

CORTE DI CASSAZIONE — Sez. I — 4 gennaio 2001 n. 77 — Pres. Senofonte — Est. Plenteda — P.M. Apice (concl. diff.) — Impresa Val D'arzano Consortile s.r.l. (avv. Pottino, Galgano, Businello) c. Curatela Fall. Impresa Italo Marin s.p.a. (avv. De Arcangeli, Ferro).

(Conferma App. Trieste 4 gennaio 1999).

[6168/48] Opere pubbliche - Appalto - Associazione temporanea d'impresa - Società consortile - Art. 23-bis l. n. 687 del 1984 - Portata - Associazione temporanea d'impresa e società consortile - Differenza di regime - Contratti con i terzi - Applicabilità della normativa sul mandato anche alle società consortili - Esclusione.
(C.c., art. 1705, 2609, 2615-ter).

In tema di appalto di lavori pubblici, l'art. 23-bis l. 8 agosto 1977 n. 584, introdotto dalla l. 8 ottobre 1984 n. 687 (art. 26 d. lgs. 19 dicembre 1991 n. 406), ha l'esclusiva portata di legittimare la società consortile nei confronti dell'ente appaltante nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto a carico dell'associazione temporanea d'impresa, ma non ne comporta la sostituzione, sia perché la norma fa riferimento a un « subentro » nell'esecuzione totale o parziale del contratto e non a una successione nel rapporto giuridico sorto con la convenzione con l'ente appaltante; sia perché la norma esclude in modo assoluto — « ad alcun effetto » — che ciò determini subappalto o cessione di contratto, tant'è che espressamente prevede che non siano necessarie autorizzazioni o approvazioni; sia, infine, perché permane la responsabilità delle imprese riunite, come regolata dall'art. 21 l. n. 584, cit. Il regime dell'associazione temporanea d'impresa è diverso da quello della società consortile, che sia stata successivamente costituita, facendo capo l'uno alla riunione d'impresa regolata dagli art. 17, 18 ss. l. n. 584, cit., nella quale si instaura tra la capogruppo e le altre un rapporto di mandato, gratuito ed irrevocabile (art. 20, comma 1, e 22 l. n. 584, cit., il cui tenore è stato trasfuso nell'art. 23, comma 8, d. lgs. n. 406, cit., che ha attuato la direttiva comunitaria n. 89/440/CEE, in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici e dalla cui entrata in vigore ha cessato di operare la l. n. 584, cit.) e l'altro (avuto riguardo al rinvio dell'art. 2615-ter c.c.) alle norme codicistiche consortili e societarie, per le quali la società consortile opera in maniera fortemente aggregata, delibera con il criterio e le regole proprie degli organismi associativi (e cioè con le maggioranze stabilite in relazione all'oggetto) ed è gestita attraverso organi che hanno poteri rappresentativi e amministrativi e assumono responsabilità nei confronti dei consorziati, secondo la generale disciplina dell'art. 2392 c.c. D'altra parte l'adozione, all'interno del fenomeno consortile, del modello organizzativo societario comporta necessariamente una scelta sul piano strutturale tra gli istituti di riferimento. Conseguentemente se anche al consorzio — nella forma più semplice — è possibile applicare il modello giuridico del mandato, nel momento in cui contratta con i terzi, considerato l'esplicito riferimento ad esso dell'art. 2609 cpv. c.c., sia pure con gli adattamenti in tema di responsabilità previsti dall'art. 2615 c.c., quel modello si appalesa impraticabile allorché si sia di fronte alla scelta della formula societaria che con il mandato non ha alcuna affinità (1).

(Massima ufficiale).

(Omissis). — Con l'unico motivo la ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 23-bis l. 8 agosto 1977 n. 584, introdotto dall'art. 12 l. 8 ottobre 1989 n. 687, e degli art. 1721, 2602 e 2615-ter c.c. Assume che il rapporto intercorrente tra essa ricorrente e l'impresa fallita corrisponde alla fattispecie regolata dalla l. 8 agosto 1977 n. 584, che ha introdotto la figura del raggruppamento delle imprese per la esecuzione delle opere pubbliche, attraverso lo strumento del conferimento da parte delle imprese associate di un mandato con rappresentanza ad una impresa capogruppo incaricata di formulare l'offerta, lasciando alle imprese riunite l'autonomia gestionale. Nel momento in cui il raggruppamento per l'assunzione di pubblici appalti di lavori indivisibili costituisce una società, aggiunge la ricorrente, opera l'art. 23-bis, cit., in forza del quale, ai soli fini degli art. 17 e 18 l. n. 584 del

1977 e dell'art. 14 l. 10 febbraio 1962 n. 57 « i lavori eseguiti dalla società sono riferiti alle singole imprese riunite secondo le rispettive quote di partecipazione alla società stessa ».

Pertanto erronea sarebbe la interpretazione della Corte di merito la quale ha ritenuto che la disciplina del mandato sarebbe stata applicabile solo se la società consortile si fosse costituita prima della stipulazione del contratto con la regione Friuli-Venezia Giulia; al contrario, invece, il consorzio non si trova nei confronti della amministrazione in situazione diversa da quella delle imprese riunite, con l'effetto che a norma dell'art. 22 l. n. 584 del 1977 « al mandatario spetta la rappresentanza esclusiva anche processuale delle imprese mandanti nei confronti del soggetto appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto, anche dopo il collaudo dei lavori, fino alla estinzione di ogni rapporto; ... il rapporto di mandato non determina di per sé organizzazione o associazione tra le imprese riunite, ognuna delle quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione e degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali ».

La censura è infondata. La fattispecie è articolata su due momenti temporalmente ed ontologicamente distinti, l'uno all'altro giuridicamente indifferenti, giacché rispetto al primo atto del 1° febbraio 1988, con cui si costituì l'associazione temporanea di imprese tra la Italo Marin, poi fallita, ed altre tre società, nella quale la CREA assunse il ruolo di capogruppo, al fine di partecipare all'appalto concorso della regione Friuli-Venezia Giulia, quello intercorso il 6 marzo 1989 tra le quattro società, che dettero vita ad una società consortile a norma dell'art. 2615-ter c.c., per dare esecuzione ai lavori oggetto di quell'appalto intanto stipulato con la regione, fu del tutto autonomo, al punto da non ripetere dal primo, sotto nessun aspetto, la disciplina normativa.

