenda in cui la controllata lamentava un danno per aver venduto a prezzi più bassi rispetto a quelli di mercato, poiché la controllata era tuttavia dispensata dalle incertezze del mercato (v. Galgano, op. cit. p. 138; Corte appello Milano, 11.07.1991, in Società 1991, 1664).

La fattispecie sottoposta alla Corte milanese ben si attaglia, per alcuni aspetti, alla vicenda in esame, atteso che anche laddove – per assurdo – si volesse ritenere sussistente per effetto dei rapporti di *franchising* un controllo di tipo contrattuale tra la Natuzzi e la Koinè, la pretesa compromissione degli utili, per effetto di assunte ingerenze dell'affiliante, sarebbe certamente compatibile e giustificata, avendo trovato compensazione nella sicurezza dello sbocco commerciale garantito dall'appartenenza alla rete di *franchising* del leader mondiale del mobile imbottito. Tra l'altro, dalla

documentazione esibita (v. in sez. doc. all. 70, 71) emerge che, in periodo di crisi generale dei consumi, l'affiliante Natuzzi, grazie alle costanti e aumentate attività promozionali, volte a stimolare i consumi, è riuscita a contenere rispetto agli altri *competitors* il calo delle vendite, con evidente ripercussioni positive sui ricavi dei propri affiliati.

Alla stregua di quanto innanzi, giova quindi ribadire che, nella fattispecie in esame, quand'anche si volesse ritenere – aderendo alla avversa costruzione difensiva – che Koinè abbia subito un'ingiusta attività di direzione e coordinamento da parte di Natuzzi, comunque sono innegabili ed evidenti i “vantaggi compensativi” riportati dalla stessa società pretesa “diretta” in considerazione della sua appartenenza nel corso dei rapporti di franchising alla nota rete Divani&Divani e, a seguito della acquisizione delle quote della stessa Koinè da parte della Italholding, l'appartenenza della stessa alle società controllate dalla Natuzzi!

Ed ancora.

La tesi dei vantaggi compensativi ammette che la verifica del bilanciamento fra vantaggio e pregiudizio debba essere condotta in termini di ragionevole probabilità di una compensazione, anche futura; e ciò pure su un diverso piano economico, anche non rigidamente proporzionale al pregiudizio subito. Tutto questo trova conferma anche nell'assenza di limiti di tempo per l'operazione diretta ad eliminare integralmente il danno, con la conseguenza di disincentivare reazioni ostili alle operazioni infragruppo

pregiudizievoli (v. R. Sacchi, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.* 2003, I, 662, 673-674).

... *Omissis*...

IX. – SULLA CRISI FINANZIARIA DELLA KOINÈ: RICONDUCEBILITÀ A ESCLUSIVE SCELTE GESTORIE DEGLI ODIERNI ATTORI.

Senza alcuna inversione dell'onere probatorio, si deve rilevare che è stato documentalmente provato, da un lato, che nessuna attività di direzione e coordinamento è stata esercitata dalla Natuzzi e dagli altri convenuti in danno della Koinè e men che mai nei confronti degli attori e, dall'altro lato, che la crisi finanziaria della Koinè, di cui si lamentano gli odierni attori, è imputabile solo ed esclusivamente a attività e scelte gestorie ed imprenditoriali dai medesimi assunte nelle loro qualità di soci/amministratori, rispetto alle quali gli odierni convenuti sono stati naturalmente sempre estranei.

Invero l'attività di *franchising* ha consentito alla Koinè di ottenere ottimi risultati economici e finanziari.

... *omissis* ...

Sicché a fronte di un investimento iniziale di poco più di € 85.000,00 la Koinè chiudeva in utile sin dal primo semestre di attività e effettuava investimenti, come si evince dalle scritture con-

tabili *ex adverso* esibite e dalla relazione peritale in atti (v. in sez. doc. all. 42).

In conseguenza di tutto ciò, il negozio di Pescara divenne subito un "esempio" tra tutti gli altri negozi affiliati "Divani & Divani", in considerazione del successo riscosso sul mercato, sia per la qualità dei prodotti offerti che per l'affidabilità che l'ormai nota azienda Natuzzi assicurava agli utenti finali e dunque indiscutibili risultati agli stessi affiliati e ciò soprattutto grazie agli ingenti investimenti effettuati, sul piano del marketing dalla Natuzzi.

A conferma ulteriore della redditività dell'attività intrapresa – e, dunque, a completa smentita di quanto artatamente sostenuto da parte attrice – è da evidenziare che la stessa Koinè nel corso di pochi anni dal 1992 al 2003 proponeva alla Natuzzi l'apertura di ben sette negozi in affiliazione.

Ciò evidentemente e solo perché gli amministratori e soci della stessa – odierni attori – hanno ritenuto estremamente vantaggiosa in termini economici e finanziari l'attività sopra descritta: attività da loro posta in essere senza mai contestazioni alcuna e di cui oggi si lamentano con l'improvvida e temeraria iniziativa processuale.

... *omissis*...

X. – SULL'INTERVENTO DI ACQUISIZIONE DELLE QUOTE DELLA KOINÈ.

Alla stregua delle considerazioni innanzi svolte, l'intervento di acquisizione

delle quote, effettuato dalla Italholding, rivela evidentemente il ruolo effettivamente rivestito nella vicenda e, cioè, quello di “zattera di salvataggio” per la società e – principalmente per i suoi soci illimitatamente e solidalmente responsabili, odierni attori – e non già quello ben diverso, falsamente e pretestuosamente rappresentato dai medesimi.

La presente pretestuosa azione, alla quale si resiste, costituisce, pertanto, un maldestro temerario tentativo di venir meno agli obblighi contrattualmente e validamente assunti dagli attori con l'atto di cessione del 29 aprile 2005 all'esito di lunghe trattative negoziali intercorse tra gli odierni attori, assistiti peraltro da propri consulenti (commercialisti e avvocati), e la Italholding, nel corso delle quali si sarebbero “intensificate ed aggravate” le pretese vessazioni.

Fa specie constatare come gli odierni attori, pur deducendo nell'atto di citazione assunti comportamenti, posti in essere dalla Natuzzi e dalle società controllate dalla stessa coinvolte nella vicenda, risalenti al 2001 (ci si riferisce in particolare alla descrizione fatta dagli attori dei presunti comportamenti di Desantis “*improntati ad un atteggiamento strumentale e finalizzato ad ottenere, in spregio assoluto di ogni regola di correttezza, il massimo tornaconto*” (v. atto citazione p. 32) ... oltre che “*subdoli*” (v. atto citazione p. 32), “*vessatori*”, “*spadroneggianti*”, “*mortificanti*” (v. atto citazione p. 33), di “*acuto negoziatore*” (v. atto citazione p. 34) tutti verificatisi ed emersi nel corso delle **lunghe trattative**

negoziali condotte dagli odierni attori, assistiti dal consulente dott. comm. Raffaele D'Egidio e dall'avv. Di Rito (v. atto di citazione p. 33) hanno comunque ritenuto strumentalmente opportuno concludere l'accordo, con l'evidente finalità di lucrare il prezzo di cessione e dunque evitare la dichiarazione di fallimento non solo dell'azienda ma anche del sig. Roberto Ampolo Rella, odierno attore, in quanto socio accomandatario della Koinè, con le immaginabili conseguenze (v. in sez. doc. all. 51, 52).

A totale smentita di ogni ipotesi di abuso da parte dei convenuti nell'ambito dell'acquisizione delle quote della Koinè va rilevato che contrariamente a quanto sostenuto da parte avversa fu liberamente negoziata tra le parti ed i relativi consulenti, la decisione di affidare l'incarico di *due diligence* a “**società di consulenza scelta congiuntamente dalle parti tra Price-waterhouseCoopers ed Ernst&Young, avente sede in località distante da Bari sia da Pescara ed Ancona**” (v. e-mail dell'amministratore delegato della Italholding a Dott. D'Egidio del 15 marzo 2005, ore 20,30 in sez. doc. all. 53).

...*omissis*...

XI. – SULL'INSUSSISTENZA, INFONDATEZZA ED ILLEGITTIMITÀ DELLA RESPONSABILITÀ DEL SIGNOR DESANTIS GIUSEPPE IN PROPRIO.

Riportandosi a tutti i motivi già esposti in fatto, relativi all'imputabilità

agli stessi attori – ed in particolare a Roberto Ampolo Rella, che della Koinè è stato amministratore dal maggio 2000 – dell’infausto esito delle iniziative imprenditoriali della medesima società, non vi è chi non colga la strumentalità ed infondatezza della presente azione, mirante ad ottenere il risarcimento di un preteso depauperamento del patrimonio societario della Koinè indotto, in verità, dallo stesso amministratore Roberto Ampolo Rella, in ragione di atti, iniziative, omissioni e distrazioni che – ammesso, ma non concesso che possano ritenersi realmente scaturenti da direttive o pressioni e costrizioni della Natuzzi, delle quali, peraltro, non vi è prova alcuna – egli aveva l’obbligo di rifiutarsi di porre in essere in adempimento del suo dovere di diligenza nell’amministrazione della società pretesa controllata.

Invero, l’esatta ricostruzione della vicenda, evidenzia senza alcun dubbio che la presente azione costituisce un maldestro, quanto infondato e temerario tentativo degli attori di celare le proprie gravi violazioni dei doveri di corretta amministrazione della società, generatrici di autonoma responsabilità nei confronti della compagine sociale.

* * *

L’assoluta temerarietà dell’iniziativa processuale traspare, quindi, ancor più dalla scelta di evocare in giudizio anche in proprio il sig. Giuseppe Desantis, Vice-Presidente della Natuzzi, assumendo che questi avrebbe “*preso parte al fat-*

to lesivo” rappresentato dalla progettazione ed esecuzione del preteso disegno criminoso di “*acquisire a prezzo vile*” le quote della Koinè.

Controparte né indica né tanto meno fornisce prova della pretesa imputabilità al convenuto Desantis delle scelte operative effettuate dalla Koinè, che ne avrebbero determinato il dissesto, né ancor meno della pretesa costrizione perpetrata ai danni degli attori per indurli a vendere a “*prezzo vile*” le proprie quote societarie oltre che del supposto beneficio dello stesso Desantis.

Senza alcun inversione dell’onere della prova, incombenza su parte avversa, vi è che il Desantis è intervenuto nella “vicenda” solo nel momento in cui la questione ha assunto i connotati di criticità finanziaria e come tale rientrando nella propria competenza manageriale, **quindi ben dodici anni dopo l’inizio dell’attività di franchising con Koiné.**

Ciò chiarito, va ancora rilevato che, a prescindere dalla semplice constatazione della assoluta assenza di prova del preteso “*beneficio*” tratto dal convenuto Desantis dalle operazioni e dalle attività dedotte dagli attori quali esercizio dell’attività di direzione e coordinamento, risulta assolutamente impossibile anche solo ipotizzare il presunto detto beneficio, la cui sussistenza, comunque, è certamente presupposto indefettibile dell’azione risarcitoria ex art. 2497 spiegata ai sensi del secondo comma.

È chiaro, ad ogni buon conto, che l’onere probatorio incombe su parte avversa, e quindi, nello specifico, deve es-

sere fornita dalla stessa parte avversa la prova delle specifiche attività colpose del Desantis e il nesso di causalità tra il comportamento colposo dello stesso ed il danno cagionato agli attori (v. H. Simonetti, Comm. 2497 cod. civ. in *La giurisprud. civile* a cura di Ceccherini, Panzani, Rovelli, Simonetti, Milano, 2005, p. 3031; R. Sacchi, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.* 2003, I, p.675; Salafia, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Le società*, 2003/2bis, p. 397; Galgano, *Direzione e coordinamento di società in Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, 2005, p. 118; P. Dal Soglio, Comm. Sub art 2497-septies, p. 2318, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti).

La dottrina ha specificato anche che trattasi di responsabilità derivante da at-

tività e non da singoli atti, perciò può affermarsi solo in presenza di condotte attive e di calcolate inerzie e che addirittura la responsabilità degli amministratori e dei controllori della società controllante non scatta per il solo fatto che questi abbiano preso parte al fatto lesivo (v. P. Dal Soglio, Comm. Sub art. 2497, op. cit. p. 2342).

Stante, dunque, l'assoluta infondatezza e pretestuosità dell'azione nei confronti del sig. Desantis in proprio ed anche in considerazione di quanto illustrato nei precedenti atti che devono intendersi richiamati e trascritti, appare chiaramente che l'avversa iniziativa giudiziaria non può che essere espressione di un incomprensibile "accanimento" assolutamente personale, volto altresì a mascherare responsabilità degli odierni attori, sia nei confronti della Natuzzi, che nei confronti della medesima società Koinè, dall'attore Ampolo Rella amministrata.

... *Omissis*...

La decisione

Società di capitali. Direzione e coordinamento di tipo contrattuale ex art. 2497 septies cod. civ. sulla base di contratto di affiliazione commerciale (franchising) tra imprese. Indici rivelatori: predisposizione di pianificazione finanziaria della società diretta e/o coordinata; definizione della struttura organizzativa; definizione delle strategie di mercato/commerciali per la società diretta e/o coordinata. Esclusione. Responsabilità della società controllante ex art. 2497 cod. civ. per abusiva imposizione di atti cogenti in forza di clausole contrattuali. Necessità della prova della esistenza cumulativa in capo alla contraente “dirigente/coordinante” di un potere di direzione e coordinamento nei confronti della parte etero-diretta coordinata e dell’illecita violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, dell’agire nell’interesse imprenditoriale proprio e del pregiudizio alla redditività e al valore della partecipazione e/o la lesione all’integrità del patrimonio della società. Nesso di causalità. Esclusione.

La direzione e coordinamento si distingue, ed è un *quid pluris*, rispetto al mero esercizio del controllo societario di cui all’art. 2359 cod. civ., in quanto espressione di un potere di ingerenza più intenso rispetto al mero controllo. L’attività di direzione è da intendersi come l’esercizio di una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell’impresa, sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale.

La direzione e coordinamento societario su base contrattuale ex art. 2497-septies c.c. richiede la presenza di clausole contrattuali che attribuiscono ad uno dei contraenti il potere di incidere sulla politica di mercato dell’altro. Sono considerati “indici rivelatori” le clausole contrattuali che impongono una determinata struttura finanziaria, ad esempio, dettando dei requisiti minimi patrimoniali, ossia una data proporzione minima tra la dotazione di mezzi propri e quella di mezzi di terzi nell’impresa ma anche (sia pure per via indiretta) in altri rapporti contrattuali, la definizione ed imposizione delle strategie di mercato da perseguire.

La fattispecie di responsabilità di cui agli artt. 2497/2497 septies c.c. presuppone in particolare la prova della esistenza “cumulativa” non solo della titolarità in capo alla contraente “dirigente/coordinante” – in forza (“in base”) di un dato contratto – di un potere di direzione e di coordinamento nei confronti della controparte negoziale etero/ diretta coordinata, ma anche dei seguenti ulteriori elementi: a) la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale; b) l’agire nell’interesse imprenditoriale proprio o altrui; c) il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione e/o la lesione cagionata all’integrità del patrimonio della società; d) il nesso di causalità.

Il rapporto contrattuale di cui all'art. 2497 septies cod. civ. può assumere esterno rilievo giuridico (di responsabilità civile per contrarietà a buona fede) soltanto quando dà luogo a direttive della parte contrattuale "forte" che – in quanto scorrettamente pregiudizievoli (nel senso sopra precisato) per la parte contrattuale "subordinata" – escono dagli altrimenti insindacabili confini dell'autonomia privata e della discrezionalità delle "scelte societarie".

Il contratto di affiliazione commerciale tra due società (franchising), costituendo, in generale, espressione del principio di libertà di iniziativa economica privata ex artt. 1321 e 1322 cod. civ. e prima ancora dell'art. 41 Cost., consente e tutela l'aggregazione e comunque la collaborazione tra imprese. Pertanto, se realizza la sopra indicata finalità, il suo contenuto non è contrario di per sé ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale di cui all'art. 2497 e 2497 septies cod. civ.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI PESCARA**

In composizione collegiale nelle persone dei sigg.ri magistrati:

Dott. Giuseppe Cassano	Presidente
Dott. Angelo Bozza	Giudice.
Dott. Gianluca Falco	Giudice rel.

