

Lambaradan

ANNO 4 - N. 2
SETTEMBRE 2012

Poste Italiane S.p.A. - Spedizione in Abbonamento Postale - 70% NE/VR.



See "FALCON STARTING" in living color Tuesday on NBC. *Ford Falcon: coolest car in the world to own.*

Introducing a wonderful new world of savings
in the new-size 1960 Ford *Falcon*.

Look at the price tag for big news! For all its big-car comfort, styling and power, the Falcon delivers for less than many imported economy cars.

Honest-to-goodness six-passenger comfort. Plenty of room for six... and all their luggage!

New six-cylinder engine... up front for greater safety and stability. A brand-new power plant specifically designed to power the Falcon over America's hills and highways with "big car" performance and safety.

World's most experienced new car. The Falcon was proven over every mile of considered Federal Highway in Experience Run, U.S.A., a grueling demonstration climaxing Ford's 5 years and 5 million miles of testing and development.

Up to 30 miles a gallon on regular gas. Experience Run, U.S.A., proved the Falcon's exceptional gas mileage and oil economy.

Made in U.S.A. . . . serviced everywhere. The Falcon is a product of Dearborn, Michigan, automotive capital of the world. Every part of the Falcon has been designed for maximum durability and dependable performance. Falcon service is available at over 7,000 Ford Dealers across the country.

See us soon. See the Falcon.

FORD BUILDS THE WORLD'S MOST BEAUTIFULLY PROPORTIONED CARS

FORD - The Finest Ford of a Lifetime FALCON - The New-Size Ford THUNDERBOLT - The World's Most Wanted Car

1959

L | A

LAMBERTINI & ASSOCIATI

Studio Legale

Rivista semestrale, n. 2, anno 2012

Iscrizione Registro Stampa Tribunale di Verona n. 1844

Direttore responsabile	Ferruccio Vendramini - iscr. Albo Giornalisti di Venezia n. 24746
Direttore editoriale	Lamberto Lambertini
Capo Redazione	Federico Cena

Stampa

Cierre Grafica

via Ciro Ferrari, 5 - Caselle di Sommacampagna (Verona)

tel. 045 8580900 - fax 045 8580907 - www.cierrenet.it

La bella estate dell'avvocato (?)

Parecchi anni fa gli avvocati di una certa età facevano una gara un po' singolare, per la quale il professionista migliore non era quello che vinceva tutte le cause o quello più preparato, o quello con la clientela più importante. Tutto questo, per quanto rilevante, passava in secondo piano: il principe del foro era quello che faceva le vacanze più lunghe. Così il simpatico Presidente di un Consiglio dell'Ordine del Veneto chiudeva bottega al 20 di luglio e ritornava al 16 di settembre.

Chi non poteva permettersi questi tempi di riposo masticava amaro o si consolava pensando che non avrebbe psicologicamente retto ad un vuoto di lavoro per oltre due mesi, qualunque fosse il divertimento o il riposo che ci si poteva aspettare dalle ferie.

Alcuni tra noi infatti hanno sempre aderito alla teoria Paolocontiana "*se non avessi questa vita morirei, in un terrore di vacanze mi perderei*".

Oggi quel simpatico gioco sulle vacanze non viene più proposto anche perché, se a qualcuno riesce ancora una pausa così lunga, non va più a vantarsene poi in giro. E questo non tanto per un allineamento, magari tardivo, alla morigeratezza montiana o al rigore tedesco che si vorrebbe imporre a tutta l'Europa. Quanto perché i tempi di lavoro, nella crisi economica e finanziaria che ha colpito l'Europa ed il nostro Paese, sono diversi rispetto a quelli di quindici o vent'anni fa. Ed un vacanza prolungata significa spesso scarsa occupazione (attuale) ed una grande preoccupazione (per il futuro).

Peraltro, da un lato l'attività dell'avvocato è profondamente cambiata e probabilmente in peggio. Dall'altro la remunerazione che si ricava dalla attività è molto diminuita, tanto da mettere in pericolo l'esistenza dei piccoli studi con uno o due professionisti, senza vera specializzazione e quindi con una offerta troppo generica perché il cliente la possa cogliere.

Questa affermazione è paradossalmente confermata dalle statistiche degli studi nazionali più rilevanti che, sulla rivista di settore, pubblicano redditi che indicano un prodigioso balzo in avanti nei ricavi per gli anni 2010-2011. Il dato è ovviamente vero, ma si riferisce ad

SOMMARIO

→ La bella estate dell'avvocato (?)	1
→ Ricordo di Francesco Galgano di Gianni Tantini	3
→ Ritratto di Walter Bigiavi di Francesco Galgano	5
→ Al capolinea della giustizia italiana di Claudio Consolo	11
→ La tecnica dell'avvocato civilista: dal confronto con il cliente all'argomentazione probatoria di Paolo Doria	21
→ Atto di destinazione e crisi d'impresa: strumento a tutela o contro le procedure concorsuali? Prof. Lorenzo Salvatore	30
→ Giorni Felici	43
→ In pari causa turpitudinis... di Fiorenzo Festi	47
→ <i>Tiere sind Sachen</i> : il danno non patrimoniale damorte dell'animale d'affezione è risarcibile perché la proprietà è un diritto inviolabile di Matteo Salvatore	51
→ L'arbitrabilità delle controversie in materie di giurisdizione esclusiva: la natura interpretativa dell'art. 6 della l. 205/2000	56
→ L'arbitrato fiscale... (palleggio a dribbling fugace tra i profili fiscali dell'arbitrato) di Marco Mamoli	69
→ I patti di famiglia: un fallimento annunciato di Giuseppe Rebecca	78
→ <i>Quando si dice che possesso vale "titolo"...</i> di Arianna Segala	87
→ <i>Omnia mutantur, nihil interit</i> : il mutamento di destinazione d'uso in materia edilizia di Ilaria Miller	89
→ La responsabilità da investimento "vanitoso" degli amministratori di fondazioni di origine bancaria di Lamberto Lambertini	93
→ L'amministratore non risponde di <i>mala gestio</i> per la sottoscrizione di derivati	101
→ Il centro di Vicenza? Una miniera gastronomica! di Paul Zuffermant	107
→ Venezia, oh cara! Elogio de " <i>I Quadri</i> " di René Gourmant	110



una cerchia limitata di professionisti: quelli attrezzati per le operazioni che la crisi economica ha sviluppato e capaci di seguire i clienti nelle dismissioni di partecipazioni ed aziende, nella crisi d'impresa, nell'acquisto o nella vendita di marchi e realtà produttive a società straniere finanziariamente più attrezzate dei nostri imprenditori. Ma così non è per una buona parte degli avvocati italiani.

Non parliamo di coloro che, anche in realtà dimensionalmente piccole, hanno potuto razionalizzare, nella crisi, il proprio intervento ed hanno allargato la loro clientela, a danno dei colleghi meno forti.

Non parliamo di coloro che hanno trovato nella ristrutturazione dei debiti il naturale sbocco, rispetto ad una attività di assistenza, che li aveva occupati fino ad allora in favore di quelle imprese oggi troppo indebitate.

Parliamo invece dei giovani professionisti che si affacciano con difficoltà ad un mercato asfittico e ferocemente presidiato. Sono loro oggi a pagare l'effetto devastante della "politica" di un'avvocatura che non ha saputo proteggersi e che anzi, per sostenere il proprio sistema previdenziale, ha favorito l'accesso anche di coloro che mancavano dell'attrezzatura minima per affrontare la libera professione.

Naturalmente oggi la Cassa di Previdenza potrà garantire le pensioni solo ad una parte degli iscritti, quelli più vecchi. E così il problema si è, in vent'anni, decuplicato.

Ma, più che ad un'improbabile pensione, gli avvocati, soprattutto quelli al di sotto dei 40 anni, debbono oggi pensare a sopravvivere. La crisi economica riduce le

disponibilità di fruire di servizi legali per gli stessi motivi per cui la maggior parte degli italiani ha rinunciato a risparmiare per comprarsi la casa di proprietà.

Una causa costa, ha sempre esiti incerti, è particolarmente lunga. E quindi se può, il cittadino risparmia, magari rinunciando ad un bel po' delle proprie pretese, anche se legittime.

Sarebbe oggi di moda quel cartello che compariva nel salottino d'attesa di uno studio forse periferico. ma certamente avvertito: *"Si difendono solo convenuti"*.

A parte tutto, però, questa potrebbe essere una bella estate, per tutti gli avvocati, che vogliono recuperare la dignità di una professione svilita da mediazioni, giudizi asseritamente di pace, abolizione di tariffe minime, medie e massime professionali e così via lamentando.

Se cominciassimo con il metterci d'accordo tra di noi su quale riforma sia adatta alla professione nei prossimi dieci anni; se questo progetto convincesse governo e parlamento e divenisse legge; se redigere contratti, assistere alle assemblee di società, assistere le parti negli arbitrati ed altro fossero materie riservate a noi; se osservassimo il principio di legalità, collaborando ad eliminare le sacche di infedeltà fiscale, se esigessimo un reddito minimo per essere iscritti agli albi (magari pari a quelle di un impiegato statale di concetto); se i più vecchi si mettessero nei panni dei più giovani e insegnassero loro quella parte di mestiere che non si studia sui libri; se...

Buonismo? Utopismo? O più semplicemente colpo di sole estivo?

Forse no.

Forse solo buon senso.

GIANNI TANTINI

Ricordo di Francesco Galgano

Ci ha lasciati lungo l'ultimo miglio prima degli ottanta, e in una gelida giornata di febbraio, in una Bologna ancora piena di neve, lo abbiamo salutato nell'Archiginnasio della "sua" Via Zamboni dove per più di mezzo secolo aveva studiato, scritto, insegnato a studenti ed allievi ed esercitato l'avvocatura.

Spetta ad altri ricordare il Giurista e il Maestro, il suo lascito di idee e descriverne l'influsso esercitato sul diritto civile e la giurisprudenza. Per parte mia l'avevo conosciuto – come spesso accade – dai suoi libri quando, occupandomi di atti costitutivi e delibere, avevo studiato a lungo quei due lavori (entrambi a cavallo degli anni settanta) sulle *Associazioni non riconosciute* e le *Persone giuridiche* che, pur inseriti nel Commentario del Codice Civile di Scialoja e Branca, sono in realtà due monografie, tra le migliori, a mio parere, di Galgano: dove mette a fuoco i concetti di soggettività e personalità giuridica delle formazioni collettive considerando essenziale solo la prima, ai fini dell'imputazione dei rapporti, e riducendo la seconda ad un mero termine riassuntivo di una disciplina essenzialmente caratterizzata dall'inderogabilità dell'organizzazione corporativa in funzione del privilegio della responsabilità limitata dei membri del gruppo e di coloro che lo amministrano.

Un'operazione di semplificazione o, se si vuole, di "demolizione" della persona giuridica che, in quegli stessi anni, un altro giurista finissimo, Floriano D'Alessandro, porterà a compimento attraverso l'analisi del linguaggio.

Ma, come ho anticipato, non tocca a me parlare del giurista, vorrei invece dire qualcosa del ricordo che ho dell'uomo che ho conosciuto: quando, più di trent'anni fa, mi propose di scrivere un volume per il suo *Trattato di diritto commerciale*, allora agli esordi, è nata una collaborazione e poi un'amicizia che mi ha consentito di "vederlo da vicino". E di scoprire così una persona dai molti interessi, poliedrica, direi eclettica nel senso più alto del termine, o almeno nel senso che questo non lo ha portato a quel limite bene espresso dal brocardo "pluribus intentus nimis ad singula tentus": ho

conosciuto così il fine letterato, il pittore, l'architetto d'interni, e altro ancora.

In questa varietà di interessi c'era forse un denominatore comune, del resto proprio di altri grandi: una curiosità intensa rimasta intatta nel trascorrere del tempo, probabilmente dal bambino, all'adulto, certo alla persona matura. Tutto questo con il supporto di molti talenti, tra cui la capacità di arrivare subito al centro del problema, quella di esporre in termini semplici argomenti complessi e, non ultima, una memoria prodigiosa, ammesso che questa sia un talento e non un dono: un giorno si ritirò in un albergo della riviera romagnola e, in una settimana, scrisse quel gioiellino che è la *Storia del diritto commerciale* per poi, tornato a Bologna, aggiungere le note.

Ricordo anche un convegno dove in un intervento gli fecero una domanda del tutto fuori tema, e senza



scomporsi citò la norma di una ignota leggina che risolveva il problema.

In un altro convegno (uno degli ultimi purtroppo) lo vidi fare una sintesi lucidissima e puntuale dell'evoluzione della giurisprudenza della Cassazione fino al superamento, nell'azione di responsabilità contro gli amministratori promossa dal curatore, del criterio della determinazione del danno con riferimento alla differenza tra attivo e passivo fallimentare: teneva in una mano un foglio, ma non era una "scaletta", era la locandina del convegno. D'altra parte, non va dimenticato che un giovanissimo Galgano, subito dopo la laurea e già approdato alla scuola di Walter Bigiavi, aveva vinto il concorso di magistratura e quell'esperienza, pur breve, di magistrato ha però lasciato un segno profondo come dimostra del resto il sottotitolo della sua rivista, *Contratto e impresa*: dialoghi con la

giurisprudenza civile e commerciale. E, nelle tante discussioni di questi anni sulla riforma societaria, mentre lavoravamo ad uno degli ultimi volumi del *Trattato sulle Clausole generali nel diritto societario*, era emerso il paradosso di un governo che, ad un tempo, aveva fatto dell'antagonismo ai giudici una bandiera e, d'altra parte, aveva sparso a piene mani nel diritto delle società clausole generali, cioè norme elastiche, capaci perciò di adattarsi continuamente all'evolversi della realtà: e a chi è affidato il compito – diceva Galgano – se non al Giudice, di "riempirle" nel caso concreto individuando nuove fattispecie?

Non voglio continuare con piccoli episodi: altri, dicevo, descriveranno la figura di un giurista che forse merita un posto accanto a civilisti come Antonio Scialoja e Francesco Messineo. A me piace anche ricordare la creatività di un uomo buono e generoso.

FACCIAMO SOCIETÀ?

Opportunità e pericoli delle nuove forme societarie
per i professionisti
(Legge 12.11.2011, n. 183 e non solo)

Venerdì, 30 marzo 2012
ore 16

PALAZZO CAMOSSA, CORSO CAVOUR 44
VERONA

Presiede

PROF. AVV. GIOVANNI GABRIELLI
Emérito di Diritto Civile
Università degli Studi di Trieste

PROF. AVV. ALBERTO TOFFOLETTO
Ordinario Diritto Commerciale
Università degli Studi di Milano

PROF. AVV. LORIS TOSI
Ordinario Diritto Tributario
Università degli Studi di Venezia

PROF. AVV. ANDREA ZOPPINI
Ordinario Diritto Privato
Università degli Studi di Roma
Sottosegretario al Ministero di Grazia e Giustizia

Conclude

AVV. LAMBERTO LAMBERTINI

FRANCESCO GALGANO

Ritratto di Walter Bigiavi¹

Un ritratto deve cominciare dalla descrizione dell'aspetto fisico. Dirò subito, perciò, che Walter Bigiavi aveva un aspetto imponente. Non sorprenda se aggiungo che era alto appena un metro e sessantotto centimetri. Quale che fosse il numero a la statura delle persone che lo circondavano, la sua presenza era quella dominante.

Era ricercato nell'abbigliamento. Prediligeva abiti classici. Di inverno gli piaceva usare le ghette, anche se era ormai l'ultimo ad usarle. Si compiacenza dei suoi guanti di lupo della Sila. D'estate indossava, immanabilmente, un completo bianco: giacca e pantaloni di lino, scarpe, calze, camicia, cravatta bianche.

Il so incedere era rapido, ad onta della sua pur evidente corpulenza. Praticava il tennis (e lo avrebbe praticato fino alla settimana precedente la sua scomparsa); da giovane aveva, nel ruolo di terzino, giocato al calcio. Era altrettanto rapido nello sferrare fulminanti battute. Con una sola parola demoliva il malcapitato cui erano rivolte.