Sebbene, infatti, la società consortile fosse derivata dalla associazione temporanea, proprio per consentire alle imprese riunite di realizzare le opere appaltate, nella forma più semplificata, efficiente ed organica possibile, attraverso uno strumento operativo utile ad assicurare unitarietà alla attività delle consorziate, in conformità del disposto dell'art. 23-bis l. 8 agosto 1977 n. 584, introdotto dalla l. n. 687 del 1984, il quale stabilisce che « le imprese riunite possono costituire tra loro una società, anche consortile... per la esecuzione unitaria, totale o parziale, dei lavori », il regime delle due formule organizzative, l'Ati e la società consortile, restò profondamente diverso, facendo capo l'uno alla riunione di imprese regolata dagli art. 17, 18 ss. l. n. 584 del 1977, nella quale si instaura tra la capogruppo e le altre un rapporto di mandato, gratuito ed irrevocabile (art. 20, comma 1, e 22 l. n. 584 del 1977, il cui tenore è stato trasfuso nell'art. 23, comma 8, d. lgs. 19 dicembre 1991 n. 406, che ha attuato la direttiva comunitaria n. 89/440 in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici e dalla cui entrata in vigore ha cessato di operare la l. n. 584); e l'altro alle norme codicistiche consortili e societarie, in forza delle quali la costituzione della società consortile rafforza ancor più il rapporto associativo che il consorzio di per sé comporta, in conformità allo schema degli art. 2702 ss. c.c., e la comunione di scopo corrispondente alla struttura organizzativa adottata assicura la stabilità necessaria a realizzare un autonomo diritto di imputazione delle attività svolte, che nell'Ati difetta totalmente e si propone nel consorzio con attività esterna (Cass. n. 10956 del 1996; n. 441 del 1989) sia pure in forma semplificata e originale rispetto al fenomeno associativo in genere e a quello societario in particolare (v. art. 2615 in relazione agli artt. 2304 e 2305 e 38 ss. c.c.). Conseguentemente il passaggio dall'Ati, al consorzio, alla società consortile e, tra queste, dalla società di persone a quella di capitali, concretizza fenomeni di progressiva nuova soggettività, sino alla vera e propria personalità giuridica, con distinte discipline giuridiche in relazione alla diversità degli istituti che quelle strutture richiamano. E sebbene nel caso di società-consorzio restino applicabili le disposizioni sui consorzi, dettate dagli art. 2602 ss. c.c., tenuto conto che la espressa previsione in questo senso contenuta nell'art. 2620, comma 1, non può trovare limitazioni o deroghe, sotto il profilo della compatibilità di tali disposizioni con quelle dettate in materia societaria, essendo la società impiegata non nella sua funzione tipica, ma come strumento di attuazione di una volontà diversa, specificamente riconosciuta e regolamentata dalla legge — tanto da rendere operanti le disposizioni degli art. 2603, 2609 e 2610 c.c., con riguardo allo scioglimento del vincolo consortile (Cass. n. 5787 del 1982) — tuttavia la adozione, all'interno del fenomeno consortile, del modello organizzativo societario comporta necessariamente una scelta sul piano strutturale tra gli istituti di

riferimento, che sono il contratto di mandato e quello di società, le cui discipline, profondamente distinte, non sono promiscuamente applicabili; sicché, una volta soddisfatta la esigenza di conservare al consorzio, anche nella veste societaria assunta, le sue peculiarità, in ragione del richiamo normativo considerato, non è dato attingere alla disciplina di un contratto diverso da quello prescelto regole sue specifiche, sia perché la scelta operata ha portato a renderle incompatibili, sia perché, diversamente, quella scelta risulterebbe svuotata di valenza giuridica. Conseguentemente se anche al consorzio — nella sua forma più semplice — è possibile, al pari della associazione temporanea di imprese, applicare il modello giuridico del mandato, nel momento in cui contratta con i terzi, considerato l'esplicito riferimento ad esso dell'art. 2609, cpv., c.c. (Cass. 26 luglio 1996 n. 6774), sia pure con gli adattamenti in tema di responsabilità previsti dall'art. 2615 c.c., quel modello si appalesa impraticabile a fronte della formula societaria prescelta, che con il mandato non ha alcuna affinità.

Le conclusioni che precedono sono confermate dalla ricognizione normativa dei singoli istituti. Risulta dall'art. 20 l. n. 584 del 1977 — come dall'art. 22 l. n. 406 del 1991 — che sono ammesse a presentare offerte per gli appalti di opere pubbliche « imprese riunite, che abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse, qualificata capogruppo, la quale esprime la offerta in nome e per conto proprio e delle mandanti » e il comma 3 del successivo art. 22 — al pari del comma 10 dell'art. 23 l. n. 406 del 1991 — precisa che « il rapporto di mandato non determina di per sé organizzazione o associazione fra le imprese riunite, ognuna delle quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione e degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali ». Pertanto il collegamento necessario al conseguimento delle finalità, costituite dall'offerta per l'appalto, è ottenuto attraverso un contratto di cooperazione qual è il mandato, che garantisce all'interno la piena autonomia alle imprese riunite e, attraverso la responsabilità solidale nei confronti del soggetto appaltante, rafforza all'esterno la garanzia dell'adempimento, lasciando però sempre netta e distinta la identità delle imprese, tanto che nel caso di parti dell'opera scorporabili, specificamente assunte da alcune imprese mandanti, viene persino meno il vincolo di solidarietà, tranne che per la capogruppo (art. 21, comma ult., l. n. 584 del 1977 e 23, comma 7, l. n. 406 del 1991).

Ne consegue che, mentre nel mandato, sia con che senza rappresentanza, si realizza una forma di cooperazione tra soggetti diversi, per il conseguimento di utilità pratiche, che si caratterizza per l'alienità dell'interesse, nel senso che il soggetto che esercita l'attività di cooperazione resta di regola estraneo al risultato di essa, perché la esercita per conto altrui; nel fenomeno associativo tipico e in particolare in quello societario, da un lato i destinatari del risultato sono tutti i soggetti che cooperano e, dall'altro, su di essi esercita una forza aggregante l'ente che all'uopo si costituisce, al punto da assumere struttura ed identità proprie, che si sovrappongono a quelle degli associati ed imprimono ai beni sociali, anche nelle forme organizzative più semplici — come nelle società personali — un vincolo stabile di destinazione, che si manifesta nella autonomia patrimoniale.

Riprova ulteriore della diversa natura del collegamento funzionale presente nell'Ati è costituita dagli effetti del fallimento dell'impresa mandataria, cui restano indifferenti le mandanti, e viceversa (art. 23 l. n. 584 del 1977 e 25 d. lgs. n. 406 del 1991), con la facoltà, nel primo caso, per il soggetto appaltante di proseguire il rapporto con altra impresa che sia costituita mandataria e che sia di gradimento del soggetto appaltante medesimo; e con l'obbligo, nel secondo, per la impresa capogruppo, ove non indichi altra impresa subentrante, in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, di eseguire direttamente o a mezzo delle altre imprese mandanti le opere appaltate.

Da tale normativa non è influenzata in alcun modo la società consortile, successivamente costituita, la quale è in via generale assoggettata — pur conservando le tipicità e finalità proprie del consorzio — dal momento della sua esistenza e nelle fasi del suo funzionamento, tanto più per il modello organizzativo adottato, alle norme societarie, avuto riguardo al rinvio dell'art. 2615-ter c.c. Essa opera, infatti, in forma fortemente aggregata, delibera con il criterio e le regole proprie degli organismi associativi e cioè con le maggioranze stabilite in relazione all'oggetto ed è gestita attraverso organi che hanno poteri

rappresentativi ed amministrativi ed assumono la responsabilità nei confronti dei consorziati, secondo la generale disciplina dell'art. 2392 c.c.

Manca, dunque, qualunque ragione perché alla fattispecie trovino applicazione la disciplina del mandato e conseguentemente l'art. 1721 c.c., che regola i crediti del mandatario per l'attività compiuta in relazione all'affare concluso, a nulla rilevando che nel fenomeno consortile non societario possano rinvenirsi, accanto al carattere associativo, espresso dalla comunione di scopo più sopra richiamata, elementi del contratto di mandato nella esecuzione delle operazioni consortili, per l'espresso richiamo ad esso degli art. 2608 e 2609 cpv. c.c., avendo la società consortile assunto uno specifico schema normativo nello svolgimento delle attività che le singole consorziate avrebbero dovuto compiere ed essa operando, non più per loro conto, ma direttamente a proprio titolo.