SENTENZA

Nella causa civile in I grado iscritta al N°2724 del Ruolo Generale dell'anno 2006, trattenuta in decisione all'udienza collegiale del 24.11.2008, promossa da:

A. R. R. e D. P. A., entrambi residenti in Città S. angelo (PE), elettivamente domiciliati in Pescara, Via B. n. 120, presso lo studio dell'Avv. Paola Damiani che li rappresenta e difende, unitamente e disgiuntamente all'Avv. Alberto Stagno d'Alcontres, in forza di procura a margine dell'atto di citazione.

– attori –

CONTRO

NATUZZI S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, con sede legale in Bari, elettivamente domiciliata in Pescara, Via V. n. 25, presso lo studio dell'Avv. Alfonso Vasile, rappresentata e difesa unitamente e disgiuntamente dagli Avv. ti Giuseppe Tucci e Caterina Calia, come da procura a margine della comparsa di costituzione.

NACON S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, con sede legale in Bari, elettivamente domiciliata in Pescara, Via V. n. 25, presso lo studio dell'Avv. Alfonso Vasile, rappresentata e difesa unitamente e disgiuntamente dagli Avv. ti Giuseppe Tucci e Caterina Calia, come da procura a margine della comparsa di costituzione.

KOINE S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Pescara, Via V. n. 25, presso lo studio dell'Avv. Alfonso Vasile, rappresentata e difesa unitamente e disgiuntamente dagli Avv. ti Giusep-

pe Tucci e Caterina Calia, come da procura a margine della comparsa di costituzione.

ITALHOLDING S.R.L. in liquidazione, in persona del liquidatore pro tempore, con sede in Bari, elettivamente domiciliata in Pescara, Via V. n. 25, presso lo studio dell'Avv. Alfonso Vasile, rappresentata e difesa unitamente e disgiuntamente dagli Avv. ti Giuseppe Tucci e Caterina Calia, come da procura a margine della comparsa di costituzione.

D. S. G., residente in Santeramo in Cole (BA), elettivamente domiciliato in Pescara, Via V. n. 25, presso lo studio dell'Avv. Alfonso Vasile, rappresentato e difeso unitamente e disgiuntamente dagli Avv. ti Giuseppe Tucci e Caterina Calia, come da procura a margine della comparsa di costituzione.

– **convenuti** –

OGGETTO: Azione di responsabilità ex art. 2947 e seg. c.c.

CONCLUSIONI

All'udienza di discussione del 24.11.2008 le parti hanno discusso e concluso come da relativo processo verbale d'udienza (da intendersi quivi integralmente richiamato e ritrascritto).

FATTO E SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Si premette in forma riassuntiva ed attraverso l'implicito richiamo (legittimato dall'art. 16 D.lgs. n. 5 del 2003) agli elementi di fatto riportati dalle parti

nei rispettivi atti processuali, che A. R. R. e D. P. A. – con l'atto di citazione del 23.5.06, introduttivo del presente giudizio – hanno intrapreso l'azione di responsabilità ex artt. 2497/2497 septies c.c. e seg. c.c. nei confronti degli odierni convenuti, assumendo che:

- Erano stati soci – dalla fine dell'anno 2000 sino al marzo dell'anno 2005 – della KOINÈ S.A.S. (già KOINÈ S.R.L.) la quale – a far data dal 1992 – era stata parte (quale affiliata) di una serie di contratti di franchising stipulati con la NATUZZI S.P.A. (quale affiliante) ed aventi ad oggetto la vendita al pubblico (in una serie di punti vendita siti in Abruzzo ed in Marche) di prodotti per l'arredamento (nella specie, di divani con il marchio Divani & Divani).
- A partire dall'anno 2000, tuttavia, la affiliante NATUZZI S.P.A. – approfittando del penetrante potere di direzione attribuitole (a loro dire) dai predetti contratti di affiliazione commerciale nei confronti della affiliata KOINÈ – aveva iniziato a tenere nei confronti di quest'ultima (imponendole una serie di “accordi vessatori e irragionevoli”) – delle condotte illecite perchè volte, da un lato, a salvaguardare il proprio esclusivo interesse economico e, dall'altro e correlativamente, a ledere profondamente l'integrità patrimoniale della controparte la quale – per effetto di quelle abusive condotte – era stata costretta a “farsi carico di tutta una serie di costi ed oneri”.

Gli attori specificavano che tali condotte illecite, poste in essere dalla affiliante NATUZZI S.P.A. in aperta violazione delle previsioni negoziali del contratto di franchising ed attraverso l'esercizio "abusivo" del "potere di direzione unitaria" che quel contratto le conferiva nei confronti della affiliata KOINÈ S.R.L., erano consistite, in particolare:

- a) Nella "imposizione" alla affiliata di politiche promozionali dei prodotti finali (concretatesi nella imposizione alla affiliata ora di praticare alla clientela sconti promozionali, pari a circa il 10%, sui prezzi di listino delle merci, ora – in alternativa – di eseguire vendite dei prodotti al cd. "tasso zero", caratterizzate – in particolare – dalla concessione agli acquirenti di una dilazione di pagamento della merce, ora di offrire in omaggio dei costosi gadgets ai visitatori dei punti vendita della affiliata) i cui "ingentissimi costi" (ricostruiti e quantificati, nella perizia stragiudiziale allegata agli atti nella misura di euro 1.455.997,19) venivano a gravare esclusivamente sulla affiliata.
- b) Nella "imposizione" alla affiliata "della quantità, dei colori e dei modelli di merce" da esporre e vendere (da parte di quest'ultima) nei propri punti vendita, con la conseguente costrizione della stessa (in spregio all'art. 8 del contratto di affiliazione, per il quale era la affiliata a poter scegliere i prodotti da ordinare in base ad una campionatura proposta dall'affiliante) a subire dalla NATUZZI S.P.A. "la pianificazione finanziaria e la definizione delle strategie commerciali" volute da quest'ultima e con la conseguente imposizione alla affiliata di ulteriori "ingentissimi" costi (per rinnovazione periodica degli allestimenti dei propri "punti vendita" e per la necessità di vendere con sconti considerevoli la merce prima esposta quando questa era divenuta – secondo le decisioni commerciali della affiliante – "obsoleta") pari (secondo la quantificazione contabile operata nella citata perizia stragiudiziale allegata agli atti) a circa euro 3.376.226,30.
- c) Nella "imposizione" alla affiliata della apertura (a spese esclusive di quest'ultima) di due nuovi punti vendita (rispettivamente ad Ascoli Piceno ed a Fermo) con conseguente imposizione alla stessa di sostenere i relativi, ulteriori esborsi (per incremento del personale dipendente e per canoni di locazione) pari ad euro 177.542,00.
- d) Nella "imposizione" alla affiliata dei costi (risultati complessivamente pari ad euro 40.000,00) per la "formazione del personale", la quale invece per contratto (giusta la clausola di cui all'art. 13) avrebbero dovuto gravare sulla affiliante.
- e) Nella "imposizione" alla affiliata dei costi (risultati complessivamente pari ad euro 307.368,51) per le riparazioni dei prodotti risultati difettosi e vendutile dall'affiliante (la quale ne avrebbe dovuto garantire la "bontà").

f) Nella “imposizione” alla affiliata dei costi (risultati complessivamente pari ad euro 20.000,00 e che per l’art. 13 del contratto avrebbero dovuto invece gravare sull’affiliante) per l’acquisto dei cataloghi illustrativi dei prodotti commercializzati e da distribuire alla clientela.

g) Nella “imposizione” alla affiliata dei costi (risultati complessivamente pari ad euro 50.000,00 e che per l’art. 16 del contratto avrebbero dovuto invece gravare sull’affiliante) per la progettazione degli interni dei locali punti vendita della affiliata

Tanto premesso, gli attori denunciavano che:

- La “confessata finalità” della affiliante NATUZZI S.P.A. (sottesa sin dall’origine alla sua azione) era quella di “svilire il valore dell’azienda” della affiliata KOINÈ S.R.L. e “di acquistarla al minor prezzo possibile”, attraverso la strategica imposizione alla stessa – dalla fine dell’anno 2000 in poi ed “avvalendosi anche della presenza di clausole contrattuali che limitavano la circolazione delle partecipazioni sociali” della KOINE stessa – di “aggravare lo stato di dissesto dell’affiliato, senza consentirgli di svincolarsi: ciò che aveva portato la Natuzzi ad acquisire i negozi che erano di Koinè ed i soci di quest’ultima a cedere a prezzo vile (alla ITALHOLDING S.R.L.) le proprie quote.”
- Una tale continuativa condotta illecita, attuata – a partire dalla fine dell’anno 2000 – in spregio del canone gene-

rale di buona fede, si era perpetuata sino al marzo 2005, quando gli attori – a causa del tracollo economico in cui la KOINÈ era stata dolosamente trascinata dalla NATUZZI S.P.A. con le summenzionate abusive imposizioni (dirette in primis da D. S. G., in qualità di Vicepresidente operativo della franchisor) – erano stati costretti a cedere alla ITALHOLDING S.R.L. (società controllata interamente dalla NATUZZI S.P.A.) – le proprie quote possedute nella KOINÈ S.R.L.

- Tali comportamenti integravano un abuso di direzione contrattuale e – di conseguenza – costituivano violazione del precetto di cui all’art. 2497 c.c. in forza del quale “le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell’interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione causata all’integrità del patrimonio della società”.
- L’abuso di direzione unitaria sanzionato dalla norma di cui sopra e di cui si era resa colpevole la società convenuta tipizzava una condotta illecita “comunque ascrivibile allo schema della responsabilità da fatto illecito di cui all’art. 2043 c.c.”.

- Il danno ingiusto (ex artt. 2043/2497 c.c.) nella specie riportato dagli attori (e di cui questi quivi chiedevano il ristoro) in conseguenza della condotta illecita della affiliante consisteva nella lesione del diritto alla redditività ed al valore della partecipazione sociale della affiliata ed ammontava – come documentato da apposita perizia tecnica contabile allegata agli atti – ad euro 5.417.134,00. Tutti i convenuti si costituivano (e tra questi anche la NACON S.P.A., quale società incorporante – giusto atto pubblico del 27.7.06 – la KOINE S.R.L.) eccependo – in rito – la nullità per genericità dell’avverso atto di citazione, l’incompetenza territoriale del Giudice adito (essendo asseritamente competente il Tribunale di Bari quale foro convenzionale pattuito nei contratti di affiliazione in questione) nonché l’inapplicabilità alla fattispecie controversa del rito societario “azionato” dagli attori ed assumendo nel merito:
 - Il difetto di legittimazione attiva degli attori in quanto non (più) soci della KOINÈ S.R.L.
 - L’intervenuta prescrizione della avversa azione risarcitoria.
 - L’infondatezza degli avversi addebiti di responsabilità e di mala gestio e la piena legittimità del proprio operato negoziale.
 - La riconducibilità della crisi economica della affiliata KOINÈ (per la quale gli attori, nel corso dell’anno 2005, si erano determinati a cedere al giusto prezzo alla ITALHOLDING S.R.L. la società KOINÈ) ad uno sfavorevole andamento del mercato del settore e non già a comportamenti abusivi di sorta di alcuno.
- La sussistenza in capo a detta cessionaria di un credito di euro 101.900,00 verso gli attori (di cui si chiedeva in via riconvenzionale il pagamento) quale somma corrispondente all’ammontare delle minusvalenze/passività e dei ratei di ferie e permessi asseritamente accertati dalla cessionaria nella contabilità della società ceduta successivamente alla cessione e che – per esplicita pattuizione ivi contenuta – avrebbero dovuto essere coperti dai cedenti.
- La sussistenza di una responsabilità degli attori per essere rimasti nella illegittima detenzione (pur dopo avere ceduto le proprie della KOINÈ S.R.L.) dell’intera documentazione contabile della società ceduta (documentazione che gli attori stessi avevano allegato agli atti di causa).
- La sussistenza dei presupposti della responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c. delle controparti, tanto verso le società convenute, quanto verso D. S. G. (Vice Presidente della NATUZZI S.P.A.), per avere attribuito a questi una asserita ma inesistente condotta truffaldina volta al depauperamento della affiliata, così cagionando loro danni patrimoniali, morali nonché alla reputazione personale e commerciale.
- La conseguente sussistenza dei presupposti per la condanna “anche ex

art. 96 c.p.c.”. degli attori (condanna richiesta in via riconvenzionale) al pagamento a titolo risarcitorio in favore di NATUZZI S.P.A della somma di euro 8.000.000.000 (di cui euro 3.000.000.000 per danni patrimoniali ed euro 5.000.000.000 per danni non patrimoniali), in favore di D. S. G. della somma di euro 4.000.000.000 (di cui euro 2.000.000.000 per danni patrimoniali ed euro 2.000.000.000 per danni non patrimoniali).

Il processo proseguiva attraverso lo scambio di molteplici memorie e repliche, all’esito del quale il Giudice designato – in ragione della persistenza dei convenuti nel coltivare l’eccezione preliminare di incompetenza territoriale – riteneva opportuno sollecitare innanzi al Collegio il contraddittorio delle parti sul punto.

Veniva fissata a tal fine al 11.6.2007 la udienza di discussione orale collegiale, al cui esito il Tribunale – in ragione della complessità della predetta questione preliminare – riteneva opportuno trattenerne subito la causa in decisione per decidere con sentenza – preliminarmente a qualsivoglia delibazione di merito – sulla questione medesima.

Con sentenza non definitiva del 19.9.2007 il Tribunale rigettava per infondatezza la eccezione di incompetenza territoriale sollevata dai convenuti e (con separata ordinanza) rimetteva la causa in istruttoria al fine di espletare CTU contabile per la verifica tecnica della fondatezza o meno della domanda riconvenzionale della convenuta, conte-

stualmente ritenendo superflua ed irrilevante ogni ulteriore attività istruttoria.

Acquisiti gli esiti della predetta CTU contabile, il processo proseguiva – dopo il rituale scambio di memorie conclusionali tra le parti – alla udienza collegiale del 24.11.2008.