Demolì un pomposo oratore che, in una affollata sala, annoiava il pubblico declamando solenni banalità. Quando l'oratore, volendo sottolineare il proprio originale apporto, usò incautamente l'intercalare: "a mio *modesto* avviso",

si udì nella sala una voce, bassa, ma da tutti percepibile: "*molto* modesto".

Bigiavi non aveva perso l'occasione per far conoscere, al pubblico come all'oratore, l'opinione che si era fatto di quest'ultimo.

Sono stato tante volte testimone di simili episodi, non poche volte io stesso bersaglio. Altri episodi mi sono stati riferiti. Era da poco professore quando il regime del tempo impose nelle università l'insegnamento di una nuova disciplina, denominata mistica fascista. In un corridoio della facoltà incontrò un colonnello della milizia, che in divisa e camicia nera gli rivolse la pa-

rola dicendogli: "ha visto, professore, siamo diventati colleghi".

Bigiavi guardò le maniche della propria giacca e gli rispose: "perché, mi hanno promosso colonnello?".

Ho, invece, assistito ad un analogo episodio, sempre in un corridoio della facoltà. Il professore di diritto ecclesiastico gli era venuto incontro festoso, dicendogli:

- "ti do una bella notizia, sono stato eletto presidente dei giuristi cattolici".
- "mi stupisco", gli rispose Bigiavi.
- "perché", domandò l'altro, "non sapevi che sono cattolico?"
- "questo lo so bene" ribatté Bigiavi, "non sapevo che tu fossi giurista".

Altro personale *amarcord*. Una laureanda è china sui libri, ad un tavolo dell'Istituto giuridico; sta preparando la tesi di laurea in procedura civile. Bigiavi, passandole accanto, nota il suo travaglio e le domanda:

- "qual è l'argomento della sua tesi?"
- "un tema orribile", risponde la studentessa, "la continenza"
- "è vero", ammette Bigiavi, "lo diceva anche San Paolo".

Possedeva per dote naturale ciò che si definisce come autorevolezza. Gli piaceva raccontare che, nel corso degli allievi ufficiali, aveva conseguito il massimo dei voti in attitudine al comando. Nessuno di noi dubitava della veridicità della notizia.

Di questo militare riconoscimento era stato fiero a tal punto che, una volta congedato, aveva fatto stampare un biglietto da visita con la scritta: *Walter Bigiavi, tenente di complemento*.

Ma nel 1938 fu colpito dai provvedimenti sulla razza. Il ministero della guerra gli comunicò che era stato degradato a caporale. Bigiavi volle prendere la cosa sul faceto. Fece stampare un nuovo biglietto da visita, sul quale corresse: *Walter Bigiavi, caporale di complemento*. Dovette accorgersi, poco tempo dopo, che la cosa era tremendamente seria. Fu rimosso dalla cattedra; negli

¹ Da *Contratto e impresa* 6, 2008.

anni dell'occupazione nazista riuscì, miracolosamente, a sottrarsi alla deportazione. Ma gli rimase un'angoscia, che lo avrebbe tormentato per il resto della sua vita: i suoi genitori non avevano avuto uguale fortuna; erano morti nei campi di sterminio.

Walter Bigiavi era profondamente laico. E la sua era una laicità militante. Precorrendo i tempi, aveva scritto, nel 1951, *Ateismo e affidamento della prole*, un appassionato pamphlet suscitato da una sentenza che, nel decidere sull'affidamento dei figli di genitori separati, aveva preferito la madre credente al padre dichiaratamente ateo.

Amava i *nonsense*; ed anche il suo ateismo ne era materia. Soleva ripetere: “non credo alla Provvidenza, ma so che mi aiuta”.

Forse per questo, quando riceveva per posta inviti a sottoscrivere offerte per le missioni cattoliche, non esitava a rispedire, debitamente riempiti, i relativi bollettini di versamento. In verità, era molto generoso, e nel praticare la beneficenza non faceva discriminazioni.

Il suo repertorio era ricco di memorabili giochi di parole, che rapidamente facevano il giro delle università italiane. Per il gusto di una battuta non risparmiava strali a nessuno, Di Santoro-Passarelli, che pontificava dalla sua cattedra romana (e dalla presidenza di importanti enti pubblici), ammoniva:

“non è tutto Santoro quel che luce”.

Quando Renzo Provinciali, ormai cinquantenne, riuscì ad ottenere una cattedra universitaria, scrisse nella *Rivista di diritto civile*:

“dalli e dalli, finalmente ce l'ha fatta il nostro Provincialotto”.

Invano Provinciali lo querelò per diffamazione. Fu assolto per avere esercitato il diritto di satira. Provinciali restò fra i suoi bersagli. Non gli perdonò d'aver scritto, in una divagazione musicale apparsa nella *Rivista di diritto fallimentare*, che l'arte sublime di un direttore d'orchestra aveva deliziato “le platee di Beirut”.

Immortalò la topica scrivendo, sempre nella *Rivista di diritto civile*:

“d'ora in poi non si dirà più prendere lucciole per lanterne o fischii per fiaschi, ma Birut per Bayreuth”.

Di Luigi Scavo Lombardo ebbe a scrivere:

“scavo, scavo, ma non trovo Lombardo”.

E ad Antonio Segni, che aveva enunciato una maldestra teoria (ma a quel tempo Segni, oltre che insegnare procedura civile, era eminente uomo politico), dedicò



questo dilemma, che si legge ne *La piccola impresa*: “sono i tempi di Segni o sono i segni dei tempi?”.

Replicò, infastidito, a Giuseppe Ragusa Maggiore, che con insistenza degna di miglio causa criticava, punto dopo punto, ogni sua argomentazione, così citandolo: “obietta ancora questo Ragusa, Maggiore o minore che sia...”.

E quando seppe che una commissione di concorso a cattedre, formata in prevalenza da commissari romani, aveva intenzione di includere nella terna, oltre al meritevole Agostino Gambino, anche altri candidati di Roma, scrisse ai membri della commissione: “non fate il passo più lungo del Gambino”.

Della satira, scritta oppure affidata alla tradizione orale, si avvaleva spesso per cogliere il risibile nelle tesi dei suoi avversari.

- “perché ride?”, domandò nella biblioteca dell'Istituto ad un lettore che, leggendo un suo articolo, appena pubblicato, si era prodotto in una sonora risata.
- “non riderà più quando, fra un po', leggerà ciò che ho scritto di lei”.

Altrettante volte usava la satira per castigare il malcostume accademico, oppure per detronizzare i mostri sacri del suo tempo. Il suo capolavoro, in quest'ultimo genere, era stato il saggio dal titolo *Scritti quasi giuridici in onore di me stesso in occasione del mio cinquantesimo compleanno*, apparso nel 1954 nella *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Il titolo stesso valeva a mettere in berlina il vieto costume accademico degli scritti in onore; il contenuto era detronizzante.

Principale obiettivo era stato Enrico Redenti, venerato maestro della scuola e del foro bolognese, acclamato presidente del Consiglio dell'Ordine. Bigiavi a quel tempo condivideva la direzione della rivista, ma aveva profittato di un'assenza di redenti per fare uscire di soppiatto i suoi *Scritti quasi giuridici*. Il saggio merita d'essere riletto. Qui mi limito a segnalare questa battuta: "Redenti ha, come il papa, il dono della infallibilità. Come lo ha conseguito? È semplice: da anni non scrive più un rigo; dunque, non può sbagliare".

Mandò un estratto dell'articolo a tutti gli allievi di Redenti. Uno di essi, secondo il costume, si affrettò a rispondergli con un biglietto di ringraziamento, e non mancò di aggiungere (sempre secondo il costume) che aveva letto il saggio tutto d'un fiato, condividendone appieno l'intero contenuto. Anche a questo biglietto Bigiavi dette ampia divulgazione.

Inutile raccontare l'inevitabile epilogo: la rottura fra i due condirettori; l'uscita di Bigiavi dalla direzione, cui fece seguito la fondazione, da parte di Bigiavi, della nuova *Rivista di diritto civile*.

Detronizzava i mostri sacri, ma neppure lasciava impunte le piccole vanità. Un memorabile episodio merita d'essere rievocato, ed ora mi rendo conto che tutti i testimoni di quell'evento (escluso solo Raffaele Poggeschi) sono nel frattempo scomparsi. Accade intorno al 1960, quando un giovane cultore del diritto civile, aspirante alla relativa cattedra, aveva dato alle stampe un libro sulla *Autonomia privata*. Orgoglioso dell'opera sua, andava dicendo in giro che, essendosi cimentato su un simile tema, poteva guardare da pari a pari Emilio Betti.

La notizia giunse alle orecchie di Bigiavi. Un numero considerevole di giuristi bolognesi, professori ed assistenti (il sottoscritto fra questi ultimi), furono da lui invitati ad una riunione nel suo studio. Ricorso, fra i tanti presenti, Tito Carnacini, Federico Mancini e lo stesso Luigi Ferri, tutti curiosi di sapere la ragione di questa misteriosa convocazione. Essendoci fra i presenti anche una donna, Franca Semiani Bignardi,

Bigiavi esordì dicendo: "lei, Franca, esca e chiuda la porta".

La Semiani Bignardi, pur protestando per la discriminazione, uscì. La curiosità dei presenti si era ulteriormente accresciuta. Disse allora Bigiavi: "non ho nessuna stima per Emilio Betti, che giudico un mediocre giurista. Ma Lei, Luigino Ferri, che va dicendo in giro d'essere ormai pari a Betti, sa che cosa è al suo confronto?". Seguì una serie interminabile di irripetibili epiteti, il cui tenore fece comprendere perché la Semiani Bignardi fosse stata invitata ad uscire.

Il suo vero antagonista era Tullio Ascarelli, che insegnava a Roma e divideva con Bigiavi la fama di massima autorità della loro comune disciplina. Fra i due non mancavano le frecciate polemiche, dirette quelle di Bigiavi, indirette quelle di Ascarelli, che alludeva criticamente alle posizioni del primo senza menzionarlo. Entrambi gioivano quando l'uno leggeva che le teorie dell'altro erano state attaccate da terzi o quanto meno, messe in discussione. Mi piace però ricordare questo: Bigiavi non risparmiava strali ad Ascarelli quando conversava con i propri allievi. Ma a costoro era vietato: solo lui poteva farlo.

Si distinguevano entrambi, entro il panorama nazionale, per la loro cultura cosmopolita, decisamente in contrasto con l'italocentrismo culturale dei giuristi del loro tempo. Bigiavi era asceso alla cattedra, nel 1933, con un libro, gli *Appunti di diritto giudiziario*, nel quale mostrava padronanza del *common law*, che ai suoi contemporanei doveva essere apparsa come l'evocazione di un mondo esotico.

Si contrapponevano fra loro per il metodo. Il cosmopolitismo di Ascarelli era proclamato; il suo discorso era esortativo, rivolto soprattutto al legislatore, che sollecitava ad attuare riforme altrove già attuate. Bigiavi, per contro, era un giuspositivista, attendo al dato normativo; il suo interlocutore era il giudice, la sua argomentazione mirava sì ad obiettivi di giustizia sostanziale, ma ad essi voleva condurre il giudice in via di interpretazione del diritto vigente; ed era stata emblematica, in questo senso, la sua instancabile opera di persuasione all'accoglimento, da parte della riluttante giurisprudenza, della figura dell'imprenditore occulto, cui aveva dedicato due libri e una sterminata quantità di articoli.

Ad Ascarelli piacevano i discorsi sul metodo; Bigiavi ne rifuggiva: era, a questo riguardo, pragmatico, soleva ripetere che il migliore discorso sul metodo è un libro metodologicamente ben scritto.

Bigiavi prediligeva le sottili interpretazioni; la sua teoria dell'imprenditore occulto, taluno aveva osservato, era costruita sulla "punta di spillo" di un comma di una norma della legge fallimentare. Ascarelli gli si opponeva, pur senza nominarlo, come era suo costume, proclamando che "il mondo ha bisogno di nuove idee, non di sottili interpretazioni".

Era nato nel 1904 al Cairo, dove il padre esercitava la professione di avvocato. Là si era formato, in un ambiente di lingua e di cultura inglese, crocevia di culture d'Oriente e di Occidente. Aveva poi completato in Germania i suoi studi pre-universitari, per approdare infine in Italia: aveva frequentato l'università di Modena, città di origine del padre, dove si era laureato discutendo una tesi con Giuseppe Osti.

Di Bigiavi laureando è rimasto il ricorso di una sua battuta: aspettava, nella biblioteca dello studio legale di Osti (che era a Bologna, in via Garibaldi, nell'appartamento che era stato l'abitazione di Giacomo Venezian, del quale Osti aveva sposato una figlia); e poiché l'attesa di prolungava (Osti era molto preso dai suoi impegni professionali), il professore disse allo studente: "intanto legga un libro. Quale libro vuole leggere?"

Bigiavi sapeva che Osti, autore di pregevoli articoli, non aveva scritto un solo libro (e non ne avrebbe scritti neppure in seguito). Non perso l'occasione per una frecciata; gli rispose: "mi dia un suo libro".

Era un lettore accanito, leggeva di tutto, e nelle più diverse lingue, come testimonia anche la rubrica *Cose lette*, che teneva sistematicamente nella sua rivista e nella quale coglieva i riferimenti al diritto, speso velenosi, che trovava nelle letterature extragiuridiche, inclusa la narrativa. Non c'era, nella sua giornata, un tempo prestabilito per lo studio ed uno per la lettura d'evasione. Mi capitò, un giorno, d'essere ricevuto da lui alle undici del mattino e di scoprire che, al suo tavolo di lavoro, stava leggendo *Cronache di poveri amanti* di Vasco Pratolini. Ma dal suo tavolo di lavoro si distaccava solo a notte inoltrata. Si sentiva in dovere di leggere, con estrema attenzione, la produzione dei giovani cultori della sua materia o delle materie affini. Riceveva, senza eccezione, gli autori che gli avessero chiesto udienza, ed a tutti esprimeva il suo giudizio, positivo o negativo che fosse. Altro dovere, al quale riteneva non potersi sottrarre, era di rispondere a qualsiasi lettera che avesse ricevuto. Un adempimento che talvolta lo sfiancava. Ebbe però, al ritorno da un viaggio e di fronte alla grande mole di

corrispondenza che nel frattempo si era accumulata, un'estrema risorsa: fece rispedire la posta ai mittenti, in modo che costoro sapessero che non aveva eluso il dovere di rispondere.

Dopo la sua morte la figlia Lia mi ha donato una vasta serie di volumi, rilegati in marocchino. Era la raccolta, divisa per anni, degli estratti di tutti i suoi saggi. Ciò che colpisce è che ciascuno di essi è postillato da annotazioni di suo pugno: sono aggiornamenti, nuove riflessioni, repliche a critiche da altri mossegl. Non abbandonava mai i suoi temi di ricerca; continuava, incessantemente a seguirli. Fra le pagine erano anche inseriti, nei luoghi pertinenti, ritagli di stampa o lettere ricevute, come ad esempio una lettera dell'allora giovanissimo Luigi Mengoni che gli dichiara, francamente, il proprio dissenso su una tesi sostenuta in tema di vizi del consenso.

Dagli studenti era amato e temuto. Le sue lezioni li ammaliavano, e non era raro che venissero ad ascoltarle anche studenti della vicina facoltà di lettere. Ma era spietato agli esami. Gli bastavano poche domande, a volte una sola domanda, per decretare una immediata bocciatura. Ad uno studente che lo aveva implorato:

- "Professore, mi faccia un'altra domanda"
- "che ora è?", chiese.
- "sono le 18 e 30", rispose sollecito lo studente.
- "si accomodi", replicò Bigiavi.
- "e l'altra domanda?"
- "gliela ho già fatta", ribattè.

Era spietato ed inflessibile, Un giorno agli studenti che si accalcavano fuori dell'aula, nell'attesa che cominciassero gli esami, ordinò: "entri per primo quello che si è fatto raccomandare dal Cardinale".

Ai davvero meritevoli non mancava di dare (ma era un evento che faceva epoca) il massimo dei voti e la lode. Ben pochi osavano chiedergli la tesi di laurea. Quando ebbi un simile ardire, mi disse: "lei non sa quanto la farò soffrire".