Né giova a ritenere il contrario l'art. 23-bis introdotto dalla l. n. 687 del 1984 (art. 26 d. lgs. n. 406 del 1991), il quale stabilisce che la società consortile « subentra, senza che ciò costituisca ad alcun effetto subappalto o cessione di contratto e senza necessità di autorizzazione o di approvazione, nella esecuzione totale o parziale del contratto, ferme restando le responsabilità delle imprese riunite di cui all'ultimo comma del precedente art. 21 ». Tale disposizione ha la esclusiva portata di legittimare la società consortile nei confronti dell'ente appaltante nella esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto a carico dell'ATI, ma non ne comporta la sostituzione, sia perché la norma fa riferimento ad un « subentro » nella esecuzione totale o parziale del contratto e non ad una successione nel rapporto giuridico sorto con la convenzione con l'ente appaltante; sia perché la norma esclude in modo assoluto — « ad alcun effetto » — che ciò determini subappalto o cessione di contratto, tant'è che espressamente prevede che non siano necessarie autorizzazioni o approvazioni; sia, infine, perché permane la responsabilità delle imprese riunite, come regolata dall'art. 21 l. n. 584 del 1977, per cui, come non è dato affermare che quelle responsabilità siano assunte, né in via privativa né in via cumulativa dalla consortile, esclusa deve restare unitamente alla configurabilità del mandato in via diretta per quanto più sopra rilevato — la sua successione nel rapporto di mandato tra imprese riunite e capogruppo, avendo l'art. 23-bis, cit. lasciato immutate le strutture dei due istituti e separate le loro aree di operatività, conservando alla capogruppo dell'ATI il ruolo di mandataria nei rapporti con l'ente pubblico e attribuendo alla consortile quello di mera sostituzione nell'attività materiale richiesta per la esecuzione dei lavori, con le conseguenti obbligazioni per le consorziate beneficiarie di essa, disciplinate dalle norme statutarie e che trovano nella struttura del consorzio, oltreché nella specifica disposizione dell'art. 2615-ter, cpv., c.c. piuttosto che nelle norme sul mandato — il loro referente.

Peraltro il tenore dell'invocato art. 1721 non consente comunque la proposta applicazione alla dedotta fattispecie. Esso stabilisce che la prededuzione debba essere esercitata sui crediti pecuniari sorti dagli affari conclusi dal mandatario; e poiché gli affari conclusi dalla società consortile in favore delle consorziate sono quelli connessi alla esecuzione delle opere, è solo su quegli affari, se ed in quanto alle consorziate fossero derivate ragioni di credito, che la consortile avrebbe avuto titolo alla prededuzione.

Nella specie i crediti in discussione sono quelli vantati nei confronti della regione, derivati dagli affari — cioè dal contratto di appalto — concluso dall'ATI e più specificamente dalla capogruppo soc. CREA; sicché mentre quest'ultima, ove avesse maturato pretese per rimborso spese, connesse alla sua attività per la convenzione con la regione, avrebbe potuto farle valere sui crediti pecuniari verso l'ente pubblico, una volta che fossero maturati per effetto delle opere realizzate dalla consortile, non altrettanto può dirsi con riguardo ad essa, richiedendo la citata norma, per il suo stesso tenore letterale, oltreché per la *ratio* giustificativa, una stretta correlazione tra attività del mandatario e credito derivato al mandante all'interno del rapporto trilatero, in cui parti furono le imprese riunite e la regione e la capogruppo operò quale mandataria, mentre l'attività esecutiva della Val D'Arzino si pose all'esterno di esso.

Né dell'art. 1721 c.c. può essere proposta l'applicazione analogica, sia per la presenza nel sistema, come si è visto, del referente normativo, sia perché ad impedirla è la natura eccezionale della disposizione, che, introducendo prededuzioni in favore del mandatario,

rappresenta una deroga al principio generale della *par condicio creditorum*, che regola il sistema fallimentare.

Il ricorso va pertanto respinto. (*Omissis*)

(1) [6168/48] Associazioni temporanee di imprese, consorzi e società consortili nell'appalto di opere pubbliche.

SOMMARIO: 1. Associazione temporanea di imprese: rapporti tra impresa capogruppo e imprese mandanti. — 2. Appalti di opere pubbliche e consorzi con attività esterna. — 3. Società consortili, esecuzione di lavori pubblici e normativa applicabile.

1. *Associazione temporanea di imprese: rapporti tra imprese capogruppo e imprese mandanti.* — La sentenza annotata affronta, con un'articolata motivazione, una problematica oggetto negli ultimi anni di particolare attenzione da parte degli studiosi, quella cioè relativa agli elementi di differenziazione tra associazioni temporanee di imprese, consorzi (con attività esterna) e società consortili (1).

È stato ricordato in dottrina che in campo internazionale il fenomeno della collaborazione temporanea ed occasionale tra imprenditori nei settori dei servizi, della ricerca, della produzione e della distribuzione ha assunto sviluppo e rilievo tali da rappresentare una costante delle politiche aziendali e, certamente, una delle più significative e caratteristiche espressioni della moderna organizzazione economica (2). In Italia di contro il fenomeno è stato lento a svilupparsi, oltre che per lo spiccato individualismo che caratterizza la nostra classe imprenditoriale — gelosa della propria autonomia, oltre i limiti della ragionevolezza (3) — anche per la sussistenza di molte aree di economia assistita, che non hanno consentito di avvertire l'esigenza del ricorso alla collaborazione internazionale come strumento insostituibile per rispondere alle esigenze di un mercato sempre più vasto e per sostenere una concorrenza sempre più agguerrita (4).

Al riguardo non può non osservarsi come la globalizzazione dei mercati abbia incentivato processi di fusione e incorporazione tra società, sovente necessari per soddisfare, con il perfezionamento dei prodotti, clientele sempre più esigenti, ma abbia, anche, favorito raggruppamenti temporanei di imprese specie quando si è manifestata — in particolare modo nel settore delle grandi opere pubbliche e delle infrastrutture — la necessità di apporti differenziati di esperienze e specializzazioni nonché di strutture imprenditoriali la cui aggregazione, per essere funzionalizzata a un singolo e specifico intervento, è destinata a venire meno con la sua realizzazione (5). Ciò fa emergere l'incompletezza e la frammentarietà degli interventi legislativi in materia, che hanno interessato settori ben delimitati, quali quello della produzione di opere cinematografiche (l. 4 novembre 1965 n. 1213), della ricerca e della coltivazione degli idrocarburi liquidi e gassosi (l. 21 luglio 1967 n. 613), delle opere interessanti le Ferrovie dello Stato (l. 12 febbraio 1981 n. 17 e l. 18 agosto 1978 n. 503), nonché la materia delle forniture pubbliche (l. 30 marzo 1981 n. 113), e degli

(1) Tra i molti contributi in materia, cfr.: Rossi G., *Il fenomeno dei gruppi e il diritto societario: un nodo da risolvere*, in *Riv. soc.*, 1995, I, 1131 ss.; Lo Cascio, *I gruppi di imprese: problemi di diritto sostanziale*, in questa *Rivista*, 1994, II, 263 ss.; Scognamiglio G., *L'attuazione del GEIE in Italia*, ivi, 1993, II, 134, cui *adde*, per un esame delle legislazioni straniere: Mapele, Stella, *Concentrazione tra imprese e «failing company defense»: un confronto tra l'esperienza statunitense e l'esperienza comunitaria*, in *Giur. comm.*, 1999, I, 49. Per i profili di diritto fallimentare, cfr., tra gli altri: Pezzuto, *Associazione temporanea di imprese e procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 1996, I, 717 ss.; Vidiri, *Il fallimento nelle associazioni (non riconosciute, in partecipazione, temporanee di imprese) e nelle società senza scopo di lucro (società sportive)*, in questa *Rivista*, 1995, II, 3 ss.

(2) Così testualmente Mazzone, *L'associazione temporanea di imprese*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, XVII, Torino 1985, 551.

(3) Sul punto ancora Mazzone, *op. cit.*, 552.

(4) Al riguardo, cfr. Vidiri, *op. cit.*, 17.

(5) Osserva Cottino, *Diritto commerciale*, I, t. 2, Torino 1994, 35 s., che l'associazione temporanea risponde all'esigenza di più imprese di raccordarsi operativamente tra di loro per l'esecuzione, insieme, di una prestazione complessa di natura tecnologica o industriale, realizzabile a più livelli di integrazione verticale e orizzontale (e quindi di raggiungere insieme obiettivi e finalità irraggiungibili isolatamente: ad esempio, l'aggiudicazione di un appalto o la vendita di impianti chiavi in mano in cui si possano scindere le varie attività, edilizia, impiantistica ecc.).

appalti per le esecuzioni dei lavori pubblici (l. 8 agosto 1977 n. 584, modificata dalla l. 8 ottobre 1984 n. 687, e dal d. lgs. 19 dicembre 1991 n. 406).