All’esito il Collegio tratteneva la causa in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Gli attori – con l’atto di citazione introduttivo del presente giudizio – hanno intrapreso (come detto) l’azione di responsabilità ex artt. 2947 /2497 septies c.c. nei confronti degli odierni convenuti, assumendo che:

- Erano stati soci – dall’anno 2000 al marzo dell’anno 2005 – della KOINÈ S.A.S. (già KOINÈ S.R.L.).
- La KOINÈ S.A.S – a partire dal 1992 – era stata parte (quale affiliata) di una serie di contratti di franchising stipulati con la NATUZZI S.P.A. (quale affiliante) ed aventi ad oggetto la vendita al pubblico di prodotti per l’arredamento (nella specie divani con il marchio Divani & Divani).
- A partire dall’anno 2000, tuttavia, la affiliante NATUZZI S.P.A. – approfittando del penetrante potere di direzione attribuitole (a loro dire) dai predetti contratti di affiliazione commerciale nei confronti della affiliata KOINÈ – aveva iniziato a tenere nei confronti di quest’ultima (in attuazione di un premeditata strategia, ed attraverso l’imposizione di una se-

- rie di “accordi vessatori e irragionevoli”) delle condotte “dolosamente” illecite e dannose per la affiliata in quanto volte, da un lato, a salvaguardare il proprio esclusivo interesse economico e, dall’altro e correlativamente, a ledere profondamente l’integrità patrimoniale della controparte la quale – per effetto di quelle abusive condotte – era stata costretta a “farsi carico di tutta una serie di costi ed oneri”.
- La finalità ultima (ed originaria) della NATUZZI S.P.A. – sottesa sin dall’origine alla decisione della stessa di imporre alla KOINÈ, nell’esercizio abusivo del potere di “direzione unitaria” che il contratto di franchising (a loro dire) conferiva alla prima nei confronti della seconda – era quella di “aggravare lo stato di dissesto dell’affiliato, senza consentirgli di svincolarsi: ciò che aveva portato la Natuzzi ad acquisire i negozi che erano di Koinè ed i soci di quest’ultima a cedere a prezzo vile le proprie quote.”
 - Una tale continuativa condotta illecita, attuata in spregio del canone generale di buona fede, integrava violazione del precetto di cui all’art. 2497 c.c.
 - L’abuso di direzione unitaria sanzionato dalla norma di cui sopra e di cui si era resa colpevole il franchisor (sotto la direzione strategica del suo Vice Presidente D. S. G.) integrava una condotta illecita “comunque ascrivibile allo schema della responsabilità da fatto illecito di cui all’art. 2043 c.c.”.
 - Il danno ingiusto (ex artt. 2043/2497 c.c.) nella specie riportato dagli attori (e di cui questi quivi chiedevano il ristoro) in conseguenza della condotta illecita della affiliante consisteva nella lesione del diritto alla redditività ed al valore della partecipazione sociale della affiliata ed ammontava – come documentato da apposita perizia tecnica contabile allegata agli atti – ad euro 5.417.134,00.
- Tanto premesso, deve in primo luogo rilevarsi la infondatezza delle eccezioni preliminari con cui i convenuti hanno dedotto da un lato la nullità (per asserita indeterminatezza) della citazione introduttiva del giudizio (avendo questa – per contro – dato ampia motivazione delle ragioni in fatto ed in diritto addotte per suffragare le rivendicazioni risarcitorie ivi avanzate, tanto da consentire ai convenuti di spiegare altrettanto analitiche difese di merito: cfr. ex multis Cass. Sez. 2, Sentenza n. 4828 del 07/03/2006; Cass. sentenze 19/3/2001 n. 3911; 28/11/1997 n. 12009; 12/1/1996 n. 188) e – dall’altro – la inapplicabilità alla fattispecie del rito societario prescelto dagli attori (dovendosi invece ritenere che tanto l’asserito rapporto di coordinamento societario tra KOINE e NATUZZI – nel cui ambito si sarebbe perpetrato, a dire degli attori, l’illecito “controllo contrattuale” di cui è causa – quanto la forzosa e “truffaldina” vendita a terzi delle quote della KOINÈ detenute dagli attori siano riconducibili nell’alveo di quei “rapporti societari”, di quei “trasferimenti delle partecipazioni socia-

li” e di quegli “altri negozi aventi ad oggetto le partecipazioni sociali o i diritti inerenti” che l’art. 1 del D.lgs. n. 5/03 demanda al rito ivi disciplinato).

Passando quindi all’esame del merito della causa, risulta preliminare ad ogni ulteriore delibazione (alla luce della richiamata prospettazione attorea) l’esame del contenuto dei contratti di affiliazione che legarono la KOINÈ alla NATUZZI, senza soluzione di continuità, dal 1992 in poi e nell’ambito della cui esecuzione la seconda – avvalendosi dell’asserito potere di direzione e di coordinamento della prima che quei contratti le conferivano – avrebbe posto in essere (a far data dalla fine dell’anno 2000) quel disegno strategico di “svilire il valore dell’azienda” del franchisee per poi “acquistarla (nel marzo 2005) al minor prezzo possibile”.

Orbene, con tali contratti, NATUZZI (affiliante), quale “titolare dei diritti di utilizzo e di sfruttamento commerciale del marchio “DIVANI & DIVANI” per la distribuzione in franchising di divani e di complementi d’arredo”, aveva concesso alla KOINE S.R.L., titolare di una licenza di vendita al dettaglio di tale tipologia di merci, “il diritto di rivendere in nome e per conto proprio gli articoli delle collezioni “DIVANI & DIVANI”, come periodicamente indicatigli dall’affiliante, la disponibilità, oltre che delle merci, di un insieme di servizi di assistenza e consulenza, il diritto di utilizzare ed esporre presso i suoi punti vendita l’insegna “DIVANI & DIVANI” [...] nonché una licenza non cedi-

bile dei propri segni distintivi da usare secondo quanto disposto in contratto” (cfr. l’art. 1 [“Oggetto”] dei testi contrattuali allegati agli atti).

Prendendo in esame esclusivamente i contratti di affiliazione stipulati ovvero eseguiti dall’anno 2000 in poi (posto che gli attori denunciano – come detto – che il comportamento “negoziale” della convenuta, ineccepibile sino a quell’anno, sarebbe divenuto strategicamente abusivo e scorretto dalla fine dell’anno 2000 sino al marzo 2005: cfr. l’atto di citazione; cfr. pag. 29 della memoria di replica attorea depositata il 13.10.06), deve osservarsi come essi prevedevano (per quanto qui interessa):

- Un diritto di esclusiva dell’affiliante verso l’affiliato (cfr. l’art. 3: “Esclusiva di prodotto”: “L’affiliato si obbliga ad acquistare, esporre e vendere esclusivamente articoli forniti e/o proposti dall’affiliante o da fornitori da lui autorizzati e dietro sua indicazione [...]”).
- Il diritto dell’affiliante di definire e proporre all’affiliato (tenendo conto delle caratteristiche e delle esigenze del mercato nella zona di esclusiva territoriale) le campionature dei prodotti facenti parte della collezione “DIVANI & DIVANI” e nel cui ambito l’affiliato avrebbe ordinato, secondo le procedure indicategli dall’affiliante, i prodotti facenti parte di detta collezione (cfr. l’art. 4).
- La possibilità (e non già l’obbligo) per l’affiliante di seguire – nella rivendita dei prodotti sul mercato – i

- prezzi consigliatigli dall'affiliante (cfr. l'art. 5: "[...] L'affiliato riceverà periodicamente, a cura dell'affiliante, il listino dei prezzi d'acquisto dei prodotti ed il listino dei prezzi di vendita consigliati").
- Il dovere dell'affiliato, "nella gestione del punto vendita, di attenersi alle procedure e politiche uniformi del franchising "DIVANI & DIVANI" prescritte nel presente contratto o indicate di volta in volta dall'affiliante" (cfr. l'art. 9: Gestione del punto vendita"),
 - L'obbligo per l'affiliato di eseguire e di sostenere "interamente a suoi oneri e spese" tutte le opere edili necessarie per la agibilità nonché "l'allestimento e l'arredamento dei punti vendita" (cfr. l'art. 10: Allestimenti).
 - Il diritto dell'affiliante, "al fine di armonizzare le azioni pubblicitarie e lo sviluppo dell'immagine del marchio" di "pianificare e di decidere le politiche pubblicitarie e le attività promozionali in ambito nazionale, sia riguardo alla natura dei mezzi da impiegarsi, al momento, alla durata ed al contenuto del messaggio".
 - L'obbligo per l'affiliato di "sostenere adeguatamente il punto vendita nel territorio di esclusiva con iniziative pubblicitarie o promozionali locali, in armonia con le politiche pubblicitarie dell'affiliante, anche in relazione alla natura dei mezzi da impiegarsi, alla durata ed al contenuto del messaggio" (cfr. l'art. 11: Pubblicità).
 - Il conseguente obbligo per l'affiliato di "farsi carico delle campagne pubblicitarie a livello locale e dei costi promozionali quali, a mero titolo esemplificativo, buoni sconto, gadgets, oneri relativi ai finanziamenti per il credito al consumo etc., nonché la pubblicità di lancio secondo le direttive che l'affiliante, alla luce della sua esperienza, vorrà fornirgli" e "con investimenti pubblicitari in ogni caso almeno pari al 5% del budget delle vendite al pubblico al netto di tasse e di ogni altra imposta" (cfr. l'art. 11: Pubblicità).
 - L'obbligo per l'affiliato che volesse porre in essere "eventuali attività pubblicitarie o promozionali" di sottoporle "al preventivo vaglio e consenso dell'affiliante", attività che, "se autorizzate", sarebbero state "realizzate a cura e spese dell'affiliato" (cfr. l'art. 11: Pubblicità).
 - L'obbligo per l'affiliato di "partecipare e far partecipare il proprio personale di vendita ai corsi di formazione" organizzati a cura e spese dell'affiliante (cfr. l'art. 12: Formazione).
 - Il patto di non concorrenza dell'affiliato verso l'affiliante per tutta la durata del contratto e per un anno dal suo scioglimento (cfr. l'art. 14: "Gli affiliati [...] si impegnano, per tutta la durata del contratto e per un anno dal suo scioglimento, a non fabbricare o vendere divani e poltrone uguali o simili a quelli distribuiti dalla catena "DIVANI & DIVANI", obbligandosi a non svolgere, direttamente o indirettamente, da soli, in società

con altri o per interposta persona, attività di concorrenza con l'affiliante. In particolare, non potranno agire sia nella zona di esclusiva che al di fuori di questa, direttamente o indirettamente, nella veste di affiliato, concessionario rivenditore, commissionario, agente, nell'interesse di altre catene di distribuzione o affiliazione commerciale dello stesso settore, in qualunque modo esse siano configurate [...]" né adibire gli ex punti vendita alla "esposizione, vendita e/o distribuzione di divani e poltrone di qualsiasi tipo [...]"

- La durata di sei anni del rapporto, con rinnovazione tacita dello stesso alla scadenza, salva espressa disdetta di una delle parti (cfr. l'art. 15).
- Una clausola risolutiva espressa relativa ad una serie di inadempimenti ivi tipizzati (cfr. l'art. 16) tra i quali "il mancato raggiungimento di un limite annuo" (concordemente predefinito nel contratto stesso) "di acquisti dei prodotti in collezione".
- Il diritto di prelazione dell'affiliante sia nel caso in cui l'affiliato avesse voluto "cedere o affittare l'azienda commerciale di cui al presente contratto, ovvero di cedere il negozio o il contratto di locazione relativo al medesimo", sia nel caso in cui l'affiliato fosse una persona giuridica ed un socio di quest'ultima avesse voluto cedere quote di capitale o di azioni (cfr. l'art. 17: Prelazione).
- In tale ipotesi, inoltre (e qualora l'affiliante non avesse inteso avvalersi di

una tale prelazione), da un lato il diritto del franchisee di manifestare o meno il gradimento del terzo interessato all'acquisizione e dall'altro il divieto per il franchisee stesso di rifiutare il gradimento "se non per giustificati motivi" (cfr. l'art. 17: Prelazione).

Tanto premesso in ordine al contenuto dei contratti di affiliazione commerciali summenzionati, è opportuno segnalare, in ordine agli stessi, che:

- Il contratto di "franchising" o di affiliazione commerciale tra due società costituisce – in generale – espressione del principio di libertà di iniziativa economica privata garantito dagli artt. 1321/1322 cod. civ. e – ancor prima – dall'art. 41 Cost, il quale consente e tutela l'aggregazione e l'affiliazione e comunque la collaborazione di imprese (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 8376 del 20/06/2000).
- Il contenuto (prima richiamato) dei contratti di franchising in concreto stipulati tra NATUZZI S.P.A. e KOINE S.R.L. è perfettamente lecito (né gli attori qui ne contestano la illiceità) e quindi non contrario – di per sé – ai "principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale" di cui all'art. 2497 c.c. quivi invocato dagli attori (quale che sia il significato che si vuole assegnare a tale, nuova, clausola generale).
- Le clausole negoziali su cui gli attori fondano l'accusa alla affiliante NATUZZI S.P.A. di avere "ingessato" la affiliata KOINÈ S.R.L. in una "gabbia blindata" che impediva a quest'ul-

- tima di svincolarsi sono – invero – clausole normativamente tipizzate (perché legittime) per altre svariate tipologie di contratti (ad esempio del contratto di agenzia e del contratto di somministrazione, con riferimento al patto di non concorrenza ed al diritto di esclusiva, ovvero dello stesso contratto di franchising nel suo contenuto “tipizzato” dal Legislatore, con la Legge n. 129/04 [Norme per la disciplina dell’affiliazione commerciale] con riferimento alla durata minima del rapporto di affiliazione stipulato a tempo determinato: cfr. l’art. 3 della legge citata; per il riconoscimento a livello comunitario del fatto che la concessione di vendita in cd. “affiliazione commerciale”, con obbligo per il concessionario – come nella specie – ad un fatturato annuo minimo, non costituisce una intesa vietata dall’art. 85 Trattato CE cfr. già Corte di Giustizia CEE 25.10.1977).
- Gli attori stessi – nel riconoscere espressamente che il rapporto di affiliazione (di cui ai citati contratti) si era “svolto in termini accettabili per entrambi i contraenti sino al 2000” (cfr. pag. 2 della prima memoria di replica depositata il 13.10.08) e nell’aggiungere (cfr. pag. 15 della seconda memoria di replica, depositata il 1.12.06) che “non è qui in discussione la validità o l’efficacia di contratti di distribuzione” – confermano la piena liceità del regolamento negoziale concordato nel testo dei contratti medesimi.
 - Del resto non è di certo priva di rilievo la considerazione del fatto che il richiamato contenuto di quei contratti (oggi quivi espressamente qualificato dagli attori come “gabbia blindata” gravemente sconveniente per la affiliata KOINÈ: cfr. pag. 7 della memoria di replica depositata il 13.10.06: “I contratti erano tutt’altro che “convenienti” mentre ne è stato normale lo svolgimento sin quando la NATUZZI non ha forzato, nei termini vietati dagli artt. 2497 c.c., le pesanti clausole ivi contenute”) fosse invero stato oggetto (all’epoca) da parte della KOINÈ e dei suoi soci di reiterate e rinnovate adesioni (evidentemente per coeve ragioni di reputata convenienza oggi sconfessate).
- È quindi pacifico che gli attori, in coerenza con i richiamati presupposti della fattispecie di responsabilità di cui all’art. 2497 septies c.c. dagli stessi quivi invocata:
- Non denunciano alcun profilo di invalidità, di inefficacia o di illegittimità dei contratti di affiliazione summenzionati (né di alcuna delle clausole ivi pattuite con la controparte) i quali – di conseguenza – devono ritenersi (in questa sede) perfettamente validi ed efficaci.
 - Non avrebbero potuto, peraltro, quivi proficuamente denunciarne alcun profilo di invalidità, di inefficacia o di illegittimità, non avendone la “legittimazione attiva” (in quanto meri [ex]soci della affiliata KOINÈ e quindi privi della veste di “controparte negoziale” della prima).

- Non deducono l’inadempimento del contratto di franchising da parte della affiliata né esercitano alcuna ulteriore azione contrattuale, la quale (peraltro) sarebbe stata riservata – giusta la relativa clausola del negozio di affiliazione – alla competenza territoriale esclusiva del Tribunale di Bari (cfr. quanto già osservato al riguardo nella sentenza non definitiva del 19.9.07).
- Deducono per contro l’illiceità del comportamento continuativo della NATUZZI S.P.A. che – “abusando, in occasione” dello svolgimento del rapporto di franchising in questione, del penetrante potere di direzione attribuitole (a loro dire) dai predetti contratti di affiliazione commerciale nei confronti della affiliata KOINÈ S.R.L. – avrebbe violato i più generali principi di corretta gestione imprenditoriale della affiliata e di buona fede.
- Pongono quindi ad espresso fondamento (causa petendi) della spiegata domanda di ristoro pecuniario (petitum) non già la specifica violazione di una obbligazione contrattuale bensì il principio del *neminem laedere*, in una prospettiva in fatto ed in diritto nella quale il rapporto negoziale di franchising tra le due compagnie societarie (franchisor e franchisee) assurge a mero presupposto estrinseco (a “base” per usare la terminologia di cui all’art. 2497 septies c.c.) del fatto illecito dedotto in giudizio (costituito dallo “scorretto” e

“doloso” esercizio del potere contrattuale a danno della controparte).

Così individuati i fatti costitutivi addotti dagli attori a sostegno (causa petendi) dell’azione di responsabilità da loro esperita nel presente giudizio nei confronti dei convenuti, è opportuno esaminare i riferimenti normativi della fattispecie.

L’art. 2497 c.c. (“Responsabilità”) stabilisce: “Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell’interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all’integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell’attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette” (I comma). “Risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio” (II comma). “Il socio ed il creditore sociale possono agire contro la società o l’ente che esercita l’attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento” (III comma). “Nel caso di fallimento, liqui-

dazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l'azione spettante ai creditori di questa è esercitata dal curatore o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario" (IV comma).

Il successivo art. 2497 septies c.p.c. ("Coordinamento tra società") aggiunge: "Le disposizioni del presente capo si applicano altresì alla società o all'ente che, fuori dalle ipotesi di cui all'articolo 2497 sexies, esercita attività di direzione e coordinamento di società sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti".