Dai giovani pretendeva molto, ma dava loro molto. Leggeva i loro lavori con estrema attenzione; nei loro confronti era prodigo di critiche, mai di elogi.

Gli avevo consegnato anzitempo la mia tesi ed ero rimasto, per settimane, in trepida, ma fiduciosa, attesa del suo giudizio. Un giorno, finalmente, ad una esercitazione dell'Istituto di applicazione forense, lo vidi estrarre dalla sua borsa la mia tesi, che lasciò cadere pesantemente sul tavolo. "Ci vuol altro", mi disse.

Qualche giorno dopo la seduta di laurea mi arrivò



da Riccione, dove usava trascorrere l'estate, una sua cartolina illustrata. Vi era scritto "dopo le vacanze mi telefoni. Dobbiamo pianificare il Suo futuro." Passai l'estate cercando di interpretare il verbo pianificare. Con gli allievi era di più che un maestro. Entrava nella loro vita privata; soffriva per i loro problemi personali; veniva in loro soccorso per risolverli. Quando mi sposai, preoccupato per la mia fragile situazione economica, disse a mio suocero: "li abbiamo sposati. Ora dobbiamo mantenerli".

Qualche giorno dopo mi arrivò un suo plico, che conteneva le bozze di un mio articolo, da correggere. Era accompagnato da un biglietto: "per il Suo viaggio di bozze".

Agli allievi concedeva massima libertà di espressione. "Potete anche criticarmi", diceva loro, "purché con il mio metodo"; ciò che voleva dire "con il medesimo rigore". Di fatto, Gerardo Santini, Giovanni Luigi Pellizzi, Franca Semiani Bignardi ed il sottoscritto (cito in ordine di età) eravamo, per propensione intellettuale, molto diversi fra noi, oltre che diversi dal comune ma-

estro, che di questa diversità si compiaceva e, anzi, si faceva vanto.

Poi il pluralismo intellettuale si arricchì ulteriormente, e verranno Gaetano Castellano, Alberto Caltabiano, Alberto Maffei Alberti, Vito Mangini, Massimo Bione, Guido Uberto Tedeschi, Giulio Partesotti.

Di quest'ultimo resta memorabile un episodio, risalente al tempo in cui l'Istituto di applicazione forense, chiedendogli: "ma professore, è proprio sicuro di quel che dice?".

Da quel momento Partesotti entrò a far parte dei suoi beniamini. Questa diversità non passava inosservata neppure agli occhi di Ascarelli. Un giorno, su sollecitazione di Bigiavi, andai a fargli visita: "Lei", mi disse subito Ascarelli, "è un allievo di Bigiavi assai poco bigiaviano". Forse, dal suo punto di vista, voleva essere una stoccata al suo antagonista. Bigiavi la prese per un complimento.

Quando morì, improvvisamente, nell'autunno del '68, lasciò un suo "testamento morale". Vi si leggeva:

"ho molto amato, e forse per questo molto mi sarà perdonato".

Chiedeva perdono, si deve supporre, per non avere salvato dalla deportazione i propri genitori. Questo era stato il tormento della sua vita: si era adoperato per salvare, anzitutto, la moglie e la figlia; e, quando aveva pensato ai genitori, era stato troppo tardi.

Nel testamento morale chiedeva che le sue ceneri venissero disperse al vento e che nessuna commemorazione venisse celebrata, con divieto tassativo, per i suoi allievi, di promuovere raccolte di scritti in sua memoria. Al che ci siamo scrupolosamente attenuti.

Rompo ora il silenzio, a quarant'anni esatti dalla sua scomparsa; ma questo suo "ritratto" è tutto l'opposto di una rievocazione accademica, non trasgredisce il divieto. Nel frattempo le sue opere hanno fruttificato, come ha fruttificato il suo insegnamento, e questo certo non poteva, né voleva, impedirlo. Una cosa, se l'avesse saputa, gli avrebbe fatto grande piacere. Sento spesso pronunciare il suo nome, lungo via Zamboni, dagli studenti: "ci vediamo alla Bigiavi", sento dire; e si riferiscono al cortile antistante alla biblioteca, cui è stato dato il suo nome e che ospita l'ingente mole dei suoi libri, donati dagli eredi all'università. Essere rimasto sulla bocca degli studenti, non come una persona, ma come un luogo, come una cosa, questo lo avrebbe certamente appagato.

here
for the
first time
anywhere—
elegance with economy



The Impala 4-Door Sport Sedan.

Here's new gem-bright beauty, new room to sprawl in and sit tall in. New lean-muscled engine economy, new spirit and silence in its going. For fineness of features, for precise craftsmanship—for all the things that make a car good to own—the '60 Chevrolet stands alone in its price field.

Just wait till you see it. Everything about the '60 Chevy, every styling accent, every engineering detail, has been polished and refined to a degree of perfection never before thought possible of a car in Chevrolet's price class.

Picture practicality and economy combined with the luxury and hushed comfort usually associated with high-priced cars. That's Chevy! You have to see it up close to

appreciate its fine workmanship. You have to take a turn behind the wheel to know its astonishing smoothness and almost total absence of road hum and vibration. We'll admit our enthusiasm's showing just a bit—but once you've dropped into your dealer's we're sure yours will be, too. *There's nothing like a new car—and there's never been a new car like this '60 Chevrolet! . . . Chevrolet Division of General Motors, Detroit 2, Michigan.*

SUPERLATIVE



Impala Sport Coupe—one of 16 fresh-colored '60 Chevrolets you can choose from.

'60 CHEVROLET

NEAREST TO PERFECTION A LOW-PRICED CAR EVER CAME!

1959

CLAUDIO CONSOLO

Al capolinea della giustizia italiana¹

11

1. Innanzitutto grazie all'Unione delle Camere Civili che non per la prima volta mi ha invitato, come già l'anno passato nella giornata "Processo al processo" ed anche allora proprio in tandem con l'amico Bongiorno, a occuparmi di questi temi generalissimi con considerazioni che corrono evidentemente il rischio, specie nella pochezza del tempo che è a disposizione, di assomigliare sostanzialmente a delle piccole tazzine di macedonia di frutta. Peccato che della precedente sessione di lavoro (casualmente?), nella Aula della Morgue della Sapienza, non abbiamo un verbale o una trascrizione. Perché tantissimi argomenti possono essere affrontati ed affacciati in quest'ottica di diagnosi generali, e, cercando di non ripetere quanto allora detto, che forse qualcuno degli avvocati presenti ricorderà, pur senza eludere le vecchie e nuove domande, mi pare però che quello su cui oggi, ad inizio 2012, occorrerebbe riflettere è sempre la solita stessa vecchia storia: esiste una politica della giustizia civile in Italia? È esistita mai nell'epoca che possiamo noi ricordare e a cui riandiamo con personale esperienza? La ricerca con metodo scientifico in materia giuridica, e specie sui temi del processo civile, ascesa e (un poco) declinata sull'arco di un secolo, per comune consenso non è riuscita permeare né la vita quotidiana delle Corti e del Foro né i prodotti, specie quelli post bellici, del Legislatore. Si parla sempre a tal riguardo, e con regolare esecrazione, del "legislatore" appunto. Bandirei invece dalle nostre conversazioni su questi temi la parola "legislatore". Così come il confronto, non di rado polemico fra Costui e la esigente e puntigliosa nostra recente dottrina. Bisognerà guardare le cose con più semplicità, che non vuol dire con minore profondità: un po' come alla storia e alla filosofia stessa si rivolse il Tolstoy di Guerra e Pace (1869) e, come Hume, dobbiamo cercare di rendere anche le nostre idee più complesse e

problematiche armoniche rispetto ai risultati della osservazione empirica, sì che il connubio intenso e speculare – tradizionale in Italia fin dagli anni '20 del secolo scorso (specie con Carnelutti e Calamandrei, uniti almeno in ciò) – fra ricerca e vita forense dia frutti buoni e di pratico spessore anche per la legislazione. Il che esige però un ritorno convinto alla c.d. politica del diritto, alla stessa fantasia giuridica (come persuasivamente e sapientemente, in vari notissimi lavori, ci addita l'illustre Amico Paolo Grossi), ad una visuale sulle norme non più dal basso verso l'alto, non da puri meccanici, magari rassegnati.

Forse dico questo anche per qualche ragione collaudata, ossia di esperienza personale – e mi intrattengo un attimo su questo solo per mostrare che non sono stato frettoloso o preconconcetto nel giungere a certe conclusioni -, non infelice (sempre in dialogo con valenti magistrati) ma dopo tutto abbastanza limitata, seppur non nel tempo: quattordici anni fa per la abolizione del pretore e la riforma del giudice unico, poi sei anni fa per la gestazione di quella che divenne la riforma del 2009, nel biennio scorso per la c.d. semplificazione dei riti speciali, in questi mesi per la revisione del codice del processo amministrativo – dove molti, e crescenti e confidiamo più armonici, sono i nessi con il c.p.c., dalle questioni di giurisdizione al doppio grado del giudizio cautelare –, e si annuncia un lavoro collegiale per un codice della giurisdizione contabile.

Mi è capitato, in più di un'occasione, ma di recente in maniera abbastanza massiccia, poichè neppure collegiale, in occasione appunto del riordino dei riti civili speciali, di stare con una certa intensità di lavoro comune a contatto con quello che si suole credere operi come innesco e suggeritore istituzionale, in queste materie, del legislatore, che poi altro non è che l'Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia. Ma esso pure, per valenti che ne siano (e lo sono) i componenti, patisce infiniti limiti ed è a propria volta, nel suo "drive" infinitamente limitato, se non sostenuto e indirizzato con costanza di applicazione e studio (si' proprio studio) da un "politico del diritto". Ha bisogno costante

¹ L'articolo del prof. Consolo qui pubblicato è tratto dal Primo rapporto sulla giustizia civile in Italia della Unione Nazionale delle Camere Civili.

di un carburatore che promuova il *mix* fra idee, anche nuove, e precisione di dettato tecnico-redazionale. Gli uffici, un po' come il Giudice, non possono attivarsi né da soli, né sugli oggetti che essi credono giusti, né infine secondo linee autonomamente concepite (pur, poi, potendo congegnare così tante varianti e "ricercari", talora inutilmente artificiosi peraltro).

È del resto così per la logica stessa della nostra (traballante) forma di governo (se vogliamo ha fatto eccezione solo il codice del processo amministrativo, che fu delegata non poco allo stesso Consiglio di Stato, pur destinatario delle disposizioni in itinere da lui stesso largamente congegnate seppur entro la delega del 2009). Quindi quello che dovrebbe affacciarsi è qualche "politico della giustizia", non trovo miglior parola, che si occupi quale progetto politico tipico della sua stessa pubblica esistenza, di giustizia più evoluta e di giustizia civile in particolare. E non come ripiego od anche come step temporaneo, né come seguito mero di esperienze presso il CSM (è un profilo problematico, certo, ma i contra di certi percorsi tutti o in larga parte intranei sopravanzano i pro).

E da questo punto di vista, alla ricerca di una prospettiva di necessità ed auspicabilmente totalizzante, il meno risalente ricordo, poteva, dopo i Pisanelli, Mancini, Zanardelli, esser stato ancora Mortara, il figlio del rabbino di Mantova, che aveva appunto questo modo di vivere il suo ruolo, anche per le sue precedenti esperienze, non tutte "intranee" appunto, anzi in ogni senso varie, financo geograficamente.

Probabilmente il fatto che il civile ed il penale debbano essere perennemente congiunti, a livello di uffici, a livello di competenze, sul piano delle carriere e degli stanziamenti di budget, e così via, fa sì che la giustizia civile, per quanto sia non meno importante della giustizia penale, anzi forse per certi aspetti più importante, sia per le persone che per gli averi, per la società e e per l'economia, sia per l'essere che per l'avere; però per quanto questo lo si dica in tutte le occasioni la sensazione è che il dramma della giustizia penale, pena come processo penale organizzato da noi in Italia, pena come quello che viene dopo, come nei casi in cui dopo si sconta davvero la condanna, evidentemente fa aggio su ogni altra considerazione.

E debbo ammettere che se, in una sorta di incubo voglio dire, dovesse qui dirsi, sue due piedi, cosa avremmo fatto ove capitati in un Governo tecnico, o di emergenza nazionale, come ministro della Giustizia o giù di lì, ebbene, probabilmente avrei fatto la stessa cosa che con sensibile intelligenza ha fatto la collega Paola Severino, avrei pensato per primo al carcere. A farlo

ritrarre, per quanto possibile. A renderlo meno gravoso e simile ad una tortura governativa.

Da privatista e processual-civilista non mi occupo mai di problemi penali o del carcere, ma la prima preoccupazione sarebbe stata quella del carcere, sia in assoluto sia relativamente alle nostre prigioni fuori controllo, perché ogni volta che io varcavo la porta del Ministero della Giustizia, io mi sentivo profondamente a disagio a occuparmi di infinite altre questioni, molto spesso piccine e tecnocratiche già allora, al cospetto dell'idea che ogni settimana ogni due settimane esistono i suicidi dei carcerati, quelli delle guardie carcerarie ed esiste una mentalità infernale cui noi continuiamo tendenzialmente a portare alimento.

Però una volta occupatisi con priorità dello scandalo insito nel carcere e poi nelle nostre carceri (che ha bisogno evidentemente di passione, di conoscenza e anche di forme nuove di espiatione della pena che non capisco perché non cominciano ad affacciarsi seriamente, ce ne sarebbero di interessantissime e su questo adesso spero che un progresso concreto sia possibile, in particolare attraverso lo sfruttamento di tanti villaggi abbandonati, delle nostre zone appenniniche che egregiamente potrebbero costituire i luoghi dove passare gli anni, o i mesi, per i non pericolosi, e ce ne sono tantissimi nelle nostri carceri di non pericolosi), doverosamente poi quel qualcuno si porrebbe anche il problema: ebbene che cosa si può fare per una politica davvero spiccatamente evolutiva della giustizia civile che davvero si ispiri al *taking rights seriously*?

A questo punto occorre pensarci un mese, due mesi, 100 giorni forse, ma non più di 100 giorni (la *honeymoon* dei ministri), prima di cominciare a mettere in cantiere un progetto sensato, articolato e concreto, non tentativi incerti e magari, come spesso è accaduto, nettamente controproducenti.

Succederà questo nelle prossime settimane, nei prossimi mesi?

Io non lo so, ho la sensazione che si continui a procedere per piccoli flashes nel buio, con l'occhio più al chiasso dei giornali che ai diari di vissuta e patita esperienza giudiziaria.

Facciamo una norma sulla quota legittima (che si vorrebbe "piallare") nelle successioni, facciamo una norma per modificare un aspetto del processo sommario, perché agli avvocati non piace, facciamo una norma per qualche altro aspetto del giudizio di Cassazione, e così ritocchiamo un pochino il rito camerale in Cassazione, che già è così semplice e c'è bisogno di metterci qualche variante, perché attualmente se no è un gioco da ragazzi capire il rito camerale in Cassazione.

Ecco facciamo così, continuiamo a fare spigolature di questo genere? O invece ci poniamo seriamente il problema di cosa si può fare – e scelgo qui bene le parole – di produttore ed importante?

E mi pare che di importante si possono fare e presto molte delle cose che sono scritte in questo documento di sintesi dell'Unione Nazionale delle Camere Civili, che è ineludibile in quasi tutti i suoi passaggi, cui rinvio. Cioè, “in principalità”, non si può pensare che crescano ancora gli avvocati in assoluto. Non si può pensare poi che crescano o rimangano così numerosi gli avvocati se non crescono anche i giudici (mentre lievitano i costi di accesso ai medesimi ... anche per tal verso allontanandosi da noi quasi come entità inarrivabili, salva la *datio in solutum* dei Goa e se va bene).

Già pensare che ogni anno crescono gli avvocati, e di molte migliaia, dovrebbe essere un incubo, ma l'incubo diventa addirittura sadico, o sadomasochistico in realtà, se vogliamo continuare a pensare che non ci sono soldi e i giudici rimangono quelli che sono. Neppure si riesce ad assumere 300 vincitori di concorso, mentre gli sprechi sibaritici continuano a dilagare nella cosa pubblica quasi in ogni dove, Università per nulla escluse.