Tra le diverse tipologie di raggruppamento di imprese quella di più estesa applicazione nella realtà fattuale — come del resto dimostra la fattispecie in esame — è relativa all'appalto di opere pubbliche, che ha costituito oggetto di numerosi studi in dottrina e di non rari interventi da parte della giurisprudenza.

È opinione comune che il legislatore italiano, in relazione ai raggruppamenti temporanei di imprese, ha inteso lasciare all'autonomia privata la possibilità di regolarne e disciplinarne liberamente l'assetto organizzativo interno, e di definire le modalità di coordinamento tra le diverse imprese per quanto attiene soltanto all'esecuzione dei lavori, alla formazione della volontà comune ed alla elaborazione di direttive alla impresa capogruppo (6).

Di fronte a quella che è stata definita l'assoluta « neutralità » delle norme sulle associazioni temporanee fra imprese (7), e in assenza della volontaria adozione di uno specifico modello organizzativo che ne consenta una diversa qualificazione, un indirizzo dottrinario, negando ogni definizione del rapporto in termini associativi, ha ravvisato nel raggruppamento un mero mandato ovvero una fattispecie contrattuale che resta al di là del fenomeno associativo (8).

Altro indirizzo, invece, ha evidenziato come risulti difficile ancorare l'associazione temporanea ad un paradigma unico e rigido stante « il modo altalenante tra lo schema del contratto innominato e quello dell'associazione atipica proprio di forme totalmente nuove, espresse da una realtà in evoluzione ed ad essa adattate » (9). E su opposto versante, seguendo un percorso diretto a fornire al fenomeno in esame dei precisi riferimenti normativi, altra opinione ha equiparato l'associazione temporanea al consorzio con attività esterna, con le conseguenze, appunto, di disciplina che ne derivano (10).

A ben vedere, la già evidenziata insufficienza normativa e la conseguente difficoltà di inquadramento dogmatico dell'istituto costituiscono sul versante del diritto dell'impresa evenienze assimilabili a quelle riscontrabili nell'area negoziale, dove a fronte dei c.d. « nuovi contratti » (*leasing, factoring, franchising, merchandising, catering, ecc.*), sono emerse per l'interprete analoghe difficoltà classificatorie, che hanno portato la dottrina a giustificare la carenza regolamentare, sulla base di una generalizzata tendenza del legislatore a regolare l'attività più che l'atto (11), e a introdurre nuove forme di approccio ermeneutico, di cui è significativa espressione il consolidarsi della nozione di una « tipicità sociale » — a fronte della tradizionale « tipicità legale » — come strumento per individuare le vere ragioni che stanno alla base delle numerose realtà giuridiche emergenti (12). Tendenza questa destinata nel prossimo futuro a consolidarsi in ragione del

(6) Per COTTINO, *op. cit.*, 37, si deve ammettere che partendo dal normale embrione di trama associativa si prefigurino contrattualmente meccanismi di funzionamento più complessi, anche se non necessariamente societari (ipotizzando la possibilità di deliberazioni collegiali su argomenti di interesse comune).

(7) Cfr. CABRAS, *Le associazioni temporanee di imprese*, in *Legislazione economica* (1977-1978), *Rassegne e problemi*, Milano 1979, 73 ss.

(8) Per tale assunto, cfr. BONVICINI, *Associazioni temporanee di imprese*, in *Enc. giur. Treccani*, III, Roma 1988, sub § 5.1; ID., in *Commento alla l. 8 agosto 1977 n. 584* a cura di BONVICINI e GHETTI, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1979, sub art. 20-34, 378 ss.

(9) In questi termini, COTTINO, *loc. cit.*, il quale osserva anche come « lo stesso ampio ventaglio di soluzioni adottate in altri Paesi, la contiguità tra associazione temporanea e *joint venture* da un lato, associazione e consorzio dall'altro, rendono inevitabili le contaminazioni ».

(10) Così CORAPI, in CARBONE, CORAPI, VIRGILIO, *Accelerazione delle procedure per l'esecuzione di opere pubbliche* (l. 8 ottobre 1984 n. 687), in *Nuove leggi civ. comm.*, 1985, sub art. 12, 127.

(11) Per tali considerazioni, cfr.: BIANCA M., *Sponsorizzazione*, in *D. disc. priv., sez. comm.*, XV, Torino 1988, 134 ss.; VIDIRI, *Il contratto di sponsorizzazione: natura e disciplina*, in *questa Rivista*, 2001, II, 5.

(12) Per puntuali considerazioni sulle numerose e complesse tematiche con riferimento alla nozione di tipicità — legale e sociale — dei contratti, cfr.: FERRI G.B., *Contratto e negozio: da un regolamento per categorie generale verso una disciplina per tipi*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, 421 ss.; ID., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966, 241 ss.

Per l'assunto che affinché possa ravvisarsi l'emersione di un tipo sociale è necessario che si consolidi una prassi contrattuale, cfr. GIACOBBE E., *Tipicità del contratto e sponsorizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, 399 ss., che precisa come occorra al riguardo che diversi individui riuniscano la

moltiplicarsi di bisogni sempre più articolati e differenziati, che caratterizzano le società a capitalismo avanzato, e che risultano difficilmente riassumibili in schemi rigidi e predeterminati (13).

In questa materia si è, così, inteso dal legislatore riconoscere ai singoli imprenditori ampia libertà di scelta per quanto attiene alla forma ed alle modalità di esercizio dell'attività, e assegnare all'associazione temporanea un ruolo del tutto residuale anche se improntato a schemi liberi e dotati di opportuna flessibilità. Nei rapporti interni la detta associazione si caratterizza, infatti, perché ogni impresa partecipante conserva una autonomia negoziale e gestionale, acquista propri diritti e assume obblighi in proprio e senza alcun coinvolgimento degli altri *partner* chiamati a cooperare alla medesima opera, e perché l'organizzazione presenta carattere marginale e settoriale non suscettibile, in quanto tale, di far assurgere il gruppo a centro autonomo di imputazione di rapporti giuridici (14). Situazione questa non influenzata dalla previsione legislativa secondo la quale le imprese che si riuniscono per partecipare alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici devono conferire, con scrittura privata autenticata, mandato collettivo speciale (gratuito e irrevocabile) con rappresentanza (art. 22, comma 2, l. n. 584, cit., ripresa dai d. lgs. 19 dicembre 1991 n. 406, 24 luglio 1992 n. 358, 17 marzo 1995 n. 157 e 158), con la conseguenza che la capogruppo acquista anche la legittimazione processuale delle imprese mandanti nei confronti del committente, pur dopo il collaudo dei lavori e sino all'estinzione di ogni rapporto (15).

Una siffatta ricostruzione teorica ha portato, in materia di appalto di opere pubbliche stipulato da due imprese riunite in associazione temporanea, ad affermare che qualora intervenga il fallimento della società capogruppo, costituita *ex lege* come mandataria dell'altra, ai sensi dell'art. 23,

propria azione e da questa risulti un qualche prodotto nuovo, che abbia l'effetto di fissare ed ordinare nuovi modi di agire (p. 403).

(13) In tali termini, VIDIRI, *loc. cit.*

(14) Considera l'associazione temporanea come un istituto residuale, avente una autonomia più teorica che pratica, attesa la necessità di un'organizzazione, GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli 2000, 1364 ss., il quale precisa come di tale associazione potrà parlarsi solo quando il coordinamento tra le attività delle imprese riunite non comporta la rilevanza giuridica di una organizzazione *ad hoc*, neppure di un'organizzazione puramente interna, che si identificerebbe in un consorzio come è del resto reso palese dal fatto che, anche in questo caso, lo strumento giuridico, che regola i rapporti tra imprese consorziate e impresa che attua all'esterno gli scopi del consorzio è il mandato (art. 2609, comma 2, c.c.), come appunto nel caso di associazione temporanea.