La responsabilità della società o dell'ente scaturisce – quindi – ove ricorrano:

- a) l'attività di direzione e coordinamento;
- b) la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale;
- c) l'agire nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui;
- d) il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione e/o la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società;
- e) il nesso di causalità.

L'azione può essere promossa dal socio o dal creditore che abbiano subito il pregiudizio sopra indicato e che non siano stati soddisfatti dalla società soggetta a direzione unitaria (art. 2497, comma 3, c.c.).

È prevista, inoltre, la responsabilità da concorso che si estende anche a chi "abbia consapevolmente tratto benefi-

cio", sia pure "nei limiti del vantaggio conseguito" (art. 2497, comma 3, c.c.).

La responsabilità non sussiste "quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette".

Nella sentenza non definitiva del 19.9.07 si è già sottolineato (ancorché ai limitati fini della motivazione del rigetto – ivi pronunciato – della eccezione dei convenuti di incompetenza territoriale del Tribunale adito) che dette norme:

- Sanzionano una condotta illecita ("esercizio di attività di direzione e coordinamento di società, agendo nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime") causativa a terzi di un danno ingiusto ("pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonchè nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società").
- Definiscono espressamente tale condotta illecita come "fatto lesivo".
- Legittimano all'azione risarcitoria (oltre ai soci della controllata, anche) soggetti (i creditori sociali della controllata) privi di qualsivoglia rapporto contrattuale con la "scorretta" controllante, conferendo quindi tutela extracontrattuale alle loro alle "aspettative di credito".
- Nell'ipotesi in cui la legittimazione all'esercizio dell'attività di direzione e

coordinamento di società derivi da “un contratto con le società medesime o da clausole dei loro statuti”, sanzionano non già il contratto bensì l’“abuso del contratto”, ossia il fatto illecito del “dannoso esercizio del potere contrattuale ai danni della controparte che quindi – in quel rapporto negoziale (altrimenti lecito) – può trovare il (mero) presupposto estrinseco.

- Tipizzano quindi con evidenza una ipotesi di fatto illecito ex art. 2043 e segg. c.c., il quale si risolve – in tutte le forme codificate nel nostro ordinamento civile (cfr. Cass. S.U. n. 576/2008 in motivazione; Cass. Sez. 3, Ordinanza n. 22586 del 2004 in motivazione) – nella descrizione di un nesso, che leghi storicamente un evento dannoso (nella specie la lesione della redditività e del valore della partecipazione sociale della società “controllata) ad un soggetto (il controllante) chiamato a risponderne sulla base di una condotta anti-giuridica (nella specie, l’aver perseguito un interesse proprio violando i principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale della controllata).

La considerazione della ratio della norma (individuabile nella volontà legislativa da un lato di sanzionare la società responsabile dell’abusivo esercizio del potere di direzione e di coordinamento perpetrato ai danni dell’altra società e dall’altro e correlativamente di tutelare il patrimonio di quest’ultima che sia stato lesa da quell’abusivo comportamento)

non consente di riservare (attraverso una interpretazione meramente letterale della norma) la legittimazione all’esercizio della relativa azione di responsabilità soltanto a colui che sia (al momento dell’esercizio di tale azione) ancora “socio” (ovvero creditore) della compagine societaria “scorrettamente etero-gestita” e di escluderla in capo a chi – in quel momento – ne sia ormai un “ex socio”: ciò che infatti fonda la legittimazione ad agire (anche) di quest’ultimo è unicamente la prospettazione (da parte dello stesso) della intervenuta consumazione (da parte della società “dominante” ed ai danni della società “subordinata”) del fatto illecito sanzionato dalla norma quando egli era socio di quest’ultima”, sì da averne subito (per l’effetto) le conseguenze patrimoniali dannose (ossia proprio quelle conseguenze che la nuova norma codicistica vuole risarcire al danneggiato).

Quanto alla legittimazione passiva della azione di responsabilità in esame, si condivide la posizione di autorevole dottrina per la quale la norma di cui al terzo comma dell’art. 2497 c.c. (per cui “il socio ed il creditore sociale possono agire contro la società o l’ente che esercita l’attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento”) pone soltanto un onere di preventiva escussione del patrimonio della società sottoposta all’altrui abusivo esercizio di direzione unitaria e non riguarda l’azione di cognizione.

Venendo all'esame più specifico dell'abuso di posizione di direzione contrattuale quivi invocato dagli attori, giova osservare che il legislatore, con una disposizione espressa (originariamente ricompresa nell'art. 2497-sexies poi consegnata, con il D.lgs. 37/2004, all'autonomo articolo 2497-septies) ha – come visto – disciplinato la fattispecie della direzione e coordinamento tra società esercitata sulla base di un contratto o di clausole statutarie.

Al riguardo, è utile ricordare che l'art. 2359 c.c. prevedeva già, accanto al controllo azionario, il controllo contrattuale, detto anche controllo esterno, che sussiste quando una società si trova sotto l'influenza dominante di un'altra per effetto di specifici vincoli contrattuali.

Ma l'attività di direzione e coordinamento si distingue, ed è un *quid pluris*, rispetto al mero esercizio del controllo, in quanto espressione di un potere di ingerenza più intenso rispetto al mero controllo.

Una consolidata elaborazione dottrinale ha da tempo segnalato l'elemento della direzione unitaria come tratto distintivo del gruppo rispetto al controllo.

La direzione è, dunque, nozione più ampia del controllo, che della prima è il genere prossimo.

Se è vero cioè che dalla presenza del controllo può inferirsi la sussistenza della direzione unitaria, è anche vero però che, trattandosi di presunzione *juris tantum*, può essere fornita la prova contraria, la quale non può che consistere, appunto, nella dimostrazione che, pur in

presenza del controllo, non sussistono tuttavia ulteriori elementi, tali da poter affermare l'esistenza anche della direzione unitaria.

Si tratta allora di individuare quale sia la "differenza specifica", quali siano cioè i tratti distintivi della fattispecie che, "addizionati" alla nozione di "controllo", concretano la nuova nozione normativa, fermo restando quanto si dirà in tema di direzione unitaria contrattuale.

L'attività di direzione è comunemente intesa come l'esercizio di una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa, cioè sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali.

L'attività di coordinamento è comunemente intesa come la realizzazione di un sistema di sinergie tra diverse società del gruppo nel quadro di una politica strategica complessiva, estesa all'"insieme" di società.

La direzione opera – potrebbe quindi dirsi – in senso verticale; il coordinamento in senso orizzontale.

Autorevole dottrina ritiene (correttamente ad avviso del Tribunale) che si tratti di un'endiadi di cui il tratto caratterizzante è la direzione unitaria, dovendo allora ammettersi la riconducibilità alla disciplina anche dell'attività esercitata su di un'unica società, non foss'altro perché, in tal caso, si configura comunque un'attività di coordinamento tra la società "dirigente" e la società "eterodiretta".

Onde appare legittimo poter concludere nel senso che per attività di direzione e di coordinamento debba intendersi l'esercizio di una pluralità sistematica e costante di incisione sulle scelte gestorie della società subordinata, cioè sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali.

Posto allora che la lettera dell'art. 2497-septies c.c. richiede sic et simpliciter – come detto – la prova dell'esercizio di direzione e coordinamento su base contrattuale (o di una conforme previsione statutaria), il problema allora si sposta alla individuazione di quali siano gli "indici" da considerare rivelatori di un esercizio di direzione e coordinamento anche su base contrattuale o statutaria.

Si è osservato in dottrina – in generale – che il potere di direzione ed il coordinamento delle varie imprese di matrice contrattuale sussista quando ad esempio una parte abbia ex contractu il potere di imporre alla controparte una determinata struttura finanziaria, ad esempio dettando dei requisiti minimi patrimoniali, ossia una data proporzione minima tra la dotazione di mezzi propri e quella di mezzi di terzi nell'impresa ma anche (sia pure per via indiretta) in altri rapporti contrattuali, dove ci si preoccupa non tanto della dotazione patrimoniale, quanto dell'equilibrio finanziario, cioè di una dotazione di risorse finanziarie coerente alle necessità e ai caratteri propri dell'attività d'impresa, e

quindi di una stabilità sostenibile nel tempo.

Anche la definizione ed imposizione delle strategie di mercato da perseguire per la società da parte del soggetto che risulta legato alla stessa solo da un rapporto contrattuale, ovvero sulla base di una clausola dello statuto sociale, sembra poter essere reputata un indice dell'esercizio di direzione e coordinamento da parte dello stesso soggetto.

Ciò che è certo (perché espressamente affermato dalla norma) è che il potere di una parte di dirigere e di coordinare l'altra parte debba trovare la propria "base" (rectius fonte, ex art. 1372 c.c.) nel contratto che lega l'una all'altra (cfr. l'art. 2497 septies c.p.c. "Le disposizioni del presente capo si applicano altresì alla società o all'ente che, fuori dalle ipotesi di cui all'articolo 2497 sexies, esercita attività di direzione e coordinamento di società sulla base di un contratto con le società medesime [...])".

La possibilità di configurare un esercizio del potere di direzione e coordinamento su base contrattuale implica – in altri termini e come rilevato da parte della dottrina – la necessità di individuare clausole contrattuali che attribuiscono ad uno dei contraenti il potere di incidere sulla politica di mercato dell'altro.

Così, ad esempio, la programmazione finanziaria deve essere intesa non come la semplice predisposizione di un progetto, che sia quindi suscettibile d'essere rivisto e modificato dall'altro centro d'imputazione prima di riceverlo nella propria impresa, ma come atto co-

gente, poiché l'esecuzione della decisione assunta risulta doverosa, anche se solo dal punto di vista contrattuale.

Un'evenienza del genere può realizzarsi frequentemente quando uno dei contraenti può determinare la politica dei prezzi dell'altro – come avviene di solito nei cc.dd. contratti di distribuzione posto che in una situazione del genere, la presenza e persino la posizione sul mercato della produzione dell'impresa è certamente soggetta contrattualmente all'attività dell'altra.

Pertanto, in tanto può validamente porsi un problema di riconducibilità di una qualsivoglia azione della “parte dirigente/coordinante” (di cui all'art. 2497 septies c.p.c.) verso la “parte etero-diretta/coordinata” ad una ipotesi di “mala gestio eteronoma” della prima ai danni della seconda (nel senso di cui all'art. 2497 c.c.), in quanto quella azione costituisca – per chi la “subisce” – l'effetto di una imposizione, ossia di un atto cogente dal punto contrattuale e non già (mancando il potere contrattuale di imporre in capo al contraente asseritamente “apicale”) di una libera scelta di autonomia privata dell'altro contraente.

Se invece quelle “direttive” non fossero (sulla base del contratto) coercibili da parte dell'un contraente nei confronti dell'altro, quest'ultimo che (ciò nonostante) vi si conformasse (evidentemente per le più disparate ragioni sottese al campo della opportunità e della discrezionalità imprenditoriale), lo farebbe sotto la propria responsabilità (rectius, nell'esercizio della propria autonomia

privata), assumendo come proprie, ad ogni effetto, le relative decisioni.

Onde lo stesso non potrebbe pretendere (a posteriori) di imputare alla controparte (e non al proprio “rischio d'impresa”) le conseguenze economiche e giuridiche di quelle scelte (non obbligate) di cui invece avrebbe dovuto e potuto valutare (previamente) la portata e gli effetti.

Il rilievo sembra essere condiviso dagli attori, i quali (infatti) fondano la propria pretesa giudiziale di sussumere nell'alveo della responsabilità di cui all'art. 2497 c.c. le condotte “abusive” e gli accordi irragionevoli” imputati alla NATUZZI S.P.A. proprio sull'assunto che questi furono “imposti” dalla stessa alla KOINE S.R.L. (che li dovette “subire”) in virtù (o meglio in “abuso”) del potere negoziale di cui al contratto di affiliazione.

Ma la esistenza di una posizione di direzione unitaria (di fonte negoziale) di una parte verso l'altra (nel senso prima richiamato) non è ovviamente sufficiente per addivenire ad un giudizio di responsabilità ex art. 2497 septies c.c. della prima verso la seconda, occorrendo invece la prova della sussistenza di comportamenti di “abuso” (nel significato “tipizzato” dall'art. 2697 c.c.) di quella posizione contrattuale, i soli suscettibili di convertire quella situazione – di per sé non illecita nel contesto della vigente disciplina codicistica (perché espressione della autonomia privata e della libertà di iniziativa economica privata) – nella condotta “non iure” causativa, in tesi,

del danno di cui si pretenda il risarcimento (cfr. in questi termini Cass. Sez. 1, Sentenza n. 12094 del 2001 anche in motivazione, con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 2359 c.c.).

La fattispecie di responsabilità di cui agli artt. 2497/2497 septies c.c. presuppone in particolare – come detto – la prova (a carico dell'attore che quivi la invoca) della esistenza “cumulativa” non solo della titolarità in capo alla contraente “dirigente/coordinante” – in forza (“in base”) di un dato contratto – di un potere di direzione e di coordinamento nei confronti della controparte negoziale etero/ diretta coordinata, ma anche degli ulteriori elementi prima richiamati:

- a) la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale;
- b) l'agire nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui;
- c) il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione e/o la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società;
- d) il nesso di causalità.

Dall'esame comparato dei superiori elementi “strutturali” della fattispecie di cui all'art. 2497 c.c. (dalla cui ricorrenza concorsuale deriva l'illiceità della “direzione unitaria contrattuale” ivi tipizzata) e dei principi generali in materia di responsabilità civile, della autonomia privata e della buona fede cd. “oggettiva” (cui quella fattispecie deve essere ricondotta) discende quindi che:

- Non è sufficiente (ai fini del riconoscimento della responsabilità civile di cui si discute) che una qualche con-

dotta della parte “dirigente/coordinante” (posta in essere sulla base della relazione negoziale con la “eterodiretta/coordinata” ed in attuazione del potere negoziale di direzione in questione) sia stata destinata al perseguimento di un esclusivo interesse della prima (ovvero di terzi): una siffatta condotta, infatti, non sarebbe antiggiuridica (perché – appunto – non lesiva di un interesse altrui).
 – è invece necessario (perché quella condotta si colori di antiggiuridicità) che il perseguimento di quell'interesse da parte della “dirigente/coordinante” sia incompatibile con gli interessi della “eterodiretta/coordinata”, sì da risultare (di conseguenza) da un lato contrario al dovere della prima di gestire con correttezza il proprio potere negoziale sulla seconda (“mala gestio” ex art. 2497 c.c.) e, dall'altro (e parimenti di conseguenza), causativo a quest'ultima (come effetto immediato e diretto ex artt. 1223/2056 c.c.) di un pregiudizio (“danno ingiusto” ex art. 2043 c.c.) alla redditività ed al valore della propria partecipazione sociale (per la pacifica affermazione, da parte della giurisprudenza di legittimità e con riferimento alla materia delle “invalidità negoziali”, del principio per cui “al fine di ravvisare un conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato suscettibile di invalidare il contratto concluso dal primo ex art. 1394 cod. civ. – non è sufficiente che il rappresentante persegua interessi

propri o di terzi, ma è necessario che il rappresentante persegua interessi propri o di terzi incompatibili con quello del rappresentato, da dimostrare non in modo astratto od ipotetico ma con riferimento al singolo atto o negozio che, per le sue intrinseche caratteristiche, consenta la creazione dell'utile di un soggetto mediante il sacrificio dell'altro di talché all'utilità conseguita o conseguibile dal rappresentante per sè medesimo o per il terzo, segua o possa seguire il danno del rappresentato", cfr. ex multis Cass. Sez. 1, Sentenza n. 25361 del 17/10/2008; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 23300 del 08/11/2007; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 3630 del 17/04/1996).