2. Allora, cominciamo a pensare come si fa a non far più crescere di numero, e al contempo calare però di statuto sociale ed istituzionale, gli avvocati. Colpi di forza o di genio non paiono immaginabili. Si potrebbe, alla Stalin, solo con un kalashnikov, ma non credo che nessuno, nemmeno una persona di grandissimo vigore critico, sia tentato di far strage fra gli avvocati (o, a monte, entro i recinti delle Facoltà di Giurisprudenza). Magari durante i, troppi forse, loro convegni e congressi, alla ricerca o no dei famigerati o comunque affollati crediti formativi e/o per la stampa dei relativi polverosi Atti.

Però, per il numero degli avvocati, che deve calare imperativamente, si può pensare di fare qualche offerta di “scivolo” verso la pensione. Tutta una serie di avvocati che se avessero, diciamo così, un minimo di incentivo economico da parte della Cassa Forense, potrebbero essere i primi ad essere felici di non calpestare più “i marciapiedi della giustizia”, perché questi marciapiedi, rispetto all'epoca in cui Andrioli li chiamava così, quasi con amore, sono diventati scivolosissimi per un verso e poco puliti dal punto di vista quanto meno di tutta una serie di posizioni dall'altro verso, per una ragione, fra l'altro, anche molto semplice e cioè che adesso l'avvocato medio, per sopravvivere, credo sia sostanzialmente tentato di fare almeno un



poco il procacciatore di clientela illusa e poi, alla fine, l'evasore fiscale, ove non disponga di un patrimonio o di rasserenanti contingenze di famiglia.

E così si genera e largamente sussiste una poco decorosa e sovente realmente “sleale” concorrenza da parte di tantissimi avvocati, quelli che per sopravvivere (allora alquanto meglio) fanno gli evasori fiscali (e lo fanno non poco e, fino ad oggi, diremmo con gusto). L'art. 2598 c.c., se gli avvocati sono ormai nella sostanza imprenditori commerciali, andrebbe applicato pur qui e sotto questi vari profili, anche nuovissimi e meritevoli di denunce meno pudiche del solito.

E quindi rendono sempre più difficile, anche sul piano economico, la vita di quelli che, per principio, non tollerano entrare in questo tipo di mentalità un poco accomodante e spesso assai auto-indulgente. Si faccia dunque uno scivolo per i più vecchi, per quelli che hanno abitudini lassiste di un certo tipo, contratte in modo inveterato, per converso si cerchi di cambiare un pochino l'impostazione dei più giovani, si cerchi di porre un freno alla creazione di nuovi laureati in giurisprudenza, si chiudano e si accorpino almeno un terzo o forse la metà delle attuali facoltà di giurisprudenza, mandando molti professori bravissimi o accettabili a fare sentenze come giudici aggregati, secondo il modello tedesco, in Tribunale e Corte d'Appello; ne mi-

gliorerà anche la ricerca e la didattica (rifletta anche su ciò la nuova Anvur del Miur ...). E dunque si lavori con un po' di fantasia, sulla scia di buone esperienze comparatistiche ed anche storiche, su questo primo versante.

Si operi poi con un po' (più) di generosità economica, che non sono queste le spese dilapidatorie su cui la spending review non arriva mai, anche sul versante dell'organico della magistratura civile, il quale organico è già piccolo, e allora senza attendismi miopeamente (Pinto incombe...) spargnini va coperto fino all'ultimo posto e va anche leggermente ampliato, non terribilmente ampliato, ma leggermente ampliato, dell'ordine di circa 1.000 – 1.500 giudici togati in più, e qualche giudice di pace di nuovo in più, con maggiori controlli specie al Sud, perché è vero che a un certo punto sembravano quasi troppi, ma il bel sogno è finito rapidamente.

Vi sono infinite altre cose da fare.

3. Per esempio, argomento apparentemente modesto, e certo prosaico e impudico, ma non va trascurato quello del costo del processo e delle spese legali.

Noi abbiamo la disciplina della condanna alle spese, argomento caro a Chiovenda, il quale la sua giovanile solida monografia, la fece sui profili, per la verità, soprattutto romanistici, ma poi anche di diritto odierno, insomma di quello assai incerto dell'epoca della sua monografia, di un secolo fa, della condanna alle spese. Dopo di che ci sono stati anche altri studi su questo argomento. Uno anche di un magistrato molto attivo, molto impegnato, molto, a modo suo atipico, così fantasiosamente geniale, che era Piero Paiardi (io ho fatto in tempo a conoscerlo molto bene) un'altra assai fine di Gualandi, e poi quella attualissima di Scarselli, che vedo in questa aula, e di altri ancora.

Ma nessuno che da noi abbia provato davvero a ripensare tutta la situazione delle spese del processo non solo dal punto di vista esegetico od anche magari sistematico, ossia sì costruttivo ma ancora interno allo anacronistico impianto che la tradizione ci ha pigramente affidato, e che le nuove "variazioni" sul tema dell'abuso del processo non valgono affatto a redimere; quanto ricercando infine un disegno nuovo e meno economicamente inefficiente con un realistico *insight* sui moventi e le attitudini dei vari attori in scena, ad iniziare dai giudici. E tuttavia ponendo sempre al centro pochi, difficilmente discutibili principii regolatori, quelli cari al Chiovenda e al giudice costituzionale Andrioli, suo allievo coerente, che li rivitalizzò alla Consulta, per cui il processo non dovrà essere mai fonte di *alcun* finale impoverimento per chi abbia la ragione

sostanziale dalla sua e si sia condotto "decently" nel corso del rapporto processuale.

Si dice, i giudici non infieriscono di norma nella condanna alle spese, ma qualche volta sì: è appena arrivata una sentenza, e per fortuna io ero colui che ha vinto, che ha addirittura somministrato 90.000 euro di spese a carico della controparte, per certe ragioni, è quasi in realtà nel caso di specie una stigmatizzazione, attraverso la applicazione dei vecchi massimi, di un verosimile del processo, ad opera dell'attore, nella sostanza un misto fra 96 comma terzo e spese senza gli sconti d'uso. Ovviamente ciò è avvenuto nei confronti di un attore al 99% insolubile, come in un altri caso milanese recente, del resto assai noto per gli importi e le parti coinvolti (relativo a RCS, cioè).

Si vede in sostanza, quanto a spese, pressochè di tutto, si vedono gli 800 come i 90.000 euro, senza fare gran caso al valore o alla durata ed intensità della causa. E sempre però ancora tante compensazioni di grande nonchalance, anche quanto alla tenuta di quegli augusti principii allocativi, quasi non avessero un rilievo anche di rango costituzionale. Il legislatore ha un bel richiedere una acconcia motivazione, della eccezionale deviazione dal *victus victori*; ma essa latita pressochè sempre. Chi ha avuto, ha avuto ... faccia appello lo scontento e intanto paghi il pesante tributo di iscrizione a ruolo in appello (come se quello confinato alle sole spese fosse, come *novum iudicium* o come *revisio* non importa, un normale impegnativo grado di appello!).

Ma il punto è che – con tutti i ritocchi normativi – sempre si vede il dilagare del disordine, cioè non c'è una logica costante, ossia anche patrimonialmente corretta e verificabile, dietro queste più o meno istintuali condanne alle spese o rinunciarie e poacciose compensazione. Perché accade e accadeva? In quanto le vecchie farraginose tariffe erano completamente screditate e avulse dal concreto. La loro applicazione, poi, demagogica: l'onorario per la udienza in Cassazione non si nega al legale che compare e ... si rimette (destando così un non ingrato compatimento). Gli altri esempi potevano essere innumeri. Cosa si doveva fare? Ripensare alle tariffe o abolirle e fare così, come oggi, con o senza gli attesi parametri ministeriali, di ogni giudice un *magister expensarum*? Sì, principalmente ripensare alle tariffe, ma non si doveva mai e poi rinunciarvi o farsele *ab irato* espropriare. Qui forse il CNF, ma non vorrei far critiche perché non sono al corrente dei dettagli, ha indugiato un poco troppo nel non dare impulso massimo all'approvazione delle nuove tariffe, che pareva, a un certo punto, lì, al Ministero della Giustizia, tutti fossero prontissimi a recepire, prima cioè che



passasse invece l'onda "bancaristica" o "assicurazionistica" del bando totale e anarchico alle tariffe²; *a la facon* cioè del ministro Passera o Catricalà, ché – essi dicono – quei parametri numerari, poichè appunto non totalmente elastici e sminuzzabili, sarebbero contrari addirittura all'accesso alla giustizia. Ma di chi? Delle grosse *corporations* forse? La falange degli avvocati cresca pure (nessuno se ne occupa), il mercato (o forse la penuria) la terrà comunque a bada. E invece così

² Rispetto al quale la ordinanza del Tribunale di Cosenza, del 1 febbraio 2012 (inedita) ha giustamente sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 9 d.l. n. 1/2012 (convertito in legge n. 27/2012), per violazione del principio di ragionevolezza della legge, nella parte in cui non è prevista alcuna disciplina transitoria (posto che sino all'emanazione del d.m. contenente i "parametri" che andranno a sostituire le tariffe, vi è un vuoto normativo che esclude l'operatività delle abrogate tariffe, ma non indica al giudicante quali siano i criteri per procedere alla liquidazione delle spese di lite); nonché, e più in generale, per violazione degli artt. 3 e 24 Cost., perché l'abrogazione delle tariffe forensi senza l'indicazione dei parametri relativi alla loro liquidazione, rende incerto l'onere delle spese di lite, andando a detrimento del diritto d'azione, e rischia di dar luogo ad una disparità di trattamento tra cittadini, ove la liquidazione sia lasciata alla piena discrezionalità del giudicante.

tutto si incattivisce. Il sistema del *rate* orario ha i suoi (evidenti) rischi. E di varia indole.

Le tariffe non sono affatto contrarie all'accesso alla giustizia, devono essere fatte bene però, congiunte e non sostituite da pregnanti "parametri" e da affidare a menti anche su tale aspetto lucide ed impegnate³. Le

³ Sarebbe stato quindi molto meglio procedere ad una radicale revisione delle tariffe forensi, piuttosto che alla loro abolizione e sostituzione con "parametri", che non potranno che essere – in ultima analisi – assai discrezionali, e che molto faranno (e già ora fanno: v. nt. precedente), discutere. Si poteva ad es. introdurre un sistema basato su due caratteristiche della causa, sulle quali parametrare le tariffe: il suo valore (da valutare sin da subito tra difensore e parte, ed anche poi rivisto alla prima udienza con l'intervento del giudice, in modo da fissarlo una volta per tutte quasi in limine litis, e mantenerlo poi fermo – e dargli la giusta rilevanza, se non mutano ex nunc le domande – anche ai fini della decisione sulle spese di lite); e la sua complessità, sia in fatto sia giuridica, anch'essa da valutarsi sin da subito, e poi eventualmente da rivedere all'esito del giudizio, in considerazione dell'impegno in concreto richiesto al difensore. A tale ultimo riguardo, poi, non dovrebbe venire in rilievo la sola materia trattata (industriale, societaria, etc.), ma pure tutte le attività che siano state rese necessarie dall'evolversi della lite nel corso del processo. In forza di questi due parametri (due

nostre varie tariffe, sempre quasi identiche per arcaica impostazione, erano pessime, casuali e infatti perennemente disapplicate. Ma, poi, la cosa più importante non è soltanto avere una tavola in cui si spieghi che cos'è e com'è remunerata la quantità e la qualità della prestazione in relazione alla sua valorizzazione economica, pur lasciando i dovuti margini al mercato. Ma dando un preciso alveo al Giudicante, in entrambe le sedi in cui può essere chiamato a pronunciarsi, con un evidente diverso livello di controllo e di contraddittorio (scarso nella finale statuizione sulle spese).

È importante poi pure avere, a valle della sentenza, un meccanismo per la revisione rapida e non costosa (a differenza dell'appello) dell'eventuale condanna alle spese venuta non di rado davvero male, o anche un meccanismo affinché la condanna alle spese non venga fatta in sentenza come tutti i magistrati mi raccontano negli ultimi 5/10 minuti della fase deliberatoria sostanzialmente, ma venga fatta da una persona che analizza il tema apposta e con il, pur qui dovuto, contraddittorio. Ad esempio in Inghilterra costui è il cosiddetto "taxing master" (oggi ribattezzato *taxing Judge*, figura di cui la nostra giurisprudenza si è occupata due volte), in contraddittorio con gli avvocati, quando già si sa se ci sarà o no condanna alle spese, cioè allorché il giudice ha già detto che le spese seguono la soccombenza, oppure che vengono compensate, ad es. per i due terzi, ma poi nel *quantum* esse si vanno a ricostruire in maniera un pochino accurata, senza fretta. Ci si mette due ore, tre ore, ma ne vale la pena. E se poi non vengono bene, non l'appello, con l'iscrizione a ruolo per l'appello per le sole spese, con relativa magnitudine di contributo, o peggio il ricorso per Cassazione, ma uno snellissimo poco formalizzato reclamo a un giudice anche monocratico, che un po' si intenda di questa, tutto sommato non godibilissima ma neanche tanto noiosa (ne conosco di assai più noiose) parte di materia. Con un bando ai formalismi.

4. – E ancora un'altra propostina: questa sulla congrua, cioè sicura ma non esosa od elusiva, modalità di esazione da parte degli avvocati dei loro emolumenti. Che è un bel problema, in questo periodo, e fa sì che addirittura gli editori giuridici dicano che o qui gli avvocati riescono a ritrovare la possibilità di riscuotere

"bollini", potremmo dire), da combinarsi tra loro, potevano essere sì previsti dei minimi e massimi per gli onorari difensivi, ma comunque abbastanza vicini, perché l'applicazione dei due "bollini" già consentirebbe di individuare, con buona approssimazione, un circoscritto range entro il quale si colloca la prestazione del difensore.

affidabilmente e prevedibilmente i loro emolumenti, ed ormai ex art. 636 c.p.c. vacilla anche il classico decreto ingiuntivo "privilegiato", o la stessa letteratura giuridica subirà un cambiamento da così a così. Il parco riviste giuridiche italiane sarà irriconoscibile di qui a 5 anni. La monografia scientifica, fatta per gli avvocati, non un mero titolo per concorso, diventerà una cosa che non avrà più nessuna cittadinanza e legittimazione. Forse solo banche dati e Commenti perdureranno, ma di qualità e provenienza sempre più dubbia (ed un pur celebre editore sta dando la prova di ciò in queste settimane).

Perché sostanzialmente i primi tagli ovvi vengono fatti a due settori (e parlo sempre da avvocato che iniziò nel 1978 e spesso si applicò con una certa ... intensità): a patire in primo luogo furono le segretarie, per le quali qualcosa bisogna pur fare perché i giovani avvocati stanno imparando a fare completamente senza la segretaria, ed è un mestiere anch'esso abbastanza nobile, secondo me, solleva l'atmosfera degli studi, e per tante ragioni, sociali e di stile, su cui una riflessione andrebbe fatta, ma tralascio adesso di farmi paladino delle segretarie che pure meriterebbero che qualcuno ogni tanto le ricordasse (non le mere *ostesse* telefoniche e di ingresso, su cui i grandi studi fanno un certo conto); e l'altro taglio è, evidentemente, quello che concerne latamente la bibliografia, la letteratura e in genere la biblioteca. Veri lussi, di questi tempi. Roba da museo dell'avvocatura e per vero financo da museo delle Facoltà umanistiche (che disdettano "il cartaceo" periodico, a quanto pare, ormai a tutto spiano).