In giurisprudenza, cfr. Cass. 24 febbraio 1975 n. 681, in *Giur. comm.*, 1976, II, 780 (seguita in sede di rinvio da App. Firenze 13 dicembre 1976) che, abbandonando definitivamente l'indirizzo diretto a ravvisare in ogni rapporto di collaborazione fra imprenditori una società di fatto o irregolare, ha ribadito definitivamente il principio che « è ammissibile la conclusione di un contratto associativo atipico, distinto dal contratto di società, con il quale le parti pongono in essere un vincolo soltanto interno, non esteriorizzato e senza patrimonio né impresa, avente per oggetto la gestione in comune di un appalto di cui una delle parti risulti aggiudicataria: tale contratto appare diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela, rientrando in quelle forme contrattuali diverse e, anzi, frequenti nelle attività economiche delle imprese come combinazioni d'affari, talvolta temporanee e limitate ad uno o alcuni specifici rapporti, per lo più inerenti all'esercizio di opere pubbliche ».

(15) Cfr. in giurisprudenza, tra le altre: Cass. 11 maggio 1998 n. 4728, in questa *Rivista*, 1998, I, 2539, e in *Contratti*, 1998, 467, secondo cui nella particolare ipotesi di associazione di due sole imprese, l'impresa capogruppo è tenuta a continuare, da sola o previa sostituzione dell'impresa che è receduta, l'esecuzione del contratto nei confronti dell'amministrazione, trattandosi di mandato conferito non solo nell'interesse anche del mandatario, ma pure in quello preminente dell'amministrazione committente, senza che la successione della capogruppo in tutti i rapporti della mandante receduta possa integrare la cessione di contratto, ovvero dar luogo a una cessione a sua favore dei crediti maturati dall'impresa mandante per i lavori da essa eseguiti e contabilizzati, tale pretesa creditoria dovendo essere fatta valere, da parte di quest'ultima, nei soli rapporti interni con la capogruppo, ai sensi dell'art. 1713 c.c., secondo cui il mandatario deve rendere al mandante il conto del suo operato e rimettergli tutto ciò che, per suo conto, ha ricevuto a causa del mandato stesso, cui *adde*, Cass. 13 maggio 1999 n. 4746 (in *Fall.*, 2000, 411, con nota di DE MAIO A., *Associazione temporanea di imprese e concordato preventivo*) secondo cui in base alla disciplina speciale in tema di appalti, dettata dal d. lgs. n. 406, cit., art. 22 e 23, in caso di presentazione di offerte da parte di imprese riunite che abbiano conferito mandato collettivo alla impresa capogruppo, i corrispettivi dell'appalto vanno incamerati direttamente ed esclusivamente dalla capogruppo, la quale, poi, sulla base del mandato, è contrattualmente obbligata a versare alle mandanti le somme di loro rispettiva spettanza.

comma 8, d. lgs. n. 406, cit., il mandato deve ritenersi risolto a norma dell'art. 78 l. fall., che non trova deroga nella disciplina di detto decreto legislativo, con l'ulteriore conseguenza che l'impresa mandante (se l'accettazione dell'opera sia avvenuta anteriormente alla dichiarazione di fallimento) deve reputarsi direttamente legittimata a riscuotere dall'amministrazione il corrispettivo per l'esecuzione dell'opera per la quota corrispondente a quella parte dei lavori appaltati, la cui esecuzione in base all'accordo di associazione temporanea era di sua spettanza.

Correlativamente detta amministrazione non può eseguire il pagamento di detto corrispettivo alla curatela fallimentare dell'impresa capogruppo che, per effetto della cessazione del mandato, non è più legittimata ad effettuare incassi in nome e per conto dell'altra associata (16).

Sotto diverso versante è stato, poi, osservato come il fallimento di una impresa mandante determini il sorgere nella capogruppo della facoltà di modificare soggettivamente il rapporto o sostituendo la fallita con altra impresa in possesso dei requisiti di idoneità richiesti o, in caso contrario, eseguendo « direttamente o a mezzo delle altre imprese mandanti » la parte dei lavori dell'impresa venuta meno (art. 23, comma 2, l. n. 584, cit.) (17), mentre il fallimento della impresa capogruppo produce effetti diversi in quanto, a seguito di detto fallimento, spetta all'amministrazione appaltante la facoltà di proseguire l'appalto con altra impresa (anche esterna agli originari membri del raggruppamento) « che si sia costituita mandataria » ovvero recedere dal contratto (art. 9, comma 8, l. 30 marzo 1981 n. 113) (18).

2. *Appalti di opere pubbliche e consorzi con attività esterna.* — L'art. 2602 c.c. — nel testo modificato dalla l. 10 maggio 1976 n. 377 — definisce i consorzi come i contratti con i quali « più imprenditori istituiscono un'organizzazione comune per la disciplina e lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese ».

Come si è osservato, la suddetta definizione ha consentito di superare tutte quelle incertezze che, vigente il precedente testo dell'art. 2602, avevano portato parte della dottrina a ritenere — sulla base della collocazione della norma nel titolo dedicato alla « disciplina della concorrenza e dei consorzi » e del riferimento testuale alla « disciplina delle attività economiche connesse » — che essa si riferisse soltanto agli accordi fra imprese per la restrizione della reciproca concorrenza e che tutte le altre forme di collaborazione (fra imprese) dovessero ricadere nella nozione residuale delle « associazioni non riconosciute » (19).

Pertanto, allo stato, non può più dubitarsi che i consorzi hanno acquisito una connotazione causale che va al di là di quella originaria di istituto di regolamentazione della concorrenza per caratterizzarsi per la ampia finalità di coordinamento e collaborazione fra le singole imprese al fine di renderne più incisiva e ordinata l'attività (20). Nella scienza giuridica ha da tempo trovato ampio

(16) Cfr., in tali sensi, Cass. 15 gennaio 2000 n. 421, secondo cui, qualora la curatela riceva il pagamento dall'impresa appaltatrice il credito dell'impresa già mandante, che agisca per ottenere dalla curatela la suddetta somma, non deve essere fatto valere in sede concorsuale avanti al tribunale fallimentare ma possa esserlo avanti al giudice ordinario.

(17) Così VIDIRI, *Il fallimento*, cit., 20, che aggiunge come nella materia in esame la deroga alla regola dettata dall'art. 81 l. fall. (in base al quale il contratto di appalto si scioglie per il fallimento di una delle parti) e l'assenza nel committente della libertà di recedere dal contratto trovano logica spiegazione nell'interesse a che l'opera pubblica venga comunque portata a termine attraverso la conservazione del relativo contratto di appalto, finalità quest'ultima che è agevole perseguire grazie alla natura plurisoggettiva dell'appaltatore, chiamato ad eseguire l'opera.

(18) Cfr., in questi sensi, VIDIRI, *loc. cit.*, il quale osserva al riguardo che la valutazione dell'interesse pubblico all'esecuzione dell'opera e l'eventuale continuazione dell'appalto vengano qui devolute alla facoltà decisoria dell'amministrazione appaltante in ragione del ruolo preminente che l'impresa capogruppo riveste nell'economia del rapporto.

(19) Così PAOLUCCI, *Consorzi e società consortili nel diritto commerciale*, in *D. disc. priv.*, sez. comm., III, Torino 1988, 433.