- Infatti, soltanto il fatto di avere perseguito un interesse proprio che fosse (o apparisse) incompatibile con quello dell'altro legittimerebbe un rimprovero all'agente di avere agito in violazione del principio generale di buona fede nell'esecuzione del contratto, ossia (cfr. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 15669 del 13/07/2007; Cass. 2503/1991) senza "preservare gli interessi dell'altra parte" e – quindi – senza rispettare quel canone generale e solidaristico (ex art. 2 Cost.) di condotta che l'art. 2497 c.c. (nell'attribuire espresso rilievo alla violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale) vuole precipuamente tutelare.
- è altresì necessario (in diretta connessione con quanto appena rilevato) e

secondo la nota teorica della colpa, che la dannosità di quella condotta della "controllante/coordinante" nei confronti dell'interesse della "controllata/coordinata" (ovvero la potenziale dannosità di quella condotta, da intendersi come valutazione qualitativa ex ante in termini di ragionevole prevedibilità del danno)" emergesse già al momento della sua realizzazione (ossia ex ante), non potendosi altrimenti muovere alla contraente "forte" alcun rimprovero di scorretta ed abusiva gestione imprenditoriale della contraente "debole" per una azione che (nel momento in cui veniva posta in essere dalla prima) apparisse (ad esempio) favorevole per la seconda. È infatti noto che la prevedibilità ed evitabilità del danno costituiscono requisiti essenziali nel contesto dei criteri per l'imputazione a titolo di colpa e per giudicare la natura colposa della condotta: da qui la necessità che il fatto (con giudizio ex ante e con il parametro della conoscenza dell'uomo medio, ancorché che con riferimento alle condizioni concrete nelle quali la condotta è tenuta) sia prevedibile, perché ciò che è imprevedibile è anche, per definizione, non prevenibile (cfr. ex multis Cass. Sez. 3, Sentenza n. 11609 del 2005; Cass. 02/12/1996, n. 10723; Cass. 19/08/2003, n. 12124; Cass. 31/05/2003, n. 882.8). E, nel valutare se una siffatta dannosità (o potenziale dannosità) in concreto sussistesse, è doveroso tener conto che la conduzione di un'impresa di

regola non si estrinseca nel compimento di singole operazioni, ciascuna distaccata dalla precedente, bensì nella realizzazione di strategie economiche destinate spesso a prender forma e ad assumere significato nel tempo attraverso una molteplicità di atti e di comportamenti (Cass., Sez. I 24. agosto 2004 n. 16707). Sicchè è perfettamente logico che anche la valutazione di quel che potenzialmente giova, o invece pregiudica, l'interesse della società non possa prescindere da una visione generale: visione in cui si abbia riguardo non soltanto all'effetto patrimoniale immediatamente negativo di un determinato atto di gestione, ma altresì agli eventuali riflessi positivi che ne siano eventualmente derivati (o ne possano eventualmente derivare) in conseguenza della partecipazione della singola società ai vantaggi che quell'atto abbia arrecato al gruppo di appartenenza (Cass, Sez. I 24. agosto 2004 n. 16707 la quale correttamente evidenzia come una siffatta eventualità sia oggi espressamente considerata in una disposizione del novellato art. 2497 c.c. – non però direttamente applicabile a fattispecie realizzatesi in epoca anteriore all'entrata in vigore del D.lgs. n. 6 del 2003 – per la quale “non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato a seguito di operazioni a ciò dirette”).

– Infine, posto che in tema di responsabilità civile aquiliana, il nesso causale è regolato dal principio di cui agli artt. 40 e 41 cod. pen., per il quale un evento è da considerare causato da un altro se il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo, nonché dal criterio della cosiddetta causalità adeguata, sulla base del quale, all'interno della serie causale, occorre dar rilievo solo a quegli eventi che non appaiano – ad una valutazione “ex ante” – del tutto inverosimili, non sarà sufficiente che tra l'antecedente (nella specie, la condotta abusiva della società contraente “dirigente”) ed il dato consequenziale (nella specie, il concreto depauperamento della società contraente eterodiretta) sussista (ex post) un mero rapporto di sequenza “naturalistica”, occorrendo invece che tale rapporto integrasse ex ante, secondo un calcolo di regolarità statistica, gli estremi di una sequenza possibile, per cui l'evento appaia come una conseguenza non imprevedibile di quell'antecedente (cfr. per tutte Cass. cfr. Cass. Sez. U, Sentenza n. 576 del 11/01/2008; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 11609 del 31/05/2005; Cass. 26/03/2004).

In sintesi: il rapporto contrattuale di cui all'art. 2497 septies c.c può assumere esterno rilievo giuridico (di responsabilità civile per contrarietà a buona fede) soltanto quando dà luogo a direttive della parte contrattuale “forte” che – in quanto scorrettamente pregiudizievoli (nel senso sopra precisato) per la parte

contrattuale “subordinata” – escono dagli altrimenti insindacabili confini dell’autonomia privata e della discrezionalità delle “scelte societarie”.

Ed (ovviamente) la sussistenza dei summenzionati presupposti della fattispecie aquilana di cui è causa costituisce l’oggetto dell’onere della prova di colui (la parte attrice) che la invoca, essendo al riguardo noto che:

- Giusta la testuale previsione di cui all’ art. 2697 c.c. “chi vuoi far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento” comma 1. “Chi eccepisce l’inefficacia di tali fatti – precisa il successivo comma 2 del cit. art. 2697 c.c. – ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l’eccezione si fonda”.
- è evidente, pertanto che in tanto il giudice è tenuto a verificare se “colui che eccepisce l’inefficacia” dei fatti invocati dall’attore (a fondamento della propria pretesa) ha adempiuto il proprio onere probatorio con conseguente rigetto della sua eccezione, in quanto – previamente – abbia accertato che l’attore ha adempiuto il proprio onere probatorio (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 13390 del 08/06/2007).
- In altri termini, l’onere del convenuto di dimostrare l’inefficacia dei fatti invocati dalla controparte sorge esclusivamente dopo che l’attore ha dimostrato la esistenza “dei fatti che costituiscono il fondamento” del diritto fatto valere in giudizio (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 13390 del 08/06/2007).

Così disegnata la cornice giuridica della fattispecie, la soluzione del caso concreto segue de plano.

La considerazione della natura extracontrattuale dell’azione esercitata dagli attori consente innanzitutto lo scrutinio della eccezione preliminare dei convenuti di prescrizione del diritto al risarcimento dei danni “azionato” dalle controparti.

Si deve al riguardo premettere che gli attori hanno quivi esercitato – per loro stessa prospettazione (vd. supra) – una azione aquilana con riferimento ad un fatto illecito cd. “permanente”, ossia a comportamenti lesivi non esauriti uno actu (a differenza dei cd. illeciti istantanei) ma perduranti nel tempo (quali nelle specie quelli posti in essere dal franchisor – a loro dire – nella quinquennale direzione contrattuale abusiva della franchisee), la cui durata è posta dagli attori stessi in un rapporto di consequenzialità immediata e diretta con la produzione (lesione progressiva del patrimonio della franchisee) e con l’aggravamento del danno (rischio di insolvenza della franchisee e consequenziale vendita “forzosa” della stessa a prezzo vile).

È noto che la caratteristica degli illeciti permanenti è di dare luogo ad un diritto al risarcimento, che sorge in modo continuo, e che in modo continuo si prescrive, se non esercitato entro cinque anni dal momento in cui si produce (cfr. ex multis Cass. Sez. 2, Sentenza n. 12647 del 26/05/2006; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 16564 del 25/11/2002)

Il diritto al risarcimento del danno può, in tali ipotesi di illecito permanen-

te, essere perciò esercitato immediatamente, mano a mano che il danno si verifica, e quindi si prescrive giorno per giorno dopo cinque anni dal giorno in cui ogni successiva frazione di danno si produce (artt. 2935 e 2947, primo comma, cod. civ.: Cass. Sez. 3, Sentenza n. 16564 del 2002; Cass. 16 novembre 2000 n. 14861; Cass. 17 febbraio 1997 n. 1439; Cass. 19 luglio 1995 n. 7867).

Ne consegue che il diritto stesso si prescrive per il periodo anteriore al quinquennio dalla domanda giudiziale o dall'atto di messa in mora (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 25983 del 29/10/2008).

Nella specie, posto che – secondo la stessa prospettazione attorea – le condotte “continuative” addebitate (“a far data dalla fine dell’anno 2000”) alla controparte” (e continuate, “senza soluzione di continuità, sino a marzo 2005”) sarebbero state connotate (nello stesso momento in cui venivano di volta in volta poste in essere) sia da manifesta “antigiuridicità” (perché “abusivamente” ed apertamente violative dei coevi patti contrattuali scritti di affiliazione) sia (e per l’effetto) da altrettanto manifesta ed “illecita dannosità” per la società KOINÈ e per i soci della medesima (perché ingiustamente ponenti a carico della affiliata costi non dovuti ex contractu), questi ne avrebbero potuto denunciare sin dall’inizio la (progressiva) illiceità; ne consegue l’applicabilità nel caso di specie della prescrizione quinquennale ex art. 2947 cod. civ per i soli danni patrimoniali maturati prima del maggio 2001, vale a dire oltre il quinquennio

dalla data della notifica ai convenuti della domanda giudiziale di cui è processo (cfr. Cass. 14861/2000; Cass. N. 7867/95); tale domanda costituisce infatti – in mancanza di qualsivoglia allegazione e prova contraria da parte degli attori (cfr. il vuoto di deduzioni presente al riguardo nella memoria del 13.10.03 di replica alla avversa comparsa di risposta) – il primo atto interruttivo della prescrizione del diritto di risarcimento di cui si discute.

Considerato tuttavia che le molteplici condotte abusive denunciate dagli attori si collocano a loro dire (oltre che tra la fine del 2000 ed il maggio 2001, anche) da quest’ultima data sino al marzo 2005, è evidente che rispetto ad esse l’azione aquiliana (instaurata con atto di citazione del 23 maggio 2006) risulta esercitata nel relativo termine prescrizione e – di conseguenza – deve essere scrutinata nel merito.

Passando quindi al merito della vicenda, si osserva che la considerazione comparata delle contrapposte deduzioni delle parti e delle acquisite risultanze processuali porta il Tribunale ad escludere la fondatezza di tutte le domande risarcitorie avanzate dagli attori, per la ritenuta non ravvisabilità nelle condotte quivi addebitate dagli attori ai convenuti (e da questi negate) di alcun connotato di antigiuridicità.

Si è detto che, secondo la esplicita prospettazione resa dagli attori (ex soci della affiliata), la NATUZZI S.P.A. – abusando del potere negoziale di direzione e di coordinamento della KOINÈ

S.R.L che i contratti di affiliazione commerciale (a loro dire) le conferivano ed in attuazione di un originario disegno (risalente alla fine dell'anno 2000) di depauperare la affiliata, al fine di costringerla poi (come sarebbe avvenuto nel marzo 2005) a cederle le quote sociali ad un prezzo vile – avrebbe per un quinquennio (dal 2000 al 2005) costretto la affiliata a subire (in totale spregio delle previsioni del contratto di affiliazione e con l'originario "dolo specifico" di cui si è detto) una serie di condotte vessatorie consistite, in particolare:

- a) Nella "imposizione" alla affiliata (attraverso indiscriminate politiche promozionali dei prodotti finali da vendere sul mercato ed in attuazione di un disegno originario volto a portare "sul lastrico" la affiliata stessa, per poi costringerla a vendere a prezzo vile la propria azienda alla affiliante) di vendere sul mercato i beni (oggetto della affiliazione) a prezzi sottocosto, rivelatisi assolutamente dannosi per la affiliata perché ne avrebbero eroso i margini di guadagno.
- b) Nella "imposizione" alla affiliata (in spregio all'art. 8 del contratto di affiliazione, per il quale era la affiliata a poter scegliere i prodotti da ordinare in base ad una campionatura proposta dall'affiliante) "della quantità, dei colori e dei modelli di merce" da esporre e vendere nel punto vendita;
- c) Nella "imposizione" alla affiliata della apertura (a spese esclusive di quest'ultima) di due nuovi punti vendita, rispettivamente ad Ascoli Pi-

ceno ed a Fermo, con conseguente imposizione alla stessa di sostenere ulteriori esborsi (per incremento del personale dipendente e per canoni di locazione) pari ad euro 177.542,00.

- d) Nella "imposizione" alla affiliata dei costi (risultati complessivamente pari ad euro 40.000,00) per la "formazione del personale" che invece per contratto (giusta la clausola di cui all'art. 13) avrebbero dovuto gravare sulla affiliante.
- e) Nella "imposizione" alla affiliata dei costi (risultati complessivamente pari ad euro 307.368,51) per le riparazioni dei prodotti risultati difettosi e vendute dall'affiliante (il quale ne avrebbe dovuto garantire la "bontà").
- f) Nella "imposizione" alla affiliata dei costi (risultati complessivamente pari ad euro 20.000,00 e che per l'art. 13 del contratto avrebbero dovuto invece gravare sull'affiliante) per l'acquisto dei cataloghi illustrativi dei prodotti commercializzati e da distribuire alla clientela.
- g) Nella "imposizione" alla affiliata dei costi (risultati complessivamente pari ad euro 50.000,00 e che per l'art. 16 del contratto avrebbero dovuto invece gravare sull'affiliante) per la progettazione degli interni dei locali punti vendita della affiliata.

Ma dall'esame del contratto e della stessa prospettazione attorea sopra menzionata emerge invero che:

- Il contratto di franchising non dava alla affiliante alcun potere contrattuale (del cui esercizio abusivo quivi

si possa discutere) di “imporre” alla affiliata la misura dei prezzi a cui vendere sul mercato i beni oggetto del contratto di affiliazione; il contratto – infatti – attribuiva alla affiliante soltanto la facoltà di “consigliare” alla affiliata i prezzi di vendita “al dettaglio” di quei beni (cfr. il già richiamato art. 5: “[...] L’affiliato riceverà periodicamente, a cura dell’affiliante, il listino dei prezzi d’acquisto dei prodotti ed il listino dei prezzi di vendita consigliati”).

- Il contratto di franchising non dava alla affiliante alcun potere contrattuale (del cui esercizio abusivo quivi si possa discutere) di “imporre” alla affiliata la quantità, dei colori e dei modelli di merce “da esporre e vendere nel punto vendita: la circostanza – oltre che documentale (cfr. il contenuto degli accordi negoziali di cui si discute) è espressamente denunciata dagli attori, che denunciano la contrarietà di una tale condotta rispetto alle previsioni di cui all’art. 8 del contratto di affiliazione.
- Il contratto di franchising non dava alla affiliante alcun potere contrattuale (del cui esercizio abusivo quivi si possa discutere) di “imporre” alla affiliata la apertura di due nuovi punti vendita in Marche (la circostanza è parimenti pacifica perché documentale: cfr. il contenuto degli accordi negoziali di cui si discute).
- Il contratto di franchising non dava alla affiliante alcun potere contrattuale (del cui esercizio abusivo quivi

si possa discutere) di “imporre” alla affiliata i costi (tanto meno quelli indiscriminati denunciati dagli attori) per la “formazione del personale” (cfr. la clausola di cui all’art. 13 del contratto; cfr. la richiamata denuncia attorea di violazione – nell’”imporli” – della citata clausola), ovvero i costi per l’acquisto dei cataloghi illustrativi dei prodotti commercializzati e da distribuire alla clientela (cfr. la clausola di cui all’art. 13 del contratto; cfr. la richiamata denuncia attorea di violazione – nell’”imporli” – della citata clausola) ovvero i costi per la progettazione degli interni dei locali punti vendita della affiliata (cfr. l’art. 16 del contratto; cfr. la richiamata denuncia attorea di violazione – nell’”imporli” – della citata clausola).

- Il contratto di franchising non dava alla affiliante alcun potere contrattuale (del cui esercizio abusivo quivi si possa discutere) di “imporre” alla affiliata di riparare a proprie spese i prodotti difettosi venduti dalla prima alla seconda.

È quindi un dato pacifico (perché – come detto – dato documentale) che il contratto di affiliazione di cui è causa (che gli attori hanno espressamente prospettato come fonte, in capo alla NATUZZI S.P.A. – del potere [di direzione verso la KOINE S.R.L.] del quale hanno denunciato l’esercizio “abusivo” ex artt. 2497/2497 septies c.c.) non conferiva in realtà alla prima (NATUZZI S.P.A.) il potere (appunto negoziale) di “imporre” alla seconda (KOINE S.R.L.)

quei comportamenti (l'aprire nuovi punti vendita in Marche; il vendere i beni ai propri clienti al prezzo "dannoso" determinato dalla affiliante; il sostenere i costi per l'acquisto dei cataloghi illustrativi ovvero i costi per la "formazione del personale" etc) che (a dire degli attori) avrebbero condotto il franchisee (il quale sarebbe stato costretto – ex contractu – a subirli "passivamente") al progressivo tracollo economico.