Gli studi si chiamano sì ancora "studi", magari con sigle e cifrari ben ispirati, ma in essi non si studia, non almeno in modo tradizionale, piuttosto si sfruguglia il computer e si dragano i vari siti, e la biblioteca è – tutti lo sanno – la grandissima assente. Anche, per vero, per la bassa qualità di molte collane e curatori. La segretaria e la biblioteca sono le grandi perdenti posto di questa stagione della avvocatura di inizio secolo. Fra un poco anche gli uffici come spazi fisici tradizionali, ma i locatori ci fanno meno tenerezza. Ci sono tanti bei computer e tablets in compenso, che possono stare dovunque, come per i *call centers*. Tanti bei siti elettronici che fanno il mestiere che una volta faceva la dottrina e finanche la giurisprudenza, perché in realtà fanno poi sì dei sunti di giurisprudenza – del nuovo "diritto vivente" che in realtà non sono più nemmeno le motivazioni intere delle sentenze; sono dei "centoni" che vengono utilizzati attraverso sincretistiche tecniche di collage ben note, che rendono gli

atti processuali vieppiù prolissi (ma il cod. processo amministrativo vorrebbe, ma non può, fissare limiti di pagine o sanzionare le prolissità economicamente, ossia in punto di spese).

Allora come fare a scuotere l'amor proprio, e la compliance dei clienti, presso gli avvocati, almeno quanto alla fascia migliore fra essi? In Inghilterra dove su questi argomenti meditano alquanto e dove tutti gli operatori di giustizia, dalla epoca dello sceriffo di Nottingham, sono attaccatissimi ai prelievi o almeno al "vil compenso", hanno avuto una razionalissima idea pratica a un certo punto gli avvocati inglesi, e la loro Law Society per garantire la certezza e regolarità delle esazioni anche trattenendo in ritenzione i fascicoli e i documenti del cliente non del tutto adempiente (e Dickens fu grandioso nel descrivere la tipologia dell'avvocato inglese in un mix fra impeccabile cortesia e malcelata greedness, invito a rileggere quei capitoli, veramente sommersi dal riso, ma è un riso triste voglio dire, ne "Il Circolo Pickwick", ma anche nelle "Due città", ovviamente in "Bleak House" e in tantissimi altri bellissimi libri di Dickens, che ci aveva lavorato da ragazzo come commesso in uno studio legale, oltre che nelle fabbriche disumananti dell'Occidente della sua epoca). E così i solicitors, anche per conto dei defilati barristers, hanno dato vita ad un sistema molto semplice: c'è un consorzio, gestito dalle organizzazioni di avvocati, che procede lui impersonalmente e con ben ritmato incedere alla riscossione, come da noi avviene in sostanza solo per le più svariate entrate pubbliche; il che è un grande vantaggio, e non solo per i professionisti, perché a quel punto l'evasione fiscale viene sterminata, perché si deve passare attraverso quel consorzio, che evidentemente non può esser fatto di complici di qualunque abuso formale.

Poi dopo si potrà anche lasciare l'azione individuale, ma chi non si avvale di questo consorzio, insomma si mette un pochino in evidenza, come fruitore di un modo non del tutto tracciabile, diciamo così, di essere soliti trattare questo tema, che è sempre, ma soprattutto a questi livelli di imposte dirette ed indirette, un tema spinoso ed incandescente. Affinchè il professionista ottenga un netto di dieci, con cui fare fronte anche alle spese, fra prelievi vari il cliente oggi deve sborsare circa venticinque. Questo spread è eccessivo e genera tensioni indebite, stanti pure i limiti alla deducibilità.

Con procedure di riscossione "collettiva" si facilita, non di meno, un flusso giusto, trasparente, si evitano gli inganni ai clienti, perché se questo consorzio vede situazioni che sono anomale, anche in termini di

plurispetitiones, in qualche modo le fa emergere e le segnala; si dà davvero la sensazione di una crescita del modo di stare al mondo della nostra corporazione, che non ha proprio tutti i difetti di altri paesi, perché secondo me quelli inglesi ne hanno anche di maggiori, però insomma qualche difettuccio tipico della Europa meridionale ce l'ha pure.

Vogliamo dire poi che questo politico della giustizia civile, che potrebbe essere benissimo anche un vicesegretario o financo un sottosegretario ma con delega permanente da parte del Consiglio dei Ministri sulla giustizia civile, e non in sostanza in balia del benvolere di questo o quel ministro, se razionale, avrebbe altre cose da mettere in campo, molte altre cose dovrebbero allertare la sua pronta e fattiva attenzione. In effetti, è giustissima l'idea che bisogna pensare a tutta una serie di ritocchi importanti al codice perché è vero quello che diceva il dott. Viazzi, ossia che non è con le riforme processuali, a costo zero, che migliora la giustizia, ma è anche vero che, senza certe attività di periodico house-keeping io le chiamo, di "manutenzione della casa", peggiora via via il servizio giustizia. Non mi illudo che questo serva a migliorare, serve tuttavia almeno a bloccare un ulteriore peggioramento. E quindi anche su questo versante c'è un enorme quantità di lavoro da fare⁴.

⁴ Due esempi, fra i molti. Anzitutto dovrebbero essere modificati i termini di costituzione in appello e in cassazione, prolungandoli rispetto ai davvero brevi dieci giorni oggi previsti (termine reso ancora più asfittico dall'indirizzo giurisprudenziale – confermato di recente dalle sez. un. con sent. n. 10864/2011 – secondo cui il *dies a quo* per la costituzione dell'attore decorre dalla prima notificazione, in ipotesi di più convenuti). Mentre infatti il termine di dieci giorni dalla notifica dell'atto introduttivo può essere mantenuto fermo in primo grado (perché in questo caso è sempre possibile la sanatoria, mediante la riassunzione del processo quiescente), tale assai breve termine nuoce non poco se applicato alle fasi di gravame (perché qui la tardiva costituzione dell'impugnante determina seccamente l'improcedibilità del giudizio). A ciò si aggiunga che la fondamentale esigenza sottesa alla disciplina che presidia la tempestiva costituzione in giudizio, è che il convenuto possa per tempo conoscere (non il contenuto dell'atto, che comunque egli conoscerà, perché ad esso verrà notificato) ma i documenti ivi richiamati (che verranno depositati all'atto di costituzione, appunto). Ebbene, una tale esigenza è meno avvertita in relazione ai procedimenti di gravame, dove assai spesso non vi saranno nuovi documenti (e, se vi fossero, saranno molto pochi), sicché in questi casi si può – senza pregiudizio per il diritto di difesa della controparte – concedere all'impugnante un termine di costituzione più lungo (intorno, ad esempio, ai 30 giorni).

Ancora, si pensi alla disciplina della riassunzione del proces-

Che ha bisogno però di qualcuno che sia con la sua faccia visibile e responsabile di questo settore della politica nazionale.

Io questo non l'ho ancora visto emergere.

La sensazione è che nel momento politico che attraversiamo, e scusate se parlo di questo, ma mi viene del tutto naturale, e poi arrivo alla "Legge Pinto" per concludere, in questo nostro momento politico si veda bene, diciamo così, il direttore d'orchestra, che non è affatto male, ma non si vedano ancora molto bene né il primo violino, né il primo oboe, né il primo flauto, si vede forse quello dei timpani, si vede quello del violoncello, si vede forse il contrabbasso, ma io non ho ancora visto il primo violino, oppure c'è qualcuno che forse pensa di essere in un futuro il primo violino, e non vedo comunque il primo oboe, il primo flauto, e il primo clarinetto.

Forse non c'è stato ancora tempo per vedere chi in questa o altra orchestra, avrebbe i talenti per poter fare questo cruciale lavoro, perché non c'è direttore d'orchestra che non confermerà che se in un'orchestra le prime parti non sono egregie, non c'è barba di prove prolungate, non c'è barba di carisma personale del Kleiber oppure del Celibidache di turno che possa fare il miracolo.

Perché il primo leggio si porta poi dietro tutti gli altri della fila.

La giustizia civile (a differenza di quella penale) è una di queste aree che devono essere coperte di più, evidentemente ce ne sono anche altre, ma voi avete capito chi sarà il primo oboe del diritto tributario? Io non l'ho capito. Si va avanti a parlare di riforme del diritto tributario ma chi è, l'economista Enzo Grilli che deve fare le riforme tributarie? O si pensa possa essere lo stesso Monti, economista lui pure e che, inoltre, deve

so esecutivo sospeso a valle della proposizione di un'opposizione all'esecuzione o di una opposizione di terzo. Non vedo perché costringere l'opposto – come sembra fare oggi l'art. 627 c.p.c. – ad attendere il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado sull'opposizione, o la comunicazione della sentenza d'appello che tale opposizione rigetta, per procedere alla riassunzione del processo esecutivo. Assai meglio sarebbe consentirgli di procedere a tale riassunzione subito, non appena pronunciata la sentenza di primo grado che rigetti l'opposizione all'esecuzione (senza dover aspettare quantomeno la sua conferma in appello). Quelli fatti sono solo pochi esempi, oltre alla famigerata revisione delle circoscrizioni, che mostrano però quanti siano i profili che meritano serio ripensamento e rapidi interventi, proprio per aiutare imprese e cittadini boccheggianti o almeno in affanno da malagiustizia. Eppure si fanno solo magniloquenti discorsi.

stare un giorno sì e l'altro no insieme con Obama, insieme con la Merkel, insieme agli organi esigenti, che Egli tuttavia ben conosce, di Bruxelles? E poi con i sindacati, al Quirinale, in Parlamento, etc. Tutte occupazioni poco compatibili con una efficacia, a 360 gradi, di spessore colbertiano o cavouriano. Direi di no, e poi non è neanche la sua materia.

E ce ne sono altri settori che vanno in questa direzione di esigenza sollecita di artefici più visibili e tenuti a rispondere, in tal senso veri responsabili di area.

E per la giustizia civile bisognerebbe reclamare fortemente questo secondo me: che ci sia, e vedranno loro come, una persona che si prenda questa responsabilità e che invece di avere soltanto un rapporto dell'Avvocatura su se stessa, che è pure importante, vi sia, non dico ogni anno che forse è un po' troppo incalzante, ma ogni due anni, un rapporto del titolare della funzione politica in materia di giustizia civile, sull'andamento del suo difficile lavoro. Nel quale direi di conglobare, e questo sarà una rivoluzione per l'Italia, non solo la giustizia civile, ma anche la giustizia amministrativa, perché mentre la giustizia penale è davvero altra cosa rispetto alla giustizia civile, convive in maniera stranamente simbiotica per una vecchia tradizione perché è l'unica autorità giudiziaria, la AGO, invece la giustizia amministrativa, e anche un po' quella tributaria, è davvero la siamese oggi della giustizia civile, la materia del diritto dell'economia.

E quindi la odierna idea di lanciare in maniera diciamo così dilettantesca, totalmente atecnica, il Tribunale delle Imprese, senza un budget e non disponendo di relativi uffici e personale autonomi, davvero qualificati, e senza porsi il problema dei rapporti dell'ormai da molti anni affermatosi travaso nella giustizia amministrativa di larga parte del diritto dell'economia, rischia di palesarsi un atto di dilettantismo, velleitario e di immagine, miope peraltro, non di politica sagace e capace della giustizia civile o della giustizia lato sensu non penale.

Si fa solo confusione, si creeranno forse delle norme, che faranno la fine di quelle a suo tempo del Giudice di pace del '91, avranno un rinvio ogni sei mesi e il Tribunale delle Imprese lo vedremo, sì ma fra 5 anni, se no fatto assai male, di modo che verrà dopo altri 5 anni abrogato o sostituito da qualcos'altro e poi da qualche altra cosa ancora. Secondo un tragico stile di trial and error.

Così come abbiamo visto che quella "cosina" lì, di incerta paternità, ma che nessun politico ebbe il coraggio di risparmiarci, della rinuncia al gravame in Corte d'Appello o in Corte di Cassazione a cosa è servita,



prima che in Parlamento almeno essa venisse annullata? A fare in modo che per alcuni mesi certe cause venissero rinviate, così ci sono stati magistrati che hanno avuto, per fortuna loro, al solito alcuni sì e altri no, un po' di tempo libero in più o una minor premura.

Perché la istanza a firma personale della parte a pena di perenzione era un'idea che c'era già prima, da anni, stupida, e ogni volta che me ne parlavano dicevo: la chiudete a chiave in un cassetto e buttate via la chiave.

Non se ne parli mai di una cosa così ridicola. La si è vista nel processo tributario, art. 44 del Legge 636 del '72; la si è vista in altri contesti anche del processo amministrativo, ma non serve assolutamente a niente se non certamente a far scivolare nel baratro qualche causa. Quasi a caso.

Ma noi dobbiamo fare una politica della giustizia volta a far scivolare gli incauti? Sarebbe come gli ospedali che a un certo punto avendo troppi malati, che camminano male, metta un po' di varecchina sul pavimento, dicendo bè di qualcuno ce ne liberiamo di sicuro.

È questo il tipo di cura? E veniamo alla anestetica pancea degli ultimi due lustri.

La legge Pinto: è il tesorene a cui bisogna in realtà attingere per finanziare, perché c'è bisogno di soldi evi-

dentemente per fare questo tipo di lavoro, per finanziare l'opera di ristrutturazione profonda di cui abbiamo bisogno.

La legge Pinto viaggia, oggi come oggi, ovviamente in ascesa, sull'ordine dei 100 milioni di erogazioni a pioggia, quasi tutti frutto delle Corti di appello, molto pochi di dirette (poiché schermate) pronunce di Strasburgo, ma anno dopo anno son sempre di più.

E ovviamente più cresce la concezione che questo è un accessibile ed attraente "golden pot", a cui si può attingere con relativa facilità, più cresceranno le azioni, più cresceranno i risarcimenti.

Questo fa male alle Corti d'Appello, fa male financo ai giudici delle esecuzioni, la Pinto sulla Pinto, la Pinto al cubo e all'ennesima potenza ma non è neanche questo il suo maggior danno. Il suo danno di fondo è la totale perdita di decenza e di fiducia nel meccanismo in grazia del quale si dice che è un diritto fondamentale dell'uomo la ragionevole durata, e poi questo diritto fondamentale dell'uomo lo si liquida sempre e solo in denaro, e ad alcuni sì e ad altri no, a seconda del fatto se hai la faccia tosta di andarteli a cercare con una apposita azione. E questo lo si fa a spese di tutti i contribuenti e togliendo i soldi al bilancio della giustizia, così il problema si incancrenisce ancora di più.

È imperativo: proprio per rispettare i diritti dell'uomo e l'art. 3 della Costituzione, il 24 e il 111, abolire la Legge Pinto. Lo dico da anni. E l'Avvocatura non ci è particolarmente venuta dietro.

Perché la Legge Pinto, così come tanti altri aspetti del nostro Paese, a parole non la difende nessuno, nessuno applaudirebbe se dicessi che bella la Legge Pinto, ma, sotto sotto, fanno parte della nostra vita compromissoria: oggi come oggi queste erogazioni sono una sovvenzione a tutta una serie di avvocati, i quali nella legge Pinto trovano un modo facile e intellettualmente non gravoso, e devo dire credo anche fiscalmente molto "opaco", di arrotondare i loro ricavi.

Un politico può anche fare cose impopolari, e per fortuna questo Governo ha fatto all'inizio un certo numero di cose impopolari, e adesso qualcuno comincia a dire bè non sono poi così impopolari perché se lo spread cala, non crescono più le tasse e poi le banche non falliscono e forse i risparmi alla fine vengono conservati e quindi le cose impopolari si possono fare. Ci vogliono quegli "attributi", quel quid e mix di austerità e fantasia, che serve e presto anche a chi si occupa di politica della giustizia civile e la Legge Pinto è in sostanza il primo simbolo perché, se non verrà aggredita fortemente la legge Pinto, significa che non si ha la serietà di fare nulla, perché lì c'è il "tesoretto" per

le riforme costose oppure vi è la falla crescente fino al naufragio.

Poi voi mi direte, ma chi ha subito davvero un processo di infinita lunghezza, ma questo sì che è in condizione diversa da tutti gli altri cittadini e a tutte le altre parti. Lasciamoli andare a Strasburgo perchè è bene esternalizzare e visualizzare le patologie e a queste parti vittime di disfunzioni eccezionali, fuori standards, sì è giusto che lo Stato italiano indennizzi qualche cosa, ma solo quando chi lo chiede è in condizioni diverse da tutti gli altri cittadini avventuratisi in un processo. Perché se no, a questo punto, perché non devo avere un indennizzo sul tipo della Legge Pinto perché non mi fanno una certa analisi medica complessa in settimane anziché mesi e ci mettono magari anni e devo andare, se ho urgenza, a farmela fare e far pagare in clinica?