(20) Ritiene GALGANO, *L'imprenditore*, 4ª ed., Bologna 1991, 147 ss., che « da pratica oligopolistica, quale era in origine, il contratto di consorzio si è rilevato specie per le imprese di medie e piccole dimensioni, uno strumento di collaborazione, capace di rafforzare la loro posizione sul mercato e, perciò idoneo a svolgere, tutto all'opposto, una funzione antimonopolista ». Per l'affermazione che la riforma introdotta con la l. n. 377, cit. ha comportato una radicale revisione della tradizionale nozione di « consorzio », v. anche DE ANGELIS, *Sulla possibilità, per i consorzi, di utilizzare « in trasparenza » i requisiti delle imprese consorziate per l'aggiudicazione di appalti di lavori pubblici*, in *Contratto e impresa*, 2000, 1378 ss., che evidenzia anche come si sia così superata la contrapposizione teorica in precedenza operante fra consorzio-contratto e consorzio-associazione

seguito l'opinione secondo cui va abbandonata l'idea della piena corrispondenza tra « personalità giuridica » e « soggettività giuridica » perché anche soggetti collettivi o gruppi organizzati non personificati sono forniti di una soggettività piena in ragione della loro « idoneità a fungere da centri di imputazione di situazioni giuridiche secondo il principio per cui ogni persona è soggetto, e non ogni soggetto è persona » (21). A sostegno di una siffatta impostazione depone la considerazione che spetta al legislatore fissare i criteri di imputazione delle situazioni giuridiche attive e passive, con la possibilità di attribuire soggettività giuridica anche ad enti e comunità con un'autonomia patrimoniale (anche imperfetta), capace di differenziarli dalla posizione patrimoniale dei singoli componenti.

Alla stregua di quanto sinora detto appare pienamente condivisibile l'assunto della decisione in epigrafe nella parte in cui evidenzia che, mentre nell'associazione temporanea di imprese un centro di imputazione autonomo delle attività svolte difetta del tutto, si propone invece nel consorzio con attività esterna « sia pure in forma semplificata ed originale rispetto al fenomeno associativo in genere ed a quello societario in particolare (cfr. art. 2615 in relazione agli art. 2304 e 2305 e 38 ss. c.c.) » (22). Ed infatti nei consorzi con attività esterna, i contributi dei consorziati e i beni acquistati con questi contributi costituiscono il fondo consortile (di cui non può essere chiesta la divisione durante tutta la durata del consorzio e su cui non possono far valere i loro diritti i creditori dei singoli consorziati) (cfr. art. 2614 c.c.); esclusivamente su detto fondo possono far valere i loro diritti i terzi per le obbligazioni assunte in nome del consorzio dalle persone che ne hanno la rappresentanza (art. 2615, comma 1, c.c.) (23); e invece delle obbligazioni assunte dagli organi del

con finalità di cooperazione interaziendale, sancendosi decisamente l'assunzione da parte dei consorzi, e segnatamente dei consorzi con attività esterna, del carattere imprenditoriale, incentrato sull'organizzazione comune istituita da una pluralità di imprenditori per la disciplina (funzione tradizionale) o addirittura per lo svolgimento (funzione innovativa) di determinate fasi delle rispettive imprese.

In argomento v. ancora: VIDIRI, *Consorzi con attività esterna e responsabilità delle imprese consorziate*, in questa *Rivista*, 1998, I, 438 ss.

(21) In tali termini cfr. Cass. 20 aprile 1994 n. 3773, in *Foro it.*, 1995, I, 234, e in *Soc.*, 1994, 1053, cui *adde* anche se con riferimento della « soggettività giuridica » alla società di persone — con conseguenziale distinzione della propria posizione e delle proprie situazioni giuridiche da quelle facenti capo alle persone fisiche dei soci singolarmente e cumulativamente considerati — Cass., sez. un., 26 aprile 2000 n. 291, in questa *Rivista*, 2000, I, 3187, con nota di VIDIRI, *Domanda di liquidazione della quota ex art. 2289 c.c. e legittimazione passiva della società di persona*; Cass. 7 agosto 1996 n. 7728, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 752; Cass. 24 luglio 1989 n. 3498, in questa *Rivista*, 1989, I, 2451, e in *Riv. not.*, 1990, 482.

(22) Per l'affermazione che il consorzio con attività esterna, pur essendo sfornito di personalità giuridica, configuri un centro autonomo di rapporti giuridici, cfr. Cass. 9 dicembre 1996 n. 10956, in questa *Rivista*, 1997, I, 944, e in *Riv. dir. ind.*, 1998, II, 121, che ne fa scaturire l'assunzione di responsabilità, garantita dal fondo consortile, da parte del consorzio per i contratti stipulati in nome proprio e la responsabilità a titolo extracontrattuale, per danni ingiusti provocati al terzo dall'esecuzione da parte di un'impresa consorziata di opere oggetto del contratto di appalto stipulato dal consorzio; Cass. 26 gennaio 1989 n. 441 (anche essa citata nella sentenza in commento) la quale, proprio per la natura di centro autonomo di rapporti giuridici del consorzio con attività esterna, esclude che i singoli consorziati possano impugnare la sentenza — resa nei confronti del consorzio stesso — con la quale viene accolta la domanda di nullità di una deliberazione assembleare.

(23) È stato osservato da GALGANO, *op. cit.*, 151, che le obbligazioni cui si riferisce il comma 1 dell'art. 2615 c.c., che limita la responsabilità al fondo consortile, sono le « obbligazioni schiettamente consortili », assunte per fare fronte alle spese necessarie all'esistenza del consorzio, ossia le spese di funzionamento degli uffici consortili, le spese per gli impianti, per il personale, le spese di gestione, le spese per i servizi, e così via.

In giurisprudenza, in argomento, cfr. Cass. 16 luglio 1979 n. 4130, in *Giur. comm.*, 1980, II, 179 (relativa a una fattispecie di obbligazioni scaturenti da un contratto di agenzia stipulato da un consorzio in attuazione di finalità consortile diretta a realizzare la vendita e la distribuzione dei prodotti dei consorziati) per la precisazione che tra le obbligazioni assumibili a nome del consorzio non possono, invece, rientrare « quelle derivanti da operazioni commerciali riguardanti i beni prodotti dai singoli consorziati, i relativi diritti ed i trasferimenti di tali diritti poiché il consorzio non si identifica con le aziende dei singoli consorziati e con le attività imprenditoriali dei medesimi, essendo costituito come organismo preordinato al fine di attuare una disciplina unitaria di tale attività e non il loro assorbimento o sostituzione ».

consorzio sono tenuti a rispondere, solidalmente con il fondo consortile, i consorziati per conto dei quali il consorzio ha agito e non anche gli altri (cfr. art. 2615, comma 2, c.c.) (24).

In un siffatto contesto si è sostenuto che l'attività esterna di un consorzio si sviluppa sempre sulla base di un mandato, o per meglio dire di un fascio di mandati, dei consorziati, e precisamente del « mandato conferito dai consorziati per l'attuazione degli scopi del consorzio » di cui è menzione nell'art. 2609 c.c., che connota il forte nesso di interdipendenza esistente tra l'ente ed i suoi membri (25). A differenza di quanto avviene nell'associazione temporanea di impresa, nel consorzio, però, tutte le imprese conferiscono il mandato non ad una di esse (denominata, nella associazione temporanea, impresa capogruppo) ma al consorzio in quanto tale, che assume rispetto a ciascuna di esse una posizione autonoma e distinta, collocandosi in una posizione di terzietà, di cui è significativa espressione l'istituzione di un ufficio destinato ad operare all'esterno, e a cui, dopo le modifiche della l. n. 377, cit., viene riservato il compimento di uno o più momenti del processo produttivo delle imprese consorziate o, comunque, l'esercizio di un'attività che inerisce al ciclo economico di tali imprese (26). Non può però sottacersi come nel disposto del comma 2 dell'art. 2615 c.c. si sia vista una deroga al principio generale espresso dall'art. 1705 c.c. per il mandato senza rappresentanza, in quanto l'agire per conto altrui dovrebbe importare la responsabilità del solo consorzio e non anche di quella del singolo consorziato (27).