Ne consegue allora, con evidenza, che gli attori infondatamente censurano (e – significativamente – solo a posteriori) come condotte ed accordi asseritamente imposti dalla NATUZZI alla KOINE S.R.L. "sulla base" (ex art. 2497 septies c.c.) dell'esercizio abusivo del potere negoziale conferito alla prima verso la seconda dai contratti di affiliazione di cui si è detto, condotte ed accordi che in realtà la NATUZZI non aveva (giuste le previsioni degli accordi scritti di affiliazione) alcun potere contrattuale di imporre alla KOINE S.R.L.

Cade quindi – con evidenza – il perentorio assunto degli attori per cui la KOINÈ S.R.L. doveva subire passivamente – per effetto del contratto di affiliazione – le altrui disastrose imposizioni commerciali (cfr., per la relativa deduzione degli attori, pag. 11 della memoria di replica depositata il 13.10.06: "[...] La verità è che si è imposta a KOINÈ [...] l'adesione alle campagne pubblicitarie ed alle altre iniziative, senza che KOINE potesse, per il ben noto meccanismo contrattuale obiettare alcunché, con costi, che costi-

tuiscono i danni de quibus agitur, documentalmente comprovati").

Onde il fatto che la KOINÈ li abbia accettati (pur non essendo in alcun modo negozialmente – e quindi giuridicamente – ex art. 1372 c.c. vincolata a farlo) ed il fatto che la stessa non abbia preteso il rispetto delle originarie pattuizioni negoziali (in punto di attribuzione alla affiliante della mera facoltà di consigliare alla affiliata i prezzi di vendita della merce al pubblico, in punto di distribuzione dei costi dei cataloghi, dei costi della progettazione, dei costi della formazione del personale, della scelta dei beni da esporre in vendita etc) a suoi dire violate con quelle "imposizioni", riconduce inevitabilmente quelle azioni imprenditoriali (l'aver aperto due nuovi punti vendita marchigiani; l'aver venduto sul mercato ai prezzi sotto costo indicatile dall'affiliante, l'aver assunto il costo delle ulteriori attività sopra menzionate) nell'alveo di una libera scelta di autonomia privata (posto che "tertium non datur") non sindacabile a posteriori (in mancanza, come nella specie, di deduzioni – da una delle parti contrattuali – di vizi della volontà attribuibili alla altra).

Se infatti quelle direttive non erano coercibili da parte della NATUZZI S.P.A., la KOINÈ che (ciò nonostante) vi si sia conformata, lo ha fatto sotto la propria responsabilità (rectius, nell'esercizio della propria libertà contrattuale), assumendo come proprie, ad ogni effetto, le relative decisioni.

Appurato che il (contenuto del) contratto di affiliazione non attribuiva a

NATUZZI S.P.A. alcun potere di imporre alla KOINÈ (e – correlativamente – a quest’ultima, alcun dovere di subire) le condotte o gli “irragionevoli accordi” quivi a posteriori censurati, NATUZZI S.P.A. non spiega in alcun modo in forza di quale ulteriore titolo o “fatto” (ulteriore rispetto ai contratti di affiliazione, il cui contenuto era – come detto – “neutro” al riguardo) queste condotte abusive e questi irragionevoli accordi le potessero essere (comunque) “imposte” (evidentemente “extra-contratto”), sì da non poter essere sussunte (pur nell’ambito di una comune strategia “di gruppo”) nell’alveo delle scelte imprenditoriali della KOINÈ.

In particolare gli attori, pur avendo perentoriamente prospettato (come dichiarati fatti costitutivi della spiegata azione risarcitoria verso NATUZZI e verso gli altri convenuti) che tutte le azioni commerciali compiute dalla affiliata KOINE S.R.L. (dalla fine dell’anno 2000 al marzo del 2005) e di cui quivi si censura la devastante dannosità economica per la stessa furono imposte a questa dalla NATUZZI, tuttavia non hanno mai indicato sulla base di quale potere della NATUZZI (che – come detto – non era in alcun modo previsto nei contratti di affiliazione) né sulla base di quali altre e specifiche situazioni di fatto (tali non potendo essere considerate quelle non meglio identificate “imposizioni” o “pressioni” oggi addebitate alla controparte):

– “KOINE era obbligata a vendere le merci ai clienti al prezzo” voluto dalla

NATUZZI (cfr. pag. 12 della citazione; cfr. il relativo vuoto di allegazioni al riguardo; vd. infra la “parallela” genericità dei capitoli di prova testimoniale formulati al riguardo dagli attori);

– “NATUZZI impose a KOINE di aprire due nuovi punti vendita rispettivamente in Ascoli Piceno e Fermo” (cfr. pag. 16 della citazione; vd. infra il relativo vuoto di allegazioni al riguardo; cfr. la “parallela” genericità dei capitoli di prova testimoniale formulati al riguardo dagli attori);

– NATUZZI impose a KOINE di sostenere il costo dei cataloghi illustrativi della merce” (cfr. pag. 19 della citazione; cfr. il relativo vuoto di allegazioni al riguardo; vd. infra la “parallela” genericità dei capitoli di prova testimoniale formulati al riguardo dagli attori);

– KOINE doveva subire le “imposizioni NATUZZI che rendevano impossibile la riduzione dei costi [...]” (cfr. pag. 23 della citazione; cfr. il relativo vuoto di allegazioni al riguardo; vd. infra la “parallela” genericità dei capitoli di prova testimoniale formulati al riguardo dagli attori);

– NATUZZI “ha obbligato KOINE S.R.L. a farsi carico di tutta una serie di costi ed oneri: attività promozionali, allestimenti/expò, apertura dei punti vendita di Ascoli e Fermo, costi per la formazione del personale, costi per cataloghi, costi per la progettazione dei punti vendita [...]” (cfr. pag. 45 della citazione; cfr. il relativo vuoto di allegazioni al riguardo; vd.

infra la “parallela” genericità dei capitoli di prova testimoniale formulati al riguardo dagli attori);

- KOINÈ dovette accollarsi i maggiori costi imposti da NATUZZI” (cfr. pag. 5 della memoria di replica depositata il 13.10.06).
- “NATUZZI aveva costretto KOINÈ ad aprire il negozio di VASTO” (cfr. pag. 6 della memoria di replica depositata il 13.10.06).

Invero gli attori – peraltro per la prima volta nella memoria di replica depositata il 13.10.06 (cfr. pag. 8) – “chiariscono” che la KOINÈ S.R.L. fu costretta “ad accettare di sostenere” (ossia a vedersi imporre) quegli “ingenti e non dovuti costi” perché (ed in ciò, testualmente, doveva rinvenirsi “il fondamento della [loro: ndr] pretesa”) se essa non avesse accettato, sarebbe fallita, viste le clausole di gradimento, di esclusiva e di non concorrenza ivi pattuite in favore di NATUZZI (cfr. pag. 10 della memoria ultima citata: “[...] È infatti possibile avvedersi come i convenuti non riescano a contestare quello che appare essere il fondamento della pretesa: e cioè che, avendo NATUZZI imposto alla KOINÈ [che, date le clausole di gradimento, di esclusiva e di non concorrenza, non aveva altra scelta se non accettare o fallire] ingenti e non dovuti costi, di tali somme si sia correlativamente (ed ingiustificatamente) impoverito il patrimonio della medesima a diretto vantaggio di NATUZZI stessa”).

L'assunto (per quel che è dato di capire) vuole quindi attribuire alla NA-

TUZZI un potere di fatto di direzione e coordinamento della KOINÈ, ossia un potere che sarebbe sorto in capo alla franchisor (nell'ambito del pluriennale rapporto di affiliazione all'epoca in essere tra le stesse) dal “ricatto” che quella avrebbe consumato ai danni della affiliata, approfittando della crisi economica di quest'ultima.

L'assunto – oltre ad essere risultato totalmente indimostrato (vd. *infra*) ed oltre ad avere scarsa tenuta logica (posto che l'accettare accordi “costosi ed irragionevoli” per non fallire sembra una contraddizione in termini, perché è facile obiettare, empiricamente, che – per non fallire – dovrebbe “forse” farsi l'opposto) – non regge (nella sua credibilità) ad una elementare “prova di resistenza” posto che, contrariamente ad esso, è agevole osservare che:

- KOINÈ aveva (al pari di ogni contraente) il diritto (*ex contractu*: cfr. l'art. 1372 c.c.) di esigere dalla controparte NATUZZI il rispetto del contratto (di affiliazione).
- KOINÈ, di conseguenza, aveva il diritto (*ex contractu*) di rifiutare che NATUZZI ponesse a suo carico costi che, in forza del medesimo contratto di affiliazione, avrebbero dovuto gravare su quest'ultima e che – in concreto – la avrebbero portato poi (secondo gli stessi attori) ad un rischio di fallimento.
- Tale diritto (alla corretta distribuzione dei costi tra affiliante ed affiliato come pattuita nei contratti scritti di affiliazione), non veniva (ovviamente)

in alcun modo escluso (né nella sua esistenza né nella sua possibilità di esercizio da parte dell'affiliato) dal fatto che in quel contratto fossero stati concordati patti di esclusiva di gradimento, e di non concorrenza in favore dell'affiliante; questi patti, avrebbero dovuto, per contro, portare la affiliata (già negozialmente vincolata da un contratto per sé "tutt'altro che conveniente", come gli attori hanno quivi dedotto) ad esigerne (a maggior ragione) il rispetto (e non a subirne già la altrui disinvolta e spregiudicata violazione) qualora la affiliante ne avesse preteso delle modifiche (evidentemente orali) peggiorative (rispetto ai contratti scritti di franchising) per la affiliata (nella parte in cui la gravavano di costi ulteriori rispetto a quelli ivi convenuti).

- KOINE aveva parimenti il diritto (ex contractu) di rifiutare di aprire due nuovi punti vendita (posto che il contratto di affiliazione non le imponeva alcun obbligo al riguardo)
- KOINÈ aveva altresì il diritto (ex contractu) che la NATUZZI si limitasse a consigliarle la misura del prezzo con cui vendere sul mercato i beni oggetto del franchising.
- KOINÈ aveva quindi il diritto (ex contractu) di rifiutare che la NATUZZI le imponesse quei prezzi di vendita al "dettaglio".
- Anche tali diritti non venivano (ovviamente) in alcun modo esclusi (né nella loro esistenza né nella loro possibilità di esercizio da parte dell'affi-

liato) dal fatto che in quel contratto fossero stati concordati patti di esclusiva di gradimento, e di non concorrenza in favore dell'affiliante.

Ne consegue che la affiliata KOINÈ – lungi dal trovarsi, rispetto alle pretese della NATUZZI di imporle "ingenti e non dovuti costi" di fronte alla drammatica alternativa se accettarle o (in mancanza di accettazione) fallire – invero:

- Aveva il potere di non accettare quelle dannose pretese.
- Aveva (anche) il dovere di non accettare quelle pretese (appunto, in quanto violative dei diversi intercorsi accordi scritti e per sé onerose).
- Aveva quindi la alternativa – non accettandole – (non già di fallire bensì) di evitare gli ingenti e non dovuti costi" che invece (proprio accettandole) si andava a "sobbarcare".

Il tutto ad ulteriore conferma, anche da tale prospettiva, che le azioni commerciali della KOINÈ (che gli ex soci di questa quivi vorrebbero imputare ad una imposizione "obbligata" della affiliante) devono ricondursi (in mancanza di obblighi di diritto o di fatto) nell'alveo di una libera scelta di autonomia privata della affiliata.

Inoltre il generico assunto attoreo del (non meglio identificato) "ricatto" di provocazione del fallimento della KOINÈ che la NATUZZI avrebbe consumato ai danni della prima, per ottenerne da questa la accettazione dei menzionati accordi vessatori è rimasto (oltre che inattendibile sul piano tanto della logica quanto delle diverse risultanze

documentali) anche (ed a fronte della recisa contestazione resa al riguardo dai convenuti) totalmente indimostrato.

Infatti, lo stesso difetto assoluto di allegazione degli strumenti attraverso i quali la NATUZZI avrebbe “imposto di fatto” (in mancanza – come detto – di un potere di imposizione giuridico ex contractu) alla KOINÈ S.R.L. di subire (per un quinquennio) “accordi vessatori ed irragionevoli” e di accollarsi “ingentissimi costi” in violazione del contratto si rinviene altresì (con le conseguenze processuali di inammissibilità per genericità) nella formulazione dei capitoli di prova testimoniale con i quali gli attori hanno preteso di fornire supporto probatorio ai loro assunti (cfr. le istanze di prova testimoniale richiamate nell’istanza di fissazione dell’udienza: “Vero che NATUZZI ...non consentiva [senza ulteriori specificazioni circa i mezzi con cui NATUZZI non consentiva: ndr] a KOINÈ la scelta dei prodotti da acquistare, ma ne imponeva [senza ulteriori specificazioni circa i mezzi con cui NATUZZI imponeva: ndr] l’acquisto con riferimento ai modelli ed alle quantità che essa Natuzzi unilateralmente determinava?” Vero che gli affiliati e la KOINÈ erano obbligati [senza ulteriori specificazioni circa le ragioni per le quali questi ultimi erano obbligati: ndr] a rinnovare i modelli acquistando quello che erano imposti da Natuzzi...? Vero che NATUZZI ha reiteratamente chiesto [circostanza neutra ai fini di causa, stante la assenza di qualsivoglia illiceità di una proposta: ndr] l’apertura di nuovi

punti vendita da parte degli affiliati...? Vero che...Natuzzi [ndr] si oppose fermamente [circostanza neutra ai fini di causa, stante la assenza di qualsivoglia illiceità nell’opporli] alla richiesta del Sig. A. R. R. di chiusura dei negozi di Fermo ed Ascoli, affermando che tali punti vendita si sarebbero potuti chiudere solo quando i negozi di San Benedetto e Civitanova fossero stati ampliati? [...]).per il principio per cui “la disposizione dell’art. 244 cod.proc.civ., con la quale è imposto alla parte di specificare i fatti da dedurre a prova in articoli separati, ha il duplice scopo di consentire all’avversario di formulare i capitoli di prova contraria indicando i propri testimoni e di dare modo al giudice di valutare se la prova richiesta sia concludente e pertinente, cfr. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 2201 del 31/01/2007; Cass. Sez. L, Sentenza n. 8924 del 11/09/1997; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 1938 del 24/02/1987; per il principio per cui, “specie in relazione a tale ultimo scopo, la norma in questione deve considerarsi di carattere cogente, sicché la sua inosservanza, da parte di chi propone la prova, determina l’inammissibilità del mezzo istruttorio che, ove erroneamente ammesso ed espletato, non potrà essere tenuto in considerazione dal giudice, cfr. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 2201 del 31/01/2007; Cass. Sez. L, Sentenza n. 8924 del 11/09/1997; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 1938 del 24/02/1987; per il principio per cui “la violazione del principio del contraddittorio dettato dall’art. 101 c.p.c., con riferimento al provvedimento

ammissivo di una prova, è ravvisabile quando sia stata assunta una prova relativa a una circostanza di fatto decisiva non dedotta neppure genericamente da una parte o quando il giudice, valendosi dei poteri discrezionali previsti dal codice di rito, abbia ammesso una prova di fronte alla quale una delle parti sia stata priva di ogni possibilità di concreta difesa istruttoria, cfr. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 2201 del 31/01/2007 anche in motivazione; per la applicazione di tale generale principio cfr. ex multis Cass. Sez. I, Sentenza n. 8924 del 11/09/1997 la quale ha ritenuto che “in materia di prova della prestazione di lavoro straordinario, è esente da vizi logici ed errori giuridici la valutazione del giudice di merito circa l’inammissibilità, in quanto generici e valutativi, di capitoli di prova testimoniale facenti riferimento, senza ulteriori precisazioni, a “cinque ore di lavoro straordinario” nei giorni da lunedì a venerdì e ad “otto ore al sabato”; cfr. Cass. Sez. 2, Sentenza n. 20682 del 26/10/2005 la quale ha ritenuto che “in materia di prova per testimoni della tempestività della denuncia dei vizi della cosa venduta, è esente da vizi logici ed errori giuridici la valutazione del giudice di merito circa l’inammissibilità, in quanto generico, di un capitolo di prova testimoniale che indichi i tempi in cui la denuncia sia stata operata con l’avverbio “immediatamente”, atteso che trattasi di espressione recante, anche in considerazione della brevità del termine di decadenza di otto giorni dalla scoperta dei vizi, un elevato margine di relatività; cfr.