Non è un diritto forse più fondamentale della ragionevole lunghezza del processo avere trattamenti diagnostici e medici nel tempo giusto?

A che logica risponde questa interpretazione modesta, dal punto di vista intellettuale diciamo così, per cui

la irragionevole durata è tale anche se tutti i cittadini nella stessa condizione ne sperimentano negli stessi termini il peso, che poi è relativo e non insopportabile, specie per il convenuto reale debitore oppure specie in genere per il soccombente.

Adesso lo sappiamo, sono i convenuti soccombenti che dicono: mi avete condannato troppo tardi e mi dovete dare 6-7 mila euro, ne ho dovuti sì sborsare all'attore vittorioso ma, posta la attesa, ho titolo per farlo, magari in parte, a spese dello Stato, a spese di Pantalone, a spese del contribuente.

È una cosa che fa tristemente ridere, io spero che domani, a qualcuno che interverrà a quella tavola rotonda, di molto più autorevole, questi tipi di interrogativi glieli si ponga, e si abbia di nuovo il coraggio che ha avuto pocanzi ad es. anche il Presidente De Luca di parlar chiaro. Sono stato colpito e ammirato di come si è parlato di alcuni difetti della Cassazione. Io ho voluto parlare di alcuni difetti sostanzialmente di "casa nostra", intendendo per "casa nostra" la politica italiana nel campo di questa peculiare cosa pubblica, cui anche l'Avvocatura è funzionale.

LE NUOVE REGOLE PER LA CRISI DI IMPRESA

Giovedì, 12 luglio 2012
ore 16.30

PALAZZO CANOSSA, CORSO CAUDOUR 44
VERONA

DEBORA CREMASCO
Avvocato

STEFANO FIRPO
Capo della Segreteria Tecnica del Ministero dello Sviluppo Economico

LUCA PENNA
Partner Bain & Co. Italia

LORENZO SALVATORE
Notaio
Università degli Studi di Verona

SILVIA ZENATI
Avvocato-Commercialista
Presidente Associazione Veronese dei Concorsuisti

PAOLO DORIA

La tecnica dell'avvocato civilista: dal confronto con il cliente all'argomentazione probatoria

21

§1 - Lo studio della causa civile: il confronto preliminare con il cliente

La strategia processuale dell'avvocato civilista inizia dal colloquio preliminare con il proprio cliente. Il problema di questo confronto è tradizionalmente trascurato dagli studiosi, che si addentrano solitamente nelle tematiche dei contenuti delle questioni giuridiche, tralasciando gli essenziali aspetti umani, psicologici e sociali.

Eppure, già su questo fondamentale confronto tra patrono e patrocinato esistono degli antichi studi che mantengono inalterata tutta la loro validità.

Secondo la concezione della gente comune la funzione dell'avvocato sarebbe quella di vincere le cause, *per fas et nefas*, ovvero senza alcuna indagine sulla fondatezza giuridica delle pretese azionate, e senza alcuna considerazione di tipo etico, pubblico e deontologico. L'avvocato non è visto come un autentico promotore di legalità perché non gli è generalmente riconosciuta la funzione di elemento indispensabile del processo per rappresentare al meglio gli interessi del proprio assistito per il fine ultimo del miglior funzionamento dell'amministrazione della giustizia.

E così accade sovente che l'avvocato si presti ad accettare qualsiasi incarico dal proprio cliente, confidando in due antichi principi: *habent lites sidera sua* e *iura novit curia*. In base al primo adagio, si ritiene che non sia possibile stabilire preventivamente l'esito di una causa, che sfuggirebbe a qualsiasi possibile pronostico, potendo intervenire nel corso del processo innumerevoli eventi imprevedibili. Per il secondo principio, invece, l'individuazione della norma applicabile al caso concreto spetta solo al giudice, mentre l'avvocato dovrebbe portare all'attenzione della curia solo l'allegazione del fatto costitutivo e la domanda del proprio assistito. Si tratta, però, di una lettura distorta

ed inaccettabile per l'avvocato che deve svolgere una funzione pubblica nel processo civile e, più in generale, nell'ambito della società moderna. Lo stesso codice deontologico forense impone all'avvocato, in base agli articoli 6, 36 e 49, di non consigliare o proporre azioni in mala fede, oppure inutilmente gravose o vessatorie per la controparte. Quindi, è necessario un adeguato studio preliminare della questione giuridica partendo dal primo colloquio con il proprio (potenziale) assistito.

L'incipit, dunque, è lo *status causae*, ovvero la comprensione e l'intelligenza del caso che parte proprio dal confronto con il proprio assistito. Il problema per il giovane giurista è l'apprendimento della corretta tecnica di conduzione di questo colloquio che, come sempre accade in materia di didattica forense, non presenta profili contenutistici omogenei, variando caso per caso, ma consente di individuare delle linee guida metodologiche da tenere sempre in adeguata considerazione. In altre parole, il problema da affrontare nel colloquio con il patrocinato riguarda prima di tutto un aspetto metodologico e, solo in secondo luogo, variando caso per caso, il profilo del contenuto.

La comprensione del caso consente al giurista di compiere il primo passo nel proprio percorso metodologico che si suddivide in tre tappe: l'individuazione del problema, la ricerca della regola applicabile e la soluzione. Nel momento del contatto con il cliente emerge l'ineludibile necessità per il difensore di avere un'adeguata predisposizione ai rapporti umani e un'ottima conoscenza della cultura del suo tempo, perché il diritto è essenzialmente una scienza pratica. Il patrono, infatti, deve saper comunicare con il proprio patrocinato in base alla sua cultura, all'età e condizione sociale e economica. Si pensi alla differenza di impostazione che deve essere data al colloquio nel caso in cui l'interlocutore sia un funzionario di banca, un dirigente

d'azienda, un professionista, un anziano pensionato, un minore, o una persona in delicate condizioni sociali. Non vi è dubbio che il giurista debba saper utilizzare nella conversazione il linguaggio in maniera chiara e adeguata a seconda delle caratteristiche della persona con cui si confronta, non esitando a ricorrere anche a forme molto semplici, rispettando rigorosamente il meccanismo retorico della politropia. L'avvocato deve ascoltare attentamente l'esposizione dei fatti proposta dal cliente ma non deve subirla acriticamente. L'assistito spesso riferisce i fatti non per informare l'avvocato sulla causa, ma per difendere le proprie tesi, come se stesse rivolgendosi ad un giudice.

Il patrono diligente deve sentire il cliente diffusamente, incalzarlo e prendere delle note; l'avvocato deve saper vedere più di quanto gli venga rappresentato per cogliere aspetti che il proprio assistito cerca di nascondere o considera erroneamente irrilevanti. Poi il difensore deve porsi dalla parte dell'avversario, proponendo al cliente tutte le obiezioni possibili: si deve sottoporre preventivamente il caso alla prova retorica di resistenza per verificare la capacità delle tesi dell'assistito di superare le obiezioni avversarie. È una prova preventiva di autoimmunizzazione delle argomentazioni a favore delle tesi del cliente che consente successivamente di essere più persuasivi ed efficaci nella stesura degli atti difensivi. Naturalmente il colloquio con il cliente non è sufficiente per la compiuta analisi della questione giuridica: occorre esaminare con la massima accuratezza tutta la documentazione concernente la controversia, sapendo selezionare quella realmente utile ai fini della dimostrazione dei fatti costitutivi delle pretese del cliente; non di rado è necessario interrogare l'assistito sull'esistenza di altri documenti eventualmente non prodotti nel corso del primo colloquio, per valutare tutte le possibili variabili del processo. Si pensi, ad esempio, alla necessità di dimostrare l'interruzione di un termine di prescrizione attraverso la produzione dell'atto di costituzione in mora. La documentazione deve essere esaminata attentamente perché spesso non riporta quanto rappresentato dall'assistito, oppure pone in evidenza circostanze che non erano state adeguatamente considerate. In questa fase la regola aurea è quella di prendere delle note sul colloquio e sull'esame della documentazione: *lege totum, nota semper*. Queste note diventano poi preziose non soltanto per affrontare la successiva impostazione della causa, considerando anche i tempi della giustizia civile a cui, purtroppo, siamo abituati, ma anche per difendersi dalle contestazioni del cliente che, talvolta a distanza di tanti anni, può dolersi

delle scelte processuali dell'avvocato, che magari ha inconsapevolmente seguito strade sbagliate dovute alle false rappresentazioni della realtà indicate dal proprio assistito. Alla fine, l'avvocato deve trincerarsi, di fronte alla questione giuridica posta alla sua attenzione, dietro alla barriera del *cras respondebo*, tranne nei pochi casi in cui la soluzione giuridica sia di palmare evidenza. Infatti, quando la questione è complessa, bisogna porre in essere un'altra parte dello studio della causa, dopo aver preso visione del caso secondo l'illustrazione del cliente e dopo aver immaginato le possibili obiezioni della controparte: è necessario porsi dalla parte del giudice e immaginare di esaminare imparzialmente la controversia per valutare quali argomentazioni potrebbero essere più efficaci, anche considerando le eccezioni della controparte. A questo punto si è nelle condizioni di esprimere un parere al cliente sull'opportunità di promuovere una lite o resistere alla pretesa di un avversario. Va subito sottolineato che l'avvocato civilista coscienzioso saprà sconsigliare il cliente dall'affrontare la causa quando la ritenga ingiusta o manifestamente infondata. Il reitore probo e onesto deve rinunciare all'incarico quando, dopo aver studiato il caso, si sia reso conto che la pretesa del cliente sia priva di fondamento e di speranze. L'avvocato non deve assecondare passivamente e acriticamente le iniziative giudiziarie più fantasiose e pretestuose. Questa impostazione viene talvolta criticata perché ritenuta eccessivamente rigorosa, considerate le incertezze della attuale legislazione, ma ritengo personalmente che sia tuttora valida anche in base agli stessi orientamenti più recenti della giurisprudenza in materia di responsabilità professionale dell'avvocato. Infatti, nel momento in cui l'avvocato consiglia al cliente di assumere o meno determinate iniziative processuali, esprime un parere stragiudiziale che può assumere forme svariate, dalla semplice consulenza orale svolta direttamente al termine del colloquio, fino alla stesura di un complesso parere *pro veritate*. Normalmente il parere deve esprimere argomentazioni dirette alla tutela della posizione del cliente, anche esaminando dialetticamente le tesi contrarie. Il parere non ha fini persuasivi ma deve fornire al cliente una risposta oggettiva, che può contenere soluzioni non univoche, allorquando sussista un contrasto della giurisprudenza, oppure addirittura può esprimere un esito non favorevole alle tesi del patrocinato. Il contenuto del parere, tra l'altro, deve essere coordinato con le disposizioni di cui all'art. 40 del codice deontologico forense, che impongono l'adeguato assolvimento dell'obbligo informativo per ottenere il

DA OGGI, VENERDÌ 20 A DOMENICA 29 APRILE

FESTA dell' **AMBARADAN**

DA EATALY LINGOTTO, PINEROLO E MONTICELLO D'ALBA

Avv. Paolo Emilio Ferreri

Torino, 25 giugno 2012

Caro Umberto

Avere messo da parte il "foglio" de LA STAMPA, che reclamizza una delle tante iniziative di EATALY, sotto la denominazione AMBARADAN, ormai diventata la "ditta" della tua bella pubblicazione periodica. Mi è tornata la pagina fra le mani oggi e te la spedisco quasi a testimoniare come ormai, nel quotidiano mio (e non so dire di quanti altri dei tuoi fortunati lettori), tale "ditta" richiama sempre alla memoria un periodico, piacevole e divertente, che unisce amici a un caro amico.

Per quanto ne posso sapere io, la tua è la sola iniziativa editoriale del genere, pubblicata in Italia.

Ti prego: continua, almeno fino a quando, ormai vecchio (compiro 89 anni d'età e 65 di iscrizione all'albo il 5 dicembre prossimo), sarò in grado di rallegrarmi e sorridere, perfino delle cose serie di cui è obbligatoriamente dotata la tua Rivista.

Affettuosamente
Paolo Ferreri

consenso da parte dell'avente diritto allo svolgimento dell'attività difensiva: l'avvocato deve dare all'assistito tutte le informazioni possibili sulle caratteristiche della controversia, sull'importanza delle attività da espletare, sulle iniziative da assumere e sulle possibili soluzioni. Inoltre, se richiesto, l'avvocato deve informare la parte assistita sulla presumibile durata del processo e sui relativi costi. Infine, l'avvocato deve informare l'assistito del diritto di accedere al gratuito patrocinio, quando ne ricorrano gli estremi, e della possibilità (o dell'obbligatorietà) di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal decreto legislativo n. 28/2010 e delle relative agevolazioni fiscali. In questa fase della propria prestazione professionale l'avvocato non adempie un'obbligazione di mezzi, come normalmente accade nella fase giudiziale del rapporto, ma una vera e propria obbligazione di risultato, dovendo offrire al cliente tutti gli elementi di valutazione necessari allo scopo di assumere una consapevole decisione in ordine all'opportunità o meno di promuovere la causa, rispondendo anche per colpa lieve allorché ometta di segnalare al cliente, per ignoranza, negligenza o imperizia, tutte le questioni di fatto o di diritto che avrebbero sconsigliato l'utile esperimento dell'azione (come per esempio nel caso di omessa segnalazione del compimento della prescrizione del suo diritto). Il problema che si può porre, infine, riguarda l'assunzione dell'incarico in una causa per cui l'avvocato ritenga che vi sia un elevato, se non certo, rischio di soccombenza. La causa è perduta *ab origine* quando contrasta sul piano della logica formale con il diritto positivo, oppure quando avversa un granitico e consolidato orientamento giurisprudenziale, oppure quando non è sorretta dal materiale probatorio necessario per assolvere, almeno a livello di verosimiglianza, l'onere della prova. La dottrina classica, in ossequio al principio già citato *habent lites sidera sua*, riteneva che fosse impossibile la valutazione preventiva prognostica della lite. Da tempo, però, e ancor più dopo l'introduzione del codice deontologico forense, le cui regole non hanno un valore meramente comportamentale interno alla categoria ma costituiscono vere e proprie fonti normative, si ritiene che il professionista sia gravato, in fase preliminare, dal dovere di chiarimento ed informazione circa le possibilità di successo nella causa. Pertanto, se l'avvocato ritiene che le ragioni del cliente siano manifestamente infondate, o ad alto rischio di esito negativo, ha la facoltà di non accettare l'incarico. Anzi, come è stato scritto *supra*, non dovrebbe accettare l'incarico, anche se non si può escludere che, in determinate condizioni, sia pos-

sibile accettare la nomina, se non altro per garantire il diritto di difesa sancito dall'art. 24 della Costituzione. L'avvocato, se decide di accettare il mandato in una causa c.d. persa, dopo avere informato adeguatamente il cliente, non solo deve seguire il processo con opportuna diligenza per limitare il danno o sfruttare le eccezioni provocate dagli errori della controparte, ma deve anche adoperarsi per trovare una soluzione transattiva, a pena di responsabilità professionale. Conseguentemente la decisione di assumere un incarico in una causa c.d. persa o ad alto rischio, non solo non comporta un affievolimento del grado di diligenza richiesto al difensore, ma addirittura un aumento dell'impegno professionale fino al punto di doversi adoperare in prima persona per il contenimento del danno al cliente.

Quindi, il confronto del patrono con il cliente è delicatissimo e investe moltissime conoscenze ed abilità di carattere culturale, umano e psicologico. La trascuratezza di questa fase del rapporto professionale non solo comporta dei difetti genetici della prestazione, che poi si riflettono in tutto lo svolgimento dell'attività di patrocinio, ma espone il difensore a gravi rischi per responsabilità professionale e disciplinare.