3. *Società consortili, esecuzione di lavori pubblici e normativa applicabile.* — La funzione tipica dei consorzi si è in concreto, nel corso degli anni, avvicinata sempre di più a quella delle società per la natura dell'attività imprenditoriale di gestione — segnatamente nell'assunzione di appalti di opere pubbliche — di una o più fasi delle imprese consorziate (28), e per la possibilità prevista, anche per legge, di distribuire, seppure in via eccezionale, utili a titolo di remunerazione del

(24) Per la tesi che affinché ricorra la responsabilità del consorziato non è richiesto che il consorzio ne spenda il nome o che il terzo venga quanto meno reso edotto del fatto che il consorzio abbia agito nel suo specifico interesse, cfr. COTTINO, *op. cit.*, 56 s., per il quale è necessario e sufficiente che l'intervento consortile riguardi i consorziati in quanto tali e non quali membri del consorzio. Sostiene DE ANGELIS, *op. cit.*, 1380, che nel caso in cui il consorzio non dichiara per chi agisce sono i creditori, che temono di non trovare capienza nel fondo consortile per il soddisfacimento dei propri crediti, a dovere individuare i consorziati destinatari in concreto dell'attività del consorzio e che, come tali, sono coobbligati in solido con questo per le obbligazioni assunte dagli organi del consorzio.

(25) Cfr. in tali precisi termini DE ANGELIS, *loc. cit.*, cui *adde* ID., *Questioni in tema di rapporti fra consorzi e consorziati*, in *Soc.*, 1999, 1306 ss., con riferimento specifico all'interrelazione fra il consorzio e le imprese consorziate e sulla natura del mandato affidato da queste al consorzio.

(26) Cfr., sul punto, PAOLUCCI, *op. cit.*, 436, che dopo avere premesso che i consorzi con attività esterna danno luogo alla costituzione di autonomi centri di imputazione nei confronti dei terzi, aggiunge che per essi si può porre anche il problema se possa parlarsi, o meno, di personalità giuridica, e che comunque implica quello del loro inquadramento fra le imprese commerciali e quindi della loro soggezione alla disciplina concorsuale.

(27) Per l'opinione che si versi in un'ipotesi di deroga ai principi scaturenti dall'art. 1705 c.c., cfr.: GALGANO, *op. cit.*, 150 s.; BIANCHI, *Responsabilità verso i terzi delle persone che hanno la rappresentanza del consorzio e dei singoli consorziati* (art. 2615 c.c.), in *Giur. comm.*, 1987, 590, cui *adde* BUONAJUTO, in *Nuova rassegna di giurisprudenza sul codice civile* a cura di C. RUPERTO e V. SGROF, lb. V, t. 6, Milano 1994, 3034.

Per l'affermazione che il comma 2 dell'art. 2615 c.c. si presenti come un modello non certo esemplare di chiarezza e di precisione tanto da determinare a più riprese interventi giurisprudenziali e dottrinari, che non hanno però del tutto eliminato i dubbi sulla sua interpretazione, cfr. VIDIRI, *Consorzi con attività esterna*, cit., 440.

(28) È opportuno ricordare come sul piano strutturale le riunioni di imprese e, conseguentemente, anche i consorzi, possono distinguersi in orizzontali, che si realizzano tra imprese in possesso della stessa specializzazione al fine di assommare le proprie risorse per l'esecuzione di opere richiedenti per la loro entità una concentrazione di mezzi tecnici, organizzativi e finanziari (più imprese si accordano per la costruzione, ad esempio, di un ponte, di una galleria, di una strada, con l'intesa che ciascuna eseguirà una specifica parte dei relativi lavori in piena autonomia dalle altre), e verticali, che si caratterizzano sulla base di una reciproca collaborazione cui sono chiamate imprese aventi differenti specializzazioni e, quindi, capacità e mezzi di diversa provenienza, sulla cui base si procede poi a scomporre l'esecuzione dei lavori in singole parti da assegnare a ciascuna impresa in ragione della sua peculiare competenza ed esperienza (più imprese si accordano, ad esempio, per la costruzione di un complesso immobiliare turistico, che per richiedere l'esecuzione di

capitale sociale (cfr. l. 19 marzo 1983 n. 72). Una realistica presa d'atto della realtà fattuale in sede normativa si è avuta con l'art. 2613-ter c.c. che prevede, appunto, « che le società previste nei capi III ss. del titolo V (Libro quinto del codice civile) possano assumere come oggetto sociale gli scopi indicati nell'art. 2602 » (29).

La suddetta norma non elimina però i dubbi sulla normativa applicabile alle società consortili, in quanto se una parte consistente della dottrina segue l'opinione fatta propria dalla decisione annotata — secondo cui al consorzio va estesa l'intera disciplina codicistica del tipo sociale assunto (30) — altra parte della dottrina afferma invece che nella fattispecie in esame si sarebbe in presenza di un fenomeno di sovrapposizione di sostanza (quella del consorzio) alla forma (quella della società) con la conseguenza che le norme dettate espressamente in tema di consorzi si applicherebbero direttamente nei rapporti con i consorziati e fra questi e i terzi, mentre la normativa societaria si dovrebbe applicare per tutto ciò che concerne il funzionamento dell'organo sociale. E in questa direzione si è detto che la società consortile non è tanto una società utilizzata quale negozio indiretto per finalità consortili ma è piuttosto « un consorzio che adotta vestiti societari » (31), sicché la sua disciplina non può che essere influenzata dalle norme consortili strettamente legate dalla causa mutualistica; e, su tale premessa, si è poi concluso con l'affermarsi che « risultano recepite nella materia consortile per il tramite dell'art. 2615-ter le norme organizzative, di funzionamento e di responsabilità del tipo di società di persone o di capitale adottato (ad esempio, l'imperatività della delibera collegiale e della presenza dei *quorum* nelle seconde; l'inderogabilità della responsabilità personale illimitata nelle prime), ma che debbano prevalere, nel contrasto tra principi societari e principi consortili, quelli, tra i secondi, che siano da reputarsi essenziali e propri della causa del contratto di consorzio » (32).

Quest'ultimo orientamento è stato condiviso anche in giurisprudenza che, infatti, ha statuito che nel caso di società-consorzio, costituita tra più imprenditori ai sensi dell'art. 2615-ter, restano interamente applicabili le disposizioni sui consorzi dettati dagli art. 2602 ss. c.c., tenuto conto che l'espressa previsione in questo senso contenuta nell'art. 2620, comma 1, c.c. non può trovare

parti murarie, compresi servizi e opere destinate allo svago e all'intrattenimento, ed infine l'allestimento di impianti igienici, idrici, di illuminazione, necessità di una specializzazione settoriale).

Per l'espressa previsione dei suddetti tipi di riunione di imprese, cfr. art. 21 l. n. 584, cit. e, più di recente, per quanto attiene ai consorzi, v. il combinato disposto dell'art. 10 l. quadro 11 febbraio 1994 n. 109 (in materia di appalti pubblici, c.d. « Merloni-ter ») e dell'art. 95 d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 (regolamento di attuazione della l. quadro 11 febbraio 1994 n. 109) relativa ai requisiti economici-finanziari e tecnici amministrativi richiesti dai bandi per la partecipazione alle gare per l'assegnazione degli appalti.

In generale, sulla diversa portata e regolamentazione normativa dei due tipi di riunione di imprese, v., per tutti, in dottrina MAZZONE, *L'associazione temporanea di imprese*, cit., 564 ss.

(29) Osserva PAOLUCCI, *op. cit.*, 436, che l'art. 2615-ter c.c., introdotto nella novella del 1976, ha eliminato tutte le remore e i contrasti precedenti in merito alle società costituite per scopi consortili e, pur nella non certa perfetta formulazione, ha ammesso il perseguimento dello scopo consortile da parte delle società commerciali (o, comunque, esaminando il fenomeno dal punto di vista dei soci consorziati, ha ammesso l'utilizzazione delle società commerciali per il conseguimento dello scopo consortile). Per analoghe considerazioni, cfr. MARASÀ, *Le società - Società in generale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da G. IUDICA e P. ZATTI, Milano 2000, 271, per il quale l'art. 2615-ter legittima l'uso indiretto dei tipi ordinari di società a fini consortili, e precisa anche che lo scopo consortile è pur sempre uno scopo economico, sebbene diverso dallo scopo lucrativo ex art. 2247 c.c.