Cass. Sez. 2, Sentenza n. 1824 del 18/02/2000 che nella specie ha confermato la decisione del giudice di merito che, in un’azione di manutenzione, aveva ritenuto inammissibile la prova testimoniale del possesso per essere stato il relativo capitolo di prova formulato dal ricorrente nel modo seguente.” Vero che ..., unendo il proprio possesso a quello dei loro danti causa, sono compossessori da oltre un ventennio in modo continuo, pubblico, pacifico, non equivoco ed esclusivo dei sottodescritti immobili...”; per il generale principio per cui ciò che non è versato tempestivamente nel “*thema decidendum*” non può essere dedotto solo in sede di “*thema probandum*”, (cfr. ex multis Cass. Sez. 2, Sentenza n. 19453 del 06/10/2005).

Ma quand’anche si volesse prescindere dal rilevato (e di per sé dirimente) difetto di allegazione (specifica) e di prova (ammissibile) dei fatti costitutivi delle domande attoree e quand’anche si volesse presumere che la NATUZZI avesse avuto il potere (giuridico o fattuale) di imporre alla KOINÈ gli accordi e le ulteriori condotte di mercato di cui gli attori oggi si dolgono, questi non potrebbero essere qualificati come accordi e condotte imposti dalla “affiliante” nel perseguimento di interesse proprio incompatibile con quello della affiliata e (addirittura – come specificamente dedotto dagli attori) con l’originario e specifico fine (dolo specifico) della prima di danneggiare irrimediabilmente la seconda per costringere (con lucida premeditazione) i soci di questa a dismettere a

prezzo vile alla affiliante le proprie quote sociali.

Infatti tutte quelle condotte e tutti quegli accordi (anche a volerli ritenere come coercitivamente “etero-imposti” dalla NATUZZI ALLA KOINE), apparivano (dalla comune “prospettiva di mercato” di franchisor e franchisee) come oggettivamente strumentali rispetto alla finalità di assicurare (nell’evidente comune interesse di entrambe le parti e salva, ovviamente, l’alea connaturata ad ogni attività commerciale di vendita di beni sul mercato) una maggiore “penetrazione e diffusione territoriale sul mercato” (allora pacificamente in “conclamata crisi”: cfr. per la relativa ammissione da parte degli attori pag. 4 e 11 della relativa memoria di replica depositata il 13.10.03) dei prodotti oggetto dei contratti di distribuzione; infatti non può non rilevarsi come da un lato rientri nello schema causale tipico del contratto di franchising il riconoscimento negoziale della titolarità in capo al franchisee della individuazione delle cd. tecniche di mercato e, dall’altro, che non possa nella specie (proficuamente) contestarsi il fatto che la apertura di nuovi punti vendita di quei prodotti in altri contesti territoriali, l’abbassamento dei prezzi di vendita degli stessi al dettaglio in un periodo di conclamata crisi di esso, la attenzione alla formazione delle capacità di marketing del personale addetto alla vendita al pubblico degli stessi, l’allettamento alla visita dei punti vendita con l’omaggio di gadgets ai visitatori, la reiterata attenzione del franchisor, allo stesso fine, per un rinnovo degli allesti-

mento dei prodotti esposti al pubblico dal franchisee etc. apparissero (da una prospettiva di marketing e pur nella inevitabile aleatorietà della risposta che avrebbe dato il mercato) funzionali (per usare la terminologia del legislatore ex art. 1 della legge n. 129/2004 citata) “alla migliore commercializzazione del prodotto” (e – con esso – all’incremento del fatturato di entrambe le società che ne sarebbe derivato).

La circostanza che si trattasse di condotte ed accordi oggettivamente strumentali (in un’ottica “di mercato” ed in coerenza con lo scopo tipico ed ultimo del contratto di franchising; cfr. l’art. 1 della legge n. 129/2004) al perseguimento del citato comune interesse imprenditoriale – con le conseguenze che ne derivano in termini di non qualificabilità degli stessi come comportamenti colpevoli, in mala fede e premeditati (ex artt. 2043/2497 c.c.) casualmente determinanti (ex artt. 40/41 c.p.) l’asserito depauperamento della affiliata (ex art. 2497 c.c.) – trova poi una ulteriore conferma storica e logica nel comportamento coevo tenuto in concreto da quest’ultima (id est dai suoi soci dell’epoca, ossia dagli odierni attori).

Questi infatti, ad inconfutabile conferma del fatto di condividere – all’epoca – (le scelte di mercato sottese a) quelle asserite “imposizioni” subite ininterrottamente dal 2000 al 2005:

– Non pretesero mai (né stragiudizialmente, né – prima della presente causa – giudizialmente) il rispetto delle clausole del contratto (scritto)

- di franchising di cui quelle decisioni imprenditoriali della affiliante avrebbero costituito (come gli stessi oggi quivi denunziano) aperta violazione (a conferma del fatto di non ritenerle evidentemente – all’epoca – dannose per i propri interessi).
- Non ne denunziarono mai (prima della instaurazione del presente giudizio) la abusività, la scorrettezza e la dannosità, benché le stesse – a loro dire (cfr. pag. 29 della memoria di replica depositata il 13.10.06) – avessero “avuto inizio alla fine dell’anno 2000, avessero assunto piena visibilità e concretezza in seguito e fossero proseguiti, senza soluzione di continuità, sino alla data dell’aprile 2005” (a conferma del fatto di non ritenerle all’epoca e in una strategia di mercato – dannose per i propri interessi).
 - Accettarono quelle decisioni imprenditoriali della affiliante, nonostante queste fossero – secondo la loro stessa prospettazione giudiziale – “violative” degli originari accordi (scritti) di affiliazione e nonostante che le stesse comportassero – a loro dire – ingentissimi costi a carico della affiliata (il tutto, a conferma del fatto di non ritenerle – all’epoca – dannose per i propri interessi).
 - Diedero esecuzione continuativa (nell’ambito del rapporto di durata di cui è causa) a quelle decisioni imprenditoriali della affiliante (a conferma del fatto di ritenerle – all’epoca – dotate di potenziale utilità economica per i propri interessi).
 - Stipularono nel 2003 (quindi, nel pieno delle asserite condotte abusive e fraudolente “permanenti” oggi addebitate alla controparte, dichiaratamente risalenti all’anno 2000 e protrattesi senza soluzione di continuità sino al marzo 2005) un nuovo contratto quinquennale di affiliazione (quello relativo all’apertura del nuovo punto vendita di Vasto) ad ulteriore conferma del fatto di non ritenere (all’epoca) fraudolenti e dannose le condotte della controparte oggi censurate (per la conferma della collocazione temporale nell’anno 2003 della effettiva stipulazione di tale contratto cfr. la relativa deduzione degli attori di cui a pag. 6 della memoria di replica depositata il 13.10.06).
 - Non si avvalsero mai della intervenuta scadenza tacita (nel 2004, e quindi, nel pieno delle asserite condotte abusive e fraudolente oggi addebitate alla controparte) di molti dei contratti di affiliazione che all’epoca (ed a loro dire) “li ingessavano” con la controparte e davano a questa occasione dell’abuso di potere di cui è causa, optando per contro per il rinnovo tacito degli stessi (ad ulteriore conferma del fatto di non ritenere – all’epoca – fraudolenti e dannose le condotte della controparte oggi censurate: cfr. infatti a pag. 6 della citata memoria di replica depositata il 13.10.06 come gli stessi attori attribuiscono alla convenuta – dolendosene – le disdette tacite, per mancato rinnovo, di alcuni rapporti di affiliazione; cfr. Cass. Sez.

1, Sentenza n. 12094 del 27/09/2001: nella specie, la S.C. ha confermato la decisione di merito che aveva respinto la domanda di risarcimento dei danni proposta, nei confronti di una società facente capo ad un noto stilista e dello stesso in proprio, da alcune società, asseritamente controllate dalla prima, che, su licenza di questa, producevano capi di abbigliamento con la griffe di detto stilista, al fine di far valere la responsabilità aquiliana della società pretesa controllante e del suo amministratore per avere, con il recesso dai contratti stipulati con le attrici, asseritamente concretando un abuso di posizione di controllo, provocato il dissesto delle stesse; nel confermare la decisione di merito di rigetto, la S.C. ha condiviso l'argomento valorizzato dalla Corte d'Appello per cui nella specie le società "erano libere di sciogliersi dai contratti con la contraente forte al termine di ciascun anno", onde le stesse dovevano imputare solo a sé la responsabilità di averne negoziato il rinnovo, effettuando una scelta imprenditoriale delle cui conseguenze economiche e giuridiche esse erano pienamente e perfettamente in grado di valutare la portata e gli effetti")

In conclusione: l'azione di responsabilità quivi esercitata dagli attori deve essere ritenuta (per tutte le ragioni sopra esposte) infondata e – per l'effetto – deve essere integralmente rigettata.

Deve essere parimenti rigettata anche la domanda con la quale la convenuta ITALHOLDING S.R.L. ha rivendicato

verso gli attori il pagamento del proprio asserito credito di euro 101.900,00 quale somma a suo dire corrispondente all'ammontare delle minusvalenze/passività e dei ratei di ferie e permessi asseritamente accertati dalla cessionaria nella contabilità della società ceduta successivamente alla cessione e che – per esplicita pattuizione ivi contenuta – avrebbero dovuto essere coperti dai cedenti, responsabili altresì della mancata consegna alla cessionaria dell'intera documentazione contabile della società ceduta.

Sul punto infatti è stata espletata analitica e circostanziata CTU (da intendersi per questo quivi integralmente richiamata e condivisa) la quale (anche all'esito del supplemento di perizia svolto per rispondere alle note critiche del CTP dei convenuti) ha escluso la fondatezza (alla luce della documentazione contabile debitamente scrutinata) di tutte le doglianze contabili della convenuta.

Risulta parimenti infondata la ulteriore domanda riconvenzionale con la quale i convenuti NATUZZI S.P.A. e D. S. G. hanno chiesto la condanna degli attori al risarcimento ex art. 96 c.p.c. dei danni patrimoniali e non patrimoniali (punto XIII.4 della comparsa di costituzione e risposta) asseritamente subiti in conseguenza della avversa lite temeraria che – del tutto infondatamente – avrebbe ascritto loro, negli atti processuali della presente causa – abusive e dolose condotte volte a depauperare il patrimonio della affiliata.

Si deve infatti riconoscere la riconoscibilità degli addebiti attorei di respon-

sabilità di cui i convenuti hanno quivi denunciato la ingiusta dannosità patrimoniale e non patrimoniale nell'alveo della fattispecie di cui all'art. 598 c.p.

L'art. 598 cod. pen. prevede – com'è noto – la non punibilità delle offese contenute negli scritti presentati dalle parti o dai loro patrocinatori dinanzi all'autorità giudiziaria.

La operatività della esimente presuppone – dunque (altrimenti la stessa non sarebbe una esimente) – la esistenza di una condotta lesiva della altrui reputazione (Cass pen Sez. 5, Sentenza n. 30439 del 16/06/2006).

La specialità dell'esimente è bensì segnalata dalla sua collocazione nel capo dei delitti contro l'onore. Ma soprattutto concerne l'esercizio del diritto delle parti nel processo (Cass. pen Sez. 5, Sentenza n. 40452 del 2004).

Al riguardo la Corte Costituzionale, nella sentenza 380/99, dichiarando infondata eccezione relativa alla mancata previsione dell'esimente circa il reato di oltraggio a magistrato in udienza, per quanto interessa ha precisato che “è possibile una interpretazione... che valorizzi elementi che riguardano la struttura del reato e le finalità dell'esimente e non la collocazione..., (per) le offese contenute in discorsi (o atti)... delle parti o dei loro patrocinatori davanti all'autorità giudiziaria... concernenti l'oggetto della causa...”

Quindi, non pare possa disconoscersi che l'art. 598 c.p. costituisce comunque un'applicazione estensiva del più generale principio posto dall'art. 51 c.p., in

quanto riconducibile all'art. 24 Cost. (Cass. pen. Sez. 5, Sentenza n. 6701 del 2006; Cass., sez. 2^a, 6 giugno 1966, Frasoni, m. 103016), e si fondi sul rapporto di strumentalità tra le frasi offensive e le tesi prospettate nell'ambito di una controversia giudiziaria.

L'art. 598, circoscritto l'interesse tutelato, lo correla direttamente alle attività dialettiche di parte, connesse con l'oggetto della causa in qualsiasi rito processuale (Cass. pen Sez. 5, Sentenza n. 40452 del 2004).

Ne consegue che i limiti di applicabilità dell'art. 598 c.p., comma 1 sono tutti nella funzionalità delle eventuali offese all'esercizio del diritto di agire in giudizio riconosciuto a chiunque dall'art. 24 Cost. (Cass. pen. Sez. 5, Sentenza n. 6701 del 2006).

La ragione dell'immunità giudiziale prevista dall'art. 598 cod. pen. sta nell'escludere la punibilità di quelle espressioni pronunciate nel corso di una vicenda giudiziaria, che pur riguardando l'oggetto della causa, siano esorbitanti rispetto alle necessità difensive, restino cioè estranee all'ambito dell'esercizio della difesa tutelato dall'art. 51 cod. pen. (Cass. Sez. 6, Sentenza n. 39934 del 30/09/2005).

Sicché la sola condizione di applicabilità della norma è che “le espressioni ingiuriose concernano, in modo diretto ed immediato, l'oggetto della controversia ed abbiano rilevanza funzionale per le argomentazioni poste a sostegno della tesi prospettata o per l'accoglimento della domanda proposta”

Si è al riguardo precisato che in questa prospettiva deve essere infatti risolta l'apparente contraddizione tra l'art. 89 c.p.c., che prevede il risarcimento del danno solo quando le frasi offensive non riguardino l'oggetto della causa, e l'art. 598 c.p., comma 2, che ammette il risarcimento anche quando le offese riguardano l'oggetto della causa.

Infatti il riferimento alle offese che non riguardano l'oggetto della causa contenuto nell'art. 89 c.p.c., va inteso come riferibile alle offese "non necessarie alla difesa", sebbene a essa non estranee. Mentre il riferimento alle "offese che concernono l'oggetto della causa" contenuto nell'art. 598 c.p. va inteso come riferibile a quelle offese che, pur non necessarie, siano comunque strumentali alla difesa. Sicché il nesso pur non necessario con l'oggetto della causa esclude comunque la punibilità del fatto; non esclude però il risarcimento dei danni quando tale nesso non sia indispensabile alla difesa (Cass. pen. Sez. 5, Sentenza n. 6701 del 2006).

Deve essere esclusa, al contrario, la necessità che le offese abbiano anche un contenuto minimo di verità, o che la stessa sia in qualche modo deducibile dal contesto, in quanto l'interesse tutelato è la libertà di difesa nella sua correlazione logica con la causa a prescindere dalla fondatezza dell'argomentazione.

Contrariamente a quanto avviene per l'esercizio del diritto di cronaca, ad esempio, non si richiede che le offese abbiano una base di veridicità, perché i fatti portati in giudizio sono per definizio-

ne controversi; e ciascuna parte ha per l'appunto il diritto di esporli al giudice secondo la sua prospettiva di interesse (Cass. pen. Sez. 5, Sentenza n. 6701 del 2006; Cass. pen, sez. 5[^], 23 settembre 1998, Lamendola, m. 214354, Cass., sez. 5[^], 4 aprile 2000, Tumbiolo, m. 217523).

Nè si richiede esplicitamente una particolare continenza espressiva, posto che un limite in proposito deriva appunto dalla necessità di una rilevanza delle offese in funzione difensiva (Cass. pen. Sez. 5, Sentenza n. 6701 del 2006).