§2 - La strategia probatoria nella causa civile

Dopo lo studio della causa e l'accettazione del mandato, l'avvocato deve approfondire la strategia probatoria del processo da affrontare. In verità, come è stato evidenziato dianzi, già durante lo studio della causa il giurista deve saper cogliere gli aspetti essenziali del *thema probandum*, se non altro per escludere la possibilità di dover rinunciare all'incarico (*rectius* di non accettare il mandato defensionale) per l'impossibilità di sostenere adeguatamente le ragioni del proprio assistito per mancanza di evidenze probatorie, salva l'opportunità di suggerire un'eventuale soluzione transattiva. Una tesi sfornita completamente di supporto probatorio, sulla base del principio di cui all'art. 2697 c.c., a mente del quale *onus probandi incumbit ei qui dicit*, è insostenibile. L'istruttoria costituisce la fase centrale e nevralgica del processo civile: la prova, quale strumento per il giudizio su un fatto da provare, è il fulcro del processo. Le prove (i documenti, le testimonianze e in qualche modo anche le consulenze tecniche) costituiscono tradizionalmente argomenti non tecnici intrinseci al processo che si integrano con quelli estrinseci costituiti dalla legislazione, dalla giurisprudenza e dalla dottrina. L'argomento viene

definito sin dall'antichità "come la ragione che rende certo un elemento dubbio", mentre l'argomentazione è il ragionamento retorico che non si limita a descrivere o giustificare un fenomeno, ma cerca di giustificarlo e dimostrarlo. L'abilità di ricercare i mezzi di prova pertinenti e rilevanti rispetto alla tesi da dimostrare ai fini dell'accoglimento della domanda rientra nella tecnica argomentativa dell'avvocato. Il *thema probandum* si pone in intima connessione con la formulazione delle conclusioni delle parti: normalmente la domanda per l'attore e l'eccezione per il convenuto. Le conclusioni si collocano nel punto di intersezione fra il diritto processuale e quello sostanziale. Da tempo chi scrive sostiene che la distinzione tra il diritto processuale e quello sostanziale, intesa come studio separato delle due materie, non ha più ragion d'essere nel momento in cui si tratta della didattica forense: non vi è chi non veda che le due materie ad un certo punto si intersecano e si integrano fino a diventare un unico strumento per far valere le proprie ragioni nel processo. Il diritto sostanziale privo di adeguato strumento processuale rimane sfornito di tutela; il diritto processuale senza un fondato diritto sostanziale da dover tutelare è un vuoto contenitore. Alle parti, visto l'art. 2697 c.c., spetta l'onere della prova; l'attore dovrà provare i fatti costitutivi su cui poggia la propria domanda, mentre al convenuto spetterà la prova dei fatti estintivi, modificativi o impeditivi che ha posto a base delle proprie eccezioni: *iudex secundum alligata et probata iudicare debet*. Le prove sono gli strumenti processuali per mezzo dei quali il giudice forma il suo convincimento dei fatti affermati dall'una e dall'altra parte. Da questa funzione strumentale discende la nota distinzione tra mezzi di prova e prove: proprio perché le prove sono strumenti di convincimento del giudice entrano nel processo come mezzi di prova e diventano prove in senso stretto solo quando sono intese nella loro essenza di giudizio. Attraverso i mezzi di prova il giudice determina il giudizio sui fatti proposti dalle parti (c.d. *quaestio facti*). Il processo civile non porta ovviamente all'accertamento storico di una verità, ma più semplicemente ad un giudizio di probabilità e verosimiglianza in base all'esito dell'attività istruttoria posta in essere dalle parti. La certezza giuridica (il c.d. vero giuridico) sul fatto oggetto dell'accertamento giudiziale si ottiene solo con il giudicato. Il sistema di ammissione e assunzione delle prove è governato, visto l'art. 115 c.p.c., dal principio dispositivo, che pure nel nostro ordinamento è attenuato da alcune disposizioni particolari. In linea di massima il giudice deve attenersi nel giudicare la verità dei fatti

alle prove offerte dalle parti. Questo principio risulta temperato sia dalla possibilità per il giudice di porre a fondamento della decisione fatti notori, sia dal vincolo posto dalle prove legali, sia dall'eccezionale possibilità di disporre l'assunzione di mezzi di prova d'ufficio. Il giudice, cui spetta la direzione dell'udienza e del procedimento (artt. 127 e 175 c.p.c.), può chiedere d'ufficio informazioni scritte alla pubblica amministrazione (art. 213 c.p.c.), può disporre l'ispezione di persone e cose (art. 118 c.p.c.) e l'interrogatorio libero delle parti (art. 117 c.p.c.) da cui trarre argomenti di prova che, per quanto non vincolanti, possono orientare la formazione del suo convincimento. Il giudice ha un potere molto ampio di istruzione d'ufficio della causa nel processo del lavoro (art. 421 c.p.c.) e nel processo per la tutela dei dati personali (art. 152 d. lgs. n. 196/03 – che pure seguirà il rito del lavoro per la semplificazione dei riti civili disposta dall'art. 10 del d. lgs. n. 150/2011); infine, nel processo avanti al giudice monocratico, visto l'art. 281 *ter* c.p.c., può essere disposta la prova testimoniale d'ufficio quando le parti si sono riferite a persone che paiano in grado di riferire la verità. Naturalmente, però, questo potere ufficioso, per il principio del giusto processo e del contraddittorio, incontra alcuni limiti: nel caso in cui il giudice decida di disporre di ufficio di mezzi di prova, visto l'ottavo comma dell'art. 183 c.p.c., deve assegnare alle parti dei termini per dedurre altri mezzi di prova che si rendono necessari in relazione a quelli ammessi d'ufficio. Il potere d'ufficio del giudice nell'ammissione di mezzi di prova, però, visto il principio di imparzialità e di terzietà imposto dall'art. 111 cost., deve essere esercitato con particolare prudenza, a fini meramente integrativi delle attività probatorie delle parti, perché il giudice non deve divenire un ausiliare della parte che non è riuscita a dare la prova delle proprie allegazioni o è incorsa in decadenze, né deve andare oltre le allegazioni dei fatti.

Il giudice gode di ampia discrezionalità nell'ammissione dei mezzi di prova richiesti dalle parti e deve valutare le prove secondo il proprio prudente apprezzamento (art. 115 c.p.c.), visto il principio del libero convincimento, salvo che la legge non disponga altrimenti. La valutazione del giudice della prova, quando sia adeguatamente e correttamente motivata, sfugge al sindacato di legittimità della corte di cassazione. I mezzi di prova si suddividono nelle due grandi categorie delle c.d. prove precostituite e prove costituite: prove precostituite sono i documenti o le prove documentali (fotografie, disegni, registrazioni ecc.) che vengono ammesse nel processo tramite la semplice



produzione nel fascicolo di parte, previa debita menzione nei relativi atti processuali (atto di citazione, comparsa di risposta o nella memoria istruttoria ex art. 183 6° comma n. 2 c.p.c.), o rispettando le formalità di cui all'art. 87 disp. att. c.p.c.

Molto più complessa è la formazione della prova costituenda: salvo quanto si è detto a proposito di poteri ufficiosi del giudice, occorre una tempestiva istanza di parte, che può essere riportata negli atti introduttivi del giudizio o nell'apposita memoria ex art. 183 6° comma n. 2 c.p.c.; poi deve seguire un provvedimento di ammissione del giudice, normalmente l'ordinanza di cui al settimo comma dell'art. 183 c.p.c.; infine il procedimento si completa con l'esperimento o l'assunzione della prova in esecuzione dell'ordinanza di ammissione. Il sistema dei mezzi di prova è a numero chiuso e sono ammissibili unicamente quelli disposti dalla legge per il principio di tipicità: oltre alle prove precostituite documentali e agli ordini di esibizione e di informazione, sono previsti la confessione, il giuramento, la prova testimoniale, l'ispezione giudiziale e il rendimento dei conti, mentre la consulenza tecnica

e l'esame contabile, pur appartenendo all'istruzione probatoria, non sono mezzi di prova in senso proprio, bensì mezzi ausiliari di cognizioni tecniche che solitamente il giudice non possiede. Nel processo possono affluire anche altri mezzi di prova, c.d. atipici: si tratta generalmente di scritti provenienti da terzi, delle prove assunte in altri giudizi, delle sentenze penali di patteggiamento ex art. 444 c.p.p., delle certificazioni amministrative o dei verbali di polizia giudiziaria. Questi mezzi di prova atipici, pur non avendo l'efficacia delle prove tipiche, possono fondare indizi o presunzioni che, in determinate circostanze, quando sono gravi, precisi e concordanti (art. 2729 c.c.), possono costituire fondamenti della decisione e comunque possono rivelare il *fumus boni juris* ai fini della concessione di provvedimenti cautelari. Il sistema delle prove è disciplinato da precise gerarchie: al vertice vi sono le prove legali, che in deroga al principio del libero apprezzamento, vincolano il giudice al loro risultato probatorio; è ad esempio il caso della confessione o del giuramento. Poi vi sono ulteriori distinzioni tra le prove dirette e indirette, a seconda che siano idonee a

conoscere immediatamente il fatto da provarsi oppure un fatto diverso che dia luogo ad una presunzione. La presunzione può essere semplice o legale ed è costituita dalla conseguenza che la legge (o il giudice nel caso sia semplice) trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignoto; la presunzione legale ha l'effetto di dispensare dalla prova coloro a favore dei quali essa è stabilita, mentre le presunzioni semplici sono rimesse all'apprezzamento del giudice che ha l'obbligo di una congrua motivazione quando le pone a fondamento di una decisione, fermo in ogni caso il divieto di *praesumptio de prasumpto*. Non si può trarre infatti una prova indiretta (una presunzione) da un'altra indiretta (un'altra presunzione).

Particolare attenzione va posta dall'avvocato civilista ad altri due principi: il principio di non contestazione e il principio di vicinanza della prova. Il principio di non contestazione impone alla parte di contestare specificamente i fatti addotti dall'avversario, a pena dell'ammissione della circostanza dedotta, con l'effetto di sollevare la controparte dall'onere della prova. Detto principio è stato formalmente introdotto nel nostro codice con la legge 18 giugno 2009 n. 69 che ha modificato il contenuto del 1° comma dell'art. 115 c.p.c., consentendo al giudice di porre a fondamento della decisione i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita. Già la legge n. 353/1990 aveva modificato l'art. 167 c.p.c., imponendo al convenuto di prendere posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della propria domanda, riprendendo, anche se in maniera meno rigorosa, il contenuto dell'art. 416 c.p.c. in materia di lavoro. L'altro principio da tenere in adeguata considerazione è quello della c.d. vicinanza della prova. Questo criterio distributivo dell'onere della prova ha origine giurisprudenziale e comporta che, in sede di responsabilità contrattuale, la parte che agisce per la risoluzione, l'adempimento o il risarcimento del danno deve unicamente provare la fonte negoziale del suo diritto, potendosi limitare ad allegare (e non a dimostrare) l'inadempimento della controparte.

Si è ritenuto di dare un inquadramento generale, pur estremamente sommario, della disciplina della prova per poter trattare più compiutamente l'argomento della strategia probatoria dell'avvocato nel processo civile. Il problema per il giovane giurista è quello di assimilare adeguatamente la "cultura della prova" che consenta di dedurre correttamente le istanze istruttorie da proporre nel processo. Un primo scoglio da affrontare è quello della tempistica delle richieste di ammissione dei mezzi di prova: infatti, se nel processo

del lavoro le preclusioni probatorie intervengono sin dagli atti introduttivi, nel rito ordinario il termine è spostato sino al deposito delle memorie ex art. 183 6° comma n. 2 e 3 c.p.c.

Qualcuno ritiene che sia opportuno formulare le istanze istruttorie all'ultimo momento utile, dopo aver conosciuto l'impostazione difensiva della controparte, anche per individuare le effettive circostanze oggetto di contestazione. Altri, invece, preferiscono seguire il modello della concentrazione già proprio del rito del lavoro ed esporre le istanze istruttorie sin dagli atti introduttivi, per sfruttare i successivi termini solo per i necessari adattamenti dovuti alle difese avversarie. Io propendo per la seconda tesi, anche per evitare sciagurati errori dovuti al mancato rispetto dei successivi termini, che hanno carattere perentorio. Non ritengo corretto, comunque, nascondere all'avversario tutte le evidenze probatorie al solo fine di rendere più difficile la replica: è il caso piuttosto frequente di quei difensori che deducono le prove e depositano centinaia di documenti all'ultimo termine utile, ovvero sia con la memoria ex art. 183 6° comma n. 2 c.p.c., o addirittura con la successiva memoria per la prova contraria, arrivando al punto di articolare surrettiziamente altri mezzi di prova orale con il pretesto di voler proporre prove contrarie.

Va subito rilevato che certi mezzi di prova, come il giuramento (decisorio o suppletorio) o le ispezioni, appaiono nella prassi forense desueti. L'avvocato deve privilegiare, laddove sia nelle condizioni di farlo, la possibilità di sostenere le proprie tesi offrendo prove documentali. L'atto pubblico e la scrittura privata riconosciuta hanno efficacia probatoria fino a querela di falso e non è ammessa la prova per testimoni se ha per oggetto patti aggiunti o contrari al contenuto di un documento la cui stipulazione sia anteriore o contemporanea alla stesura dello scritto. La prevalenza probatoria del documento sulle prove costituenti deriva dal sistema dei limiti di cui agli artt. 2721 e ss. c.c., oltre che dalla necessità di dover provare per iscritto determinate circostanze, *ad probationem* o addirittura *ad substantiam*. Si pensi al caso della necessità di provare una transazione (art. 1967 c.c.) o un intervenuto pagamento di un debito (art. 2726 c.c.) o l'atto di compravendita di un immobile (art. 1350 c.c.). Il problema centrale della strategia probatoria sta senz'altro nella richiesta e nell'assunzione delle prove orali, ovvero sia le prove testimoniali e l'interrogatorio formale delle parti. La capitolazione dei fatti oggetto della prova testimoniale deve rispettare l'etica dell'essenzialità: sintesi, chiarezza e semplicità. Bisogna imparare a capito-

lare le prove ponendosi il problema dell'ammissibilità e della rilevanza delle deduzioni. I capitoli di prova devono essere brevi e facilmente comprensibili, in modo da indurre risposte altrettanto semplici e sintetiche. La formula preferibile è quella della domanda chiusa che porti il teste all'affermazione o alla negazione del fatto. Devono essere evitate le domande narrative, che portano il teste a dare risposte vaghe o a proporre digressioni; ugualmente vanno scartati i quesiti valutativi e generici. Parimenti del tutto inopportuna appare la tecnica della richiesta di ammissione della prova orale rinviando a quanto prospettato nella narrativa dell'atto, con la precisazione di far precedere i singoli incisi dalla parola "vero che": si tratta di una modalità di deduzione delle prove non solo scorretta, perché l'esposizione dei fatti comprende normalmente circostanze che non sono abbisognevole di prova, ma anche contraria al principio di economia e di concentrazione del processo, perché porta all'inevitabile formulazione di capitoli narrativi, irrilevanti e del tutto inutili. Come è stato giustamente detto, *"una cosa è narrare le circostanze rilevanti della causa, altra è capitolarne i mezzi di prova orale"*, perché l'esposizione dei fatti costitutivi delle proprie pretese deve essere già un primo strumento argomentativo che deve orientare il giudice ad una precomprensione della vicenda in termini favorevoli alle tesi difensive sostenute nella causa. Purtroppo nella pratica l'esigenza di sintesi e chiarezza è del tutto disattesa e si rinvergono memorie istruttorie contenenti svariate decine di capitoli di prova orale del tutto inutili, con il duplice rischio che il giudice, non avendo il tempo di esaminare atti così prolissi, giunga ad escludere tutte le istanze, oppure, all'opposto, ad ammetterle tutte, aggravando i tempi di trattazione della causa oltre ogni "ragionevole" limite. La deduzione dei capitoli di prova deve essere accompagnata, quando occorra, da una sintetica esposizione dei motivi per cui le circostanze da provare appaiano rilevanti ai fini del *thema decidendum*. L'indicazione dei testimoni, poi, non deve essere generica, ma deve essere precisa, di modo che non si corra il rischio di sentire il testimone su circostanze di cui non ha alcuna conoscenza, con altra inutile perdita di tempo per l'intero processo. La fase di preparazione dell'udienza testimoniale è quanto mai delicata. Da una parte vi è un autorevole orientamento secondo cui, visto l'art. 52 cod. deont. for. che vieta all'avvocato di intrattenersi con il testimone al fine di ottenere con forzature e suggestioni deposizioni compiacenti, è inopportuno sentire il teste prima dell'udienza. Dall'altra parte, un'ulteriore corrente di pensiero ritiene che sia *"indispensa-*

bile parlare con i possibili testimoni" per prepararli alla prova testimoniale, senza ovviamente scadere nella subornazione, ma al fine di mettere in condizione il teste di svolgere al meglio il proprio ruolo processuale, chiarendo i suoi diritti e i suoi doveri e aiutandolo *"a mettere ordine nei suoi pensieri"*. Personalmente ritengo che, visti i tempi della giustizia civile, in base ai quali le deposizioni testimoniali si assumono a distanza di vari anni dall'accadimento dei fatti, non sia sbagliato sentire i testimoni prima del processo, ma non certo per condizionarli o suggestionarli, ma al solo fine di metterli nelle condizioni di potersi documentare sui fatti su cui dovranno deporre, rappresentando le condizioni in cui verrà assunta la testimonianza, per rendere più agevole e meno ansioso lo svolgimento dell'incombente processuale.