(30) Per tale indirizzo, cfr., per tutti, SIMONETTO, *Consorzi: primi appunti sulla l. 10 maggio 1976 n. 377*, in *Riv. soc.*, 1977, 806; VOLPE PUTZOLU, *I consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da F. GALGANO, IV, Padova 1981, 426; PAOLUCCI, *Consorzi e società consortili*, cit., 437. Per MARASÀ, *Le società senza scopo di lucro*, Milano 1984, 259 ss., risultano invece inapplicabili tutte le norme societarie attinenti alla funzione lucrativa mentre deve considerarsi inderogabile la disciplina societaria relativa alla tutela degli interessi dei terzi.

In giurisprudenza, per tale orientamento, cfr.: Trib. Venezia 8 gennaio 1985, in *Foro it.*, 1986, I, 1425; Trib. Milano 12 maggio 1984, in *Giur. comm.*, 1985, II, 531, che assoggetta le prestazioni accessorie, al di fuori dell'obbligo di pagare i contributi in denaro, alle prescrizioni di cui all'art. 2345 c.c. e ritiene le delibere assembleari delle società consortili assoggettate alle norme societarie e non alle disposizioni degli art. 2606 e 2607 c.c.

(31) In questi termini, COTTINO, *op. cit.*, 59.

(32) Così ancora COTTINO, *op. cit.*, 60.

limitazioni o deroghe, sotto il profilo della compatibilità di tali deroghe con quelle dettate in tema di società, perché nella indicata fattispecie la società non viene impiegata nella sua funzione tipica ma come strumento di attuazione di una volontà diversa, specificamente riconosciuta e regolamentata dalla legge (33).

In ragione delle suddette argomentazioni suscita riserva la conclusione cui è pervenuta, seppure con motivazione chiara e ampia, la decisione annotata, che fa sorgere dubbi anche sotto altri versanti.

Ed invero se si considera la frequenza che assume il ricorso a modelli di società di capitali da parte di consorzi chiamati a gestire imponenti opere pubbliche (34), non si può fare a meno di osservare, su di un piano generale, che nell'attuale assetto ordinamentale il frequente ricorso da parte del legislatore alle società di capitali (e, segnatamente, alla società per azioni) assume un non trascurabile significato dogmatico in quanto conferma la tendenza del nostro legislatore ad abbandonare un modello rigido di società di capitali (e, segnatamente, di società per azioni) per servirsi di esso per le più diverse finalità, prima fra tutte quella di perseguire la soddisfazione di interessi che, per la loro rilevanza, consigliano la presenza di consistenti strutture aziendali, di ingenti capitali nonché, contestualmente, l'adozione di penetranti controlli. Le società di capitali finiscono così per fungere da strumenti organizzativi e gestionali utilizzabili « per scopi variabili », tanto vero che può adesso parlarsi di strutture di per sé « neutre » alle quali possono corrispondere una funzione lucrativa ma anche funzioni diverse ed eterogenee tra loro, con conseguenziali specifiche regolamentazioni che si differenziano dalle rigide discipline codicistiche proprio in considerazione degli interessi coinvolti (35).

In un'ottica più particolare va poi osservato come tutta la normativa sulle associazioni temporanee di imprese e sulle formazioni consortili offerta dalla copiosa legislazione di settore (l. n. 584, cit.; l. 21 maggio 1981 n. 240; d. lgs. n. 406, cit.; l. 11 febbraio 1994 n. 109) dimostra che tra disciplina codicistica e disposizioni sulle società consortili sussiste una netta divaricazione, riscontrabile in particolare per quanto attiene agli specifici rapporti tra imprese consorziate e tra queste e i terzi (36).

Né può essere sottaciuto che l'operatività nella fattispecie in esame dell'originario mandato anche nel passaggio tra associazione temporanea di impresa e società consortile risulta confortata dalla lettera dell'art. 23-bis l. n. 584, cit. (introdotto con l'art. 12 l. n. 687, cit.), che con l'adoperare l'espressione « la società subentra » mostra di rifiutare ogni effetto novativo dei rapporti in precedenza instauratisi tra le imprese consorziate. Per di più, sul piano pratico, la soluzione seguita presenta gli indubbi vantaggi di assicurare un approdo dalla fase di aggiudicazione dei lavori a quella della esecuzione in linea con l'iniziale volontà delle imprese, e di agevolare, con il passaggio agli

(33) Cfr., in tali sensi, Cass. 4 novembre 1982 n. 5787, in *Giur. comm.*, 1984, II, 568, e in *Foro it.*, 1983, I, 1657, che ha ritenuto operanti nella società consorzio le disposizioni degli art. 2603, 2609 e 2610 c.c. con riguardo allo scioglimento del vincolo consortile rispetto al singolo consorzio e che, conseguentemente, in una società consortile avente come oggetto sociale la gestione di un binario di raccordo di proprietà comune, ha considerato causa di esclusione automatica dalla società la revoca a un'impresa consorziate della concessione ferroviaria, anche in assenza di una esplicita previsione statutaria.

(34) Tale realtà fattuale è sicuramente alla base dei c.d. « consorzi stabili », creati con la l. n. 109 del 1994 in funzione strumentale all'affidamento degli appalti da questa disciplinati, e che per il disposto dell'art. 12 della stessa legge devono costituirsi con la partecipazione di non meno di tre imprese consorziate che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare « esclusivamente » (avverbio però successivamente soppresso dall'art. 9, comma 22, l. 28 novembre 1998 n. 415) « in modo congiunto nel settore dei lavori pubblici, per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa ».

(35) Per l'assunto che dall'iniziale modello codicistico della società per azioni si sia passato gradualmente da parte del legislatore a privilegiare finalità di settore, con il dettare specifiche discipline per società di grandi dimensioni ed esercenti particolari attività (bancaria, assicurativa, editoriale di quotidiani o periodici, sportiva) o per società il cui capitale sia, in tutto o in parte, in mano pubblica (si pensi alle Ferrovie dello Stato), v., *amplius*: VIDIRI, *Profili societari ed ordinamentali delle recenti modifiche alla l. 23 marzo 1981 n. 91*, in *Riv. dir. sport.*, 1997, 13 ss.; ID., *Le società sportive tra normativa speciale e disciplina codicistica*, in *Soc.*, 1991, 751 s.

(36) Per un esame delle numerose problematiche scaturenti dalla legislazione di settore, v., per tutti: DE ANGELIS, *Sulla possibilità, per i consorzi, di utilizzare in « trasparenza » i requisiti delle imprese consorziate*, cit., 1384 ss.

schemi societari, il formarsi delle strutture aziendali e dei capitali richiesti per i più dispendiosi compiti ricollegati all'esecuzione delle opere appaltate (37).

Corollario di quanto ora detto è che anche a volere rifiutare l'assunto che estende alle società consortili l'intera normativa di cui agli art. 2602 ss. c.c., deve quanto meno saggarsi di volta in volta la compatibilità tra disciplina codicistica e leggi speciali, in linea con l'indirizzo giurisprudenziale che, pur ritenendo applicabile alle società consortili per azioni la disciplina generale per le società di capitali, esclude tale applicabilità allorquando la legge speciale preveda particolari norme derogatrici (38).

GUIDO VIDIRI

(37) Sulla portata dell'art. 23-bis l. n. 584, cit., v., per tutti, GALGANO, *L'imprenditore*, cit., 152 ss.

(38) Cfr. Cass. 7 luglio 1989 n. 3228, in *Giur. comm.*, 1991, II, 14.