Le stesse espressioni devono avere rilevanza funzionale per le argomentazioni poste a sostegno della tesi prospettata o per l'accoglimento della domanda proposta (Cass. pen Sez. 5, Sentenza n. 40452 del 2004; *idem*, n. 12057/98, Lamendola, 214354).

Ma la norma di esenzione, difatti, non prevede minimamente che la situazione prospettata (cioè, e si ribadisce l'equivoco, il fatto sottostante l'opinione) nell'arrecare offese avanti all'autorità giudiziaria debba avere fondamento, secondo un qualsiasi metro di oggettiva inconfutabilità, al di là di quella che si definisce la stretta relazione con la materia del contendere, ovvero la rammentata correlazione dialettica (Cass. pen Sez. 5, Sentenza n. 40452 del 2004); i l'esimente non è condizionata dalla necessità delle offese, mentre è sufficiente un collegamento logico causale (e v. già Cass., sez. 5[^], 12.10.70, P.M. c. Zà, in Giur. It. 1972, 2[^], 574, annotata Cass. pen Sez. 5, Sentenza n. 40452 del 2004).

Lo rammenta ancora il Giudice delle Leggi, nella sentenza 128/79, che ha dichiarato non fondata una questione di legittimità costituzionale del comma 1, allorché, spiegando la ratio della previsione, reca: “l’articolo prevede limiti soggettivi ed oggettivi ed ha carattere eccezionale... Tali limiti consentono di affermare... che la non punibilità...ha fondamento nella libertà di discussione delle parti contendenti sia nel caso di offesa strettamente necessaria, sia nel caso di offesa non necessaria che s’inserisce nel sistema difensivo dei procedimenti con funzione strumentale... La norma tutela la libertà di difesa, che sarebbe non efficiente e quindi non libera da preoccupazioni di possibili incriminazioni per offese all’altrui onore e decoro”.

Ciò che rileva (ai fini della operatività della esimente), è esclusivamente la collocazione di quelle offese nel contesto giudiziario, nel quale ha carattere decisivo la libertà di difesa, e la correlazione logica con la causa, dell’argomentazione che le reca, necessarie o non (e perciò, a fortiori, vere, o meglio fondate o non) che siano (Cass. pen Sez. 5, Sentenza n. 40452 del 2004).

E venendo al caso di specie, è evidente (in considerazione dei superiori principi) come la attribuzione processuale degli attori ai convenuti del fatto di avere attuato ai loro danni (rectius ai danni della KOINE di cui erano soci, al fine di impoverirla per poi acquistarla a prezzo vile e nel perseguimento di un programma premeditato) una politica imprenditoriale “abusiva”, “in spregio assoluto di ogni regola

di correttezza”, con “aggressivo, spregiudicato, subdolo e conseguentemente illegittimo comportamento”, attraverso “vessazioni” etc risulterebbe – anche a volerne riconoscere (come deducono i convenuti) valenza “offensiva” – senza dubbio strumentale a tutta la linea difensiva degli attori, ossia strumentale a motivare la invocata sussumibilità delle condotte negoziali di controparte nella fattispecie di abusivo e scorretto esercizio del potere contrattuale di direzione, contrario a buona fede di cui all’art. 2697 c.c.

Deve invece accogliersi (ancorché soltanto in parte) la domanda riconvenzionale con la quale la convenuta ITALHOLDING ha chiesto la condanna degli attori alla restituzione in proprio favore della documentazione della KOINÈ di cui questi ultimi hanno conservato la detenzione, pur non avendone più titolo a far data dalla loro uscita, avvenuta nel 2005, dalla citata compagine societaria; la persistenza di tale detenzione è infatti pacifica da un lato perché rivelata dal contenuto della perizia di parte attrice che sulla base anche di detta documentazione avrebbe quantificato le pretese risarcitorie degli attori e dall’altro perché non è stata in alcun modo contestata dagli attori (avendo infatti questi controdedotto sul punto – entro il cd. thema decidendum – soltanto che che detta “documentazione era stata posta a disposizione del Tribunale” ed era “comunque ormai datata”: cfr. pag. 38 della memoria di replica depositata il 13.1.06.

Tale domanda può tuttavia accogliersi soltanto per la parte relativa alla ri-

chiesta di restituzione dei documenti in originale specificamente individuati dal richiedente nella comparsa di risposta (ossia con riferimento ai soli contratti in originale costituiti dagli “ordini di commissione effettuati da Koinè in costanza del rapporto di franchising dai clienti finali”: cfr. pag. 92 della comparsa di risposta) e non anche con riferimento alla ulteriore (ma non meglio identificata) “documentazione amministrativa, contabile e societaria della KOINÈ: ciò da un lato per la assoluta genericità di una tale domanda e dall’altro per il fatto che la la esistenza di una tale ulteriore “abusiva detenzione documentale” è prospettata dagli stessi convenuti in via ipotetica (cfr. pag. 92/93 della comparsa di risposta: “Da quanto espressamente dichiarato dal Prof. Coladonato nella propria relazione [...] si ha motivo di ritenere che gli odierni attori siano ancora in possesso dei documenti contabili, fiscali e societari della KOINÈ [...]”

Deve poi rigettarsi – per assoluta genericità – la ulteriore domanda riconvenzionale con la quale la convenuta ITAL-HOLDING ha chiesto la condanna la condanna degli attori al risarcimento di (non meglio identificati) “danni patiti e patienti di natura patrimoniale e non patrimoniale” (asseritamente) subiti per avere gli attori illegittimamente continuato a detenere la citata documentazione.

È noto infatti che:

- Il nostro sistema di responsabilità civile e contrattuale è permeato dal principio della risarcibilità del (solo) danno effettivo che sia stato conse-

guenza diretta ed immediata dell’altrui comportamento illecito ovvero inadempiente.

- Ciò vuol dire che – mirando al risarcimento del danno alla reintegrazione del pregiudizio che determini una effettiva diminuzione del patrimonio del danneggiato, attraverso il raffronto tra il suo valore attuale e quello che sarebbe stato ove la obbligazione fosse stata esattamente adempiuta – ove diminuzione non vi sia stata (perdita subita e/o mancato guadagno), ovvero non sia stata provata in giudizio, il diritto al risarcimento non è configurabile (Cass. Sez. U, Sentenza n. 6572 del 2006 in motivazione).
- In altri termini, la forma rimediabile del risarcimento del danno opera solo in funzione di neutralizzare la perdita sofferta, concretamente, dalla vittima, mentre l’attribuzione ad essa di una somma di denaro in considerazione del mero accertamento della lesione, finirebbe con il configurarsi come somma-castigo, come una sanzione civile punitiva, inflitta sulla base del solo inadempimento, ma questo istituto non ha vigenza nel nostro ordinamento (Cass. Sez. U, Sentenza n. 6572 del 2006 in motivazione; per l’inesistenza nel nostro ordinamento dell’istituto dei cd. “danni punitivi” cfr. da ultimo Cass. sent. n. 1183 del 19.1.2007).
- Il giudice, in altri termini, non può mai sopperire all’onere di allegazione che concerne sia l’oggetto della do-

manda sia le circostanze in fatto su cui questa trova supporto (Cass. Sez. U, Sentenza n. 6572 del 24/03/2006 citata; Cass. S.U. n. 1099/98), trattandosi non già di un “danno in re ipsa”, bensì di “cd. danno-conseguenza” dell’altrui negligente condotta negoziale.

- Ne consegue che anche il ricorso al criterio equitativo per la liquidazione del danno patrimoniale previsto dall’art. 1226 cod. civ. presuppone sempre che il pregiudizio economico del quale la parte reclama il risarcimento sia (a differenza che nella specie) certo nella sua esistenza ed è consentito al giudice soltanto in presenza di una impossibilità ovvero di una oggettiva difficoltà per la parte interessata di provare l’esatto ammontare del danno, cfr. ex multis Cass. Sez. L, Sentenza n. 16992 del 18/08/2005).
- Nella specie, invece, la convenuta ITALHOLDING non ha mai indicato quali specifici danni patrimoniali essa avrebbe subito per l’altrui indebito trattenimento della (non meglio identificata) “documentazione amministrativa, contabile e societaria” della KOINÈ S.R.L.’ (cfr. il “vuoto” assoluto di allegazioni al riguardo), onde la relativa domanda deve essere – per ciò solo – integralmente rigettata.

Le spese processuali si compensano integralmente tra tutte le parti in ragione della loro reciproca soccombenza.

Le spese della duplice CTU si pongono invece interamente a carico della

ITALHOLDING S.R.L. risultata integralmente soccombente sulle questioni tecnico contabili demandate alla indagine dell’ausiliario del Tribunale.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando nella causa iscritta al R.G. n. 2724/06

RIGETTA

Le eccezioni preliminari dei convenuti di nullità dell’atto di citazione di parte attrice e di inapplicabilità alla fattispecie del rito societario, perché infondate, per le causali di cui in motivazione.

In parziale accoglimento dell’eccezione di prescrizione sollevata dai convenuti:

DICHIARA

La intervenuta prescrizione del diritto degli attori al risarcimento dei danni, limitatamente ai fatti anteriori al 23 maggio 2001.

RIGETTA

Tutte le domande di parte attrice perché infondate, per le causali di cui in motivazione.

ORDINA

Agli attori la restituzione alla ITALHOLDING S.R.L. in persona del legale rappresentante pro tempore, dei contratti in originale costituiti dagli ordini

di commissione effettuati da Koinè in costanza del rapporto di franchising dai clienti finali (contratti sottoposti dagli attori all'esame del loro perito Dott. Coladonato per i fini di causa).

RIGETTA

Tutte le altre domande riconvenzionali avanzate dai convenuti verso gli attori, perchè infondate, per le causali di cui in motivazione.

COMPENSA

Integralmente tra tutte le parti le spese del giudizio.

PONE

Le spese della CTU a carico definitivo della convenuta ITALHOLDING S.R.L con conseguente diritto degli attori che eventualmente ne abbiano anticipato gli importi durante il giudizio di ripeterli integralmente dalla predetta parte.

Così deciso in Pescara, nella Camera di Consiglio del Tribunale Civile, il giorno 24.11.2008.

Pescara, 16.1.2009

Il Presidente
Dott. Giuseppe Cassano
Il Giudice estensore
Dott. Gianluca Falco



Un palazzo per le imprese

È terra di commercianti la nostra, ma anche di validi e creativi artigiani, di audaci imprenditori. La storia della Camera di Commercio e la storia di Bari sono una cosa sola, un unico intreccio di simboli, di emblemi, legati non solo alla collocazione fisica di questa grande "casa del mercato" nel cuore murattiano del capoluogo, ma anche alla sua capacità di rappresentare l'anima della città.

Sono più di 155mila le aziende iscritte al Registro delle Imprese, per lo più imprese commerciali, manifatturiere, di costruzioni, di servizio, trasporti. Ma a formare questo grande numero, che fa dell'ente la quinta Camera di Commercio italiana, contribuiscono anche le aziende che operano nei servizi pubblici e sociali, nel turismo e nell'intermediazione finanziaria.

Attraverso le loro associazioni di categoria, rappresentate nel Consiglio, vere e proprie rappresentanze di interessi economici, i protagonisti dell'economia locale manifestano bisogni ed esigenze.

Alla Camera di Commercio spetta comporre in una visione di sintesi strategica, perché uno sviluppo consapevole può attuarsi solo componendo interessi diversi, siano di imprenditori, artigiani, commercianti, agricoltori, consumatori e lavoratori.

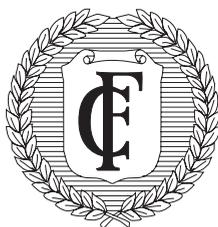
Questa intermediazione, con compiti di garanzia *super partes*, viene attuata anche con le altre amministrazioni locali e con il sistema bancario, dando forte slancio alla collaborazione.

Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Bari



PIÙ VALORE AL TERRITORIO





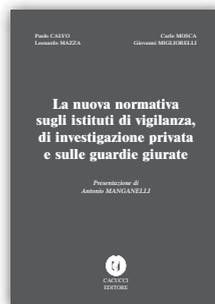
CACUCCI EDITORE
BARI

VIA NICOLAI, 39 – 70122 BARI – TEL. 080/5214220
[HTTP://WWW.CACUCCI.IT](http://www.cacucci.it) E-MAIL: [INFO@CACUCCI.IT](mailto:info@cacucci.it)

P. CALVO, C. MOSCA, L. MAZZA, G. MIGLIORELLI

La nuova normativa sugli istituti di vigilanza, di investigazione privata e sulle guardie giurate

304 Pagine – prezzo: 28,00 €



Sommario:

I. L'evoluzione della disciplina normativa sulla vigilanza privata.

II. Il TITOLO IV "Delle guardie particolari e degli istituti di vigilanza e di investigazione privata" del R.D. 18 giugno 1931, n. 773, come modificato ed integrato dall'art. 4 del decreto legge 8 aprile 2008, n. 59, convertito con la legge 6 giugno 2008, n. 101.

III. Il TITOLO IV "Delle guardie particolari e degli Istituti di vigilanza e di investigazione privata.", del regolamento di esecuzione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza 18 giugno 1931, n. 773, approvato con regio decreto 6 maggio 1940, n. 635, come modificato ed integrato dal D.P.R. 4 agosto 2008, n. 153 (*GU n. 234 del 6-10-2008*). "§ 20 - Delle guardie particolari". "§ 21 - Degli istituti di vigilanza e di investigazione privata". "§ 21-bis - Degli istituti stabiliti in altri Paesi dell'Unione Europea, degli enti di certificazione indipendenti e della Commissione consultiva centrale."

APPENDICE (a cura di Vincenzo ACUNZO): T.U.L.P.S. - vecchio e nuovo testo; Regolamento di esecuzione del T.U.L.P.S. - vecchio e nuovo testo; La sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, n. C-465/05 del 13 dicembre 2007; La sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, n. C-283/09 del 31 maggio 2001; Le circolari del Dipartimento della Pubblica Sicurezza del 29 febbraio 2008, dell'11 marzo 2008 e del 15 dicembre 2008; Il parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato; Il parere del Consiglio di Stato del 21 aprile 2008; Il parere del Consiglio di Stato del 4 febbraio 2009. Indice per autori. Indice analitico delle voci.

GIOVANNA REALI

L'interrogatorio delle parti nel processo civile

414 Pagine – prezzo: 35,00 €



Sommario:

PARTE PRIMA. L'evoluzione dell'interrogatorio dalle origini ai nostri giorni. Capitolo Primo - Dal diritto romano al c.p.c. del 1865. Capitolo Secondo - Verso il codice del 1940. Capitolo Terzo - Dal codice del 1940 alla riforma del 2005.

PARTE SECONDA. La disciplina positiva degli interrogatori. Capitolo Primo - L'interrogatorio formale. Capitolo Secondo - L'interrogatorio libero. *Sezione Prima* - L'interrogatorio libero ex art. 117 c.p.c. *Sezione Seconda* - L'interrogatorio libero in limine litis nel processo del lavoro, in quello ordinario ante riforma 2005 e nel rito societario. *Sezione Terza* - L'interrogatorio libero su richiesta congiunta. Capitolo Terzo - L'efficacia delle risposte all'interrogatorio libero. Capitolo Quarto - La funzione dell'interrogatorio libero.

PARTE TERZA. Paralleli e prospettive. Capitolo Primo - Le esperienze straniere. Capitolo Secondo - Verso il futuro.

rivista di diritto privato

CACUCCI EDITORE

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTESTAZIONE FATTURA	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
	RIVA (SE NECESSITA FATTURA)		CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)	
	TEL.		FAX	
INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
ABBONAMENTI	ITALIA		ESTERO	
	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2009 € 125,00	<input type="checkbox"/> abb. triennale (pagamenti con cadenza annuale) € 375,00	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2009 € 250,00	<input type="checkbox"/> abb. triennale (pagamenti con cadenza annuale) € 750,00

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

Magistrati e Uditori giudiziari

Sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alla Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39 - 70122 Bari, o via Fax al n. 080/5234777 o rivolgendosi al Servizio clienti al n. 080/62030890, o via e-mail riviste@cacuccieditore.it. Nell'ordine d'acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari
Tel. 080/62030890, Fax 080/5234777, e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA

FIRMA

ISBN 978-88-8422-811-8



9 788884 228468

€ 35,00