Nel momento dell'assunzione della prova vi è la fase della verifica della capacità e dell'attendibilità del teste. Si tratta di un aspetto che viene spesso tralasciato, sia da parte dei difensori che del giudice. L'art. 252 c.p.c. consente agli avvocati di fare osservazioni sull'attendibilità dei testimoni e questi devono fornire i necessari chiarimenti. Inoltre, l'art. 246 dispone l'incapacità a testimoniare di chi abbia un interesse che potrebbe legittimare la sua partecipazione al processo. Questo limite alla capacità di testimoniare è in realtà interpretato in maniera molto ristretta, intendendosi che soltanto il diretto coinvolgimento della persona chiamata a deporre, tale da legittimare una sua assunzione della qualità di parte sostanziale o processuale nel giudizio, possa comportare l'incapacità, mentre l'interesse indiretto, anche se in qualche modo connesso con le vicende di causa, non preclude l'assunzione del teste, pur potendo rilevare ai fini dell'attendibilità. Così possono testimoniare i soci delle società di capitali parti del processo o gli amministratori che non agiscano come rappresentanti della persona giuridica nel processo. Il teste è interrogato dal giudice che dispone la verbalizzazione, quasi sempre a carico di uno degli avvocati nonostante il chiaro disposto di cui all'art. 130 c.p.c., secondo la propria interpretazione, essendo consentito alle parti solo proporre istanze per chiarire i fatti oggetto della deposizione, non potendo interrogare direttamente il testimone, visto l'art. 253 c.p.c. Durante la deposizione del teste il contegno preferibile da assumere da parte del difensore è quello della sobrietà e della pacatezza, predisponendosi delle domande molto sintetiche da rivolgere al giudice per cercare di svolgere al meglio quel potere di verifica dell'attendibilità dei testi e di richiesta di chiarimenti consentito dalla legge. Una regola da os-

servare è quella di non riproporre a un teste domande su circostanze su cui si sia già raggiunta una prova positiva in relazione a precedenti deposizioni, per non sfidare la sorte, come è stato detto. Nella conduzione dell'udienza è opportuno avere la conoscenza almeno elementare dei principi di psicologia forense sul modo di porre le domande e sulle caratteristiche personali che possono incidere sulle risposte da parte dei testi, che riportano spesso circostanze accadute molti anni prima. Il teste è condizionato sia dalla personale percezione del fatto, che può mutare a seconda dell'età, della cultura e della propria sensibilità sociale, sia dal lungo tempo trascorso dal momento dell'accadimento della circostanza, sia dall'esposizione dell'evento, che dipende dalla capacità di linguaggio soggettiva e dallo stato di tensione che viene determinato dall'ambiente giudiziale. Vi sono dei dubbi sull'opportunità che la parte assistita partecipi all'udienza di assunzione delle prove testimoniali; si ritiene che questa presenza, permessa dall'art. 206 c.p.c. senza alcuna possibilità di intervento diretto, pur "*fastidiosa e ingombrante*", sia essenziale, oltre che nella fase preparatoria e deduttiva dei mezzi istruttori, anche al momento dell'assunzione, garantendo al difensore la necessaria collaborazione per la verifica contestuale delle dichiarazioni del teste. Tuttavia è stato osservato che il contegno della parte in udienza può essere rilevante ai fini del formarsi del convincimento del giudice, visto l'art. 116 c.p.c., per cui credo che questa partecipazione all'udienza vada valutata caso per caso, escludendo a priori la partecipazione delle parti eccessivamente emotive che possono risultare incontrollabili nel corso dello svolgimento dell'udienza. Questo è il sistema tradizionale di assunzione della prova testimoniale civile. È bene però ricordare che la legge n. 69 del 2009 ha introdotto l'art. 257 *bis* c.p.c. che consente l'acquisizione della testimonianza scritta nel processo, riprendendo quanto era già stato previsto dall'art. 816 *ter* c.p.c. per il processo arbitrale. Il modello è quello degli *affidavit* dei sistemi di common law e delle *attestations* del diritto francese. Non mi sembra che ci sia una sufficiente casistica, neanche in relazione al giudizio arbitrale, in ordine all'effettivo funzionamento di questo nuovo strumento processuale, che pure gode di importanti esperienze straniere, per poter trarre delle conclusioni circa l'effettiva utilità della testimonianza scritta resa al di fuori dell'udienza. Di sicuro il difensore deve spostare la propria attenzione dall'attività di controllo e verifica nel processo a quella di raccolta della deposizione attraverso l'apposito modello che è tenuto a compilare in conformità agli articoli ammessi

dal giudice, sollecitando la chiamata del teste avanti al giudice, ove possa servire ai fini del giudizio di incappacità o di attendibilità.

Qualche breve considerazione, infine, va fatta per l'interrogatorio formale della parte e la nomina del consulente tecnico d'ufficio.

Quanto è stato riferito per l'esperimento del mezzo di prova testimoniale vale soltanto in parte anche per l'interrogatorio formale; quest'ultimo strumento probatorio tende, ai sensi dell'art. 2730 c.c., a provocare la confessione giudiziale della parte; perciò non è strettamente necessario che i capitoli di prova siano molto semplici, ma possono essere più articolati per consentire eventuali ammissioni della controparte tramite risposte narrative. Viceversa, il difensore della parte che rende l'interrogatorio, ferma restando la necessità di far comparire l'assistito a pena di ammissione dei fatti dedotti, proprio perché lo strumento tende a far avere rilevanza soltanto ai fatti sfavorevoli, deve suggerire un contegno molto generico, portando prevalentemente alla negazione o alla elusione dei fatti contestati, pur tenendo ben presente il dovere di lealtà e probità che discende dall'art. 88 c.p.c.: negare fatti ormai pacifici, perché oggetto di altre prove documentali o testimoniali già assunte, non solo non ha alcun senso, ma viola il dovere di lealtà e può portare il giudice a dedurre argomenti di prova a' sensi del secondo comma dell'art. 116 c.p.c.

Diverse considerazioni valgono per la consulenza tecnica, che è uno strumento probatorio ausiliario di cui si fa larga applicazione, risultando determinante in moltissime cause, soprattutto quando si discuta di responsabilità professionale o di difetti di opere o di quantificazioni medico-legali dei danni. L'attività del difensore qui viene in rilievo non tanto nel corso delle indagini peritali, quando la parte è assistita da un consulente tecnico che deve far valere la propria autorevolezza e la propria capacità di mediazione, ma nella fase di conferimento dell'incarico e della formulazione del quesito. È opportuno che già nella richiesta di nomina di c.t.u. venga indicato il quesito da sottoporre al tecnico, e comunque nell'udienza di conferimento dell'incarico bisogna avere bene a mente sia la bozza del quesito, sia le ragioni per cui il quesito deve avere quelle determinate caratteristiche.

Questo breve *excursus* non ha ovviamente alcuna pretesa di esaustività sulle problematiche a volte assai complesse che investono l'istruttoria della causa civile, ma costituisce una sintesi di quelle che sono le questioni più ricorrenti che si rinvencono a livello pratico-applicativo.

Atto di destinazione e crisi d'impresa: strumento a tutela o contro le procedure concorsuali?

SOMMARIO¹: 1. Il *Trust* liquidatorio. – 2. L'atto di destinazione e la crisi d'impresa. – 3. Le pronunce giurisprudenziali in tema di atto di destinazione e crisi d'impresa – 4. L'atto di destinazione e gli interessi meritevoli di tutela. – 5. Atto di destinazione e norme imperative del diritto concorsuale. – 6. Atto di destinazione avente ad oggetto beni di terzi. – 7. L'autodestinazione dell'impresa in crisi.

1. Il *Trust* liquidatorio

Prima di affrontare la problematica dell'utilizzabilità dell'atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c. nell'ambito delle procedure concorsuali, occorre premettere brevi cenni sul c.d. "*trust* liquidatorio"².

Beninteso, in tema di *trust*, sono state raggiunte ormai alcune certezze:

a) è ammesso il *trust* interno³;

b) il *trust* è un istituto "proteiforme" che può essere utilizzato in vari settori e per perseguire le più svariate finalità⁴ (specie difficilmente raggiungibili con i tradizionali istituti di diritto interno);

c) l'utilizzo del *trust* però incontra un duplice ordine di limiti.

Il primo limite è espresso:

- l'art. 15 della Convenzione dell'Aja prevede che il *trust* non deve comunque violare norme imperative di diritto interno in tutta una serie di materie (protezione di minori ed incapaci; effetti personali e patrimoniali del matrimonio; le successioni *mortis causa* – in particolare la legittima –; il trasferimento della proprietà e le garanzie reali; la protezione dei creditori in casi di insolvenza; la protezione dei terzi che agiscono in buona fede);

- l'art. 18 della Convenzione: il *trust* non deve andare contro l'ordine pubblico⁵.

Un secondo limite non è espresso ma si è ormai conso-

¹ Il presente articolo costituisce sostanzialmente la rielaborazione, con l'aggiunta delle note, della relazione da me tenuta al Convegno "Questioni applicative e profili di responsabilità in tema di negozi di destinazione", Bologna, 25 maggio 2012.

² In tema di *trust* liquidatorio, v., da ultimo, lo studio del CNN, MURITANO, *Note sul Trust istituito da imprese in crisi (in funzione liquidatoria)*, Studio n. 161-2011/I, approvato dalla Commissione studi d'impresa il 1° marzo 2012.

³ Sull'ammissibilità del *trust* interno, nel nostro ordinamento giuridico, in virtù della Convenzione dell'Aja del 1985, ratificata con legge 16 ottobre 1989, n. 364, v., per tutti, lo studio del Consiglio Nazionale del Notariato, approvato in data 10 febbraio 2006 "*Il trust: diritto interno e Convenzione dell'Aja. Ruolo e responsabilità del notaio*", estensori Muritano e Rizzo, dove è richiamata anche la ormai copiosa giurisprudenza sul punto. Si segnalano, in particolare, su tale argomento, Trib. Bologna, 1 ottobre 2003, in *Trusts*, 2004 – 67 e Trib. Reggio Emilia, 27 agosto 2011, in *Trusts*, 2012. Per una panoramica sulla giurisprudenza italiana sui *trusts*, v., in particolare, "La

giurisprudenza italiana sui trusts", *Quaderni della rivista Trust e attività fiduciarie*, Milano, 2011.

⁴ Sui possibili utilizzi del *trust* nel nostro ordinamento giuridico, v. per tutti LUPOLI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008; sull'utilizzazione del *trust* al servizio dell'impresa v., in particolare, L. SALVATORE, *L'utilizzazione del trust al servizio dell'impresa*, in *Rivista del Notariato* n. 1/2006, pp. 125 ss..

⁵ Ho sempre sottolineato che il problema per l'operatore del diritto (e il Notaio in particolare) non era tanto rappresentato dall'art. 13 della Convenzione dell'Aja, in tema di ammissibilità dei *trusts* domestici, quanto dagli articoli 15 e 18 della Convenzione che, di fatto, vietano di ricevere *trusts* le cui clausole vadano contro le norme imperative del nostro diritto civile (v., sul punto, L. SALVATORE, *Il trend favorevole all'operatività del trust in Italia: esame ragionato di alcuni trusts compatibili in un'ottica notarile*, in *Contratto e impresa*, n. 2, Padova, 2000, pp. 644 ss.).

lidato nella giurisprudenza di merito⁶ e nella miglior dottrina⁷: il *trust* deve perseguire un interesse meritevole di tutela, interesse che tendenzialmente non è raggiungibile con gli istituti del diritto interno.

L'interesse, peraltro, non può coincidere con la mera "segregazione" dei patrimoni, essendo codesta l'effetto dell'istituto, non il fine in sè considerato.

In particolare, l'interesse meritevole di tutela indicato nel *trust* deve essere perseguito non in astratto, ma in concreto: questo a significare che le mere enunciazioni di principio, ovvero quelle verbali che, di fatto sono destinate a rimanere solamente "sulla carta", non sono di per sè sufficienti a giustificare siffatta operazione⁸.

⁶ Sul punto, v., in particolare, Trib. di Trieste, 19 settembre 2007, in *Trusts*, 2008, p. 42; Trib. di Trieste, 7 aprile 2006, in *Trusts*, 2006, p. 417; Trib. di Trieste, 23 settembre 2005, in *Trusts*, 2006, p. 83; Trib. di Reggio Emilia, 14 marzo 2011, in *Società*, 2011, p. 855; Trib. di Reggio Emilia, 27 agosto 2011, in *Trusts*, 2012, p. 61.

⁷ Per la dottrina, v., per tutti, lo studio approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato in data 10 febbraio 2006, *Il Trust: diritto interno e Convenzione de l'Aja. Ruolo e responsabilità del notaio*, supra cit..

⁸ V., sul punto, mirabilmente, LUPOI, *Azione revocatoria e trust familiare*, in *Trust*, 2009, p. 446. Prendendo spunto dalla sentenza del Tribunale di Cassino dell'8 gennaio 2009, l'A. affronta il tema della validità del *trust* sotto il profilo della sussistenza, nello specifico caso, delle "tre certezze" e, in particolare, dell'effettiva sussistenza dell'intenzione del disponente di istituire un *trust*. In particolare, il prof. Lupoi afferma testualmente "l'atto istitutivo del *trust* di Cassino richiama, seguendo noti modelli, l'obbligazione morale e giuridica di provvedere la mantenimento dei figli e dei loro discendenti. Il proposito è certamente commendevole e, in effetti, vi sono numerose circostanze nelle quali il *trust* è l'unico istituto giuridico che consente di perseguire efficientemente questo proposito. L'identità soggettiva fra il disponente o i disponenti e i beneficiari del reddito, categoria alla quale appartengono altri familiari, e l'individuazione, quali beneficiari del patrimonio o beneficiari finali, dei discendenti del o dei disponenti si colloca appropriatamente in questa prospettiva e il Tribunale di Cassino lo ha correttamente rilevato. Il Tribunale segue la tesi, da me sempre proposta, che non si versa in un caso di nullità del negozio istitutivo del *trust*: il pregiudizio ai creditori è arrecato, qualora lo sia, dai distinti atti di disposizione. L'istituzione del *trust* è, in sé, neutra e non può fare danno a nessuno. Il problema di questi *trust* è però un altro: occorre infatti valutare se il *trustee* sia dotato dei mezzi necessari per provvedere, secondo quanto l'atto istitutivo disponga, alle esigenze reddituali dei beneficiari. Se il disponente (come nella sentenza di Cassino) si riserva il diritto di abitazione sull'immobile conferito in *trust*, di quali redditi potrà disporre il *trustee* per adempiere a quanto prescritto nell'atto istitutivo a favore dei beneficia-

Alla luce di quanto detto, il *trust* si pone come istituto a disposizione dei consociati, il cui utilizzo, però, va fatto con molta cautela dopo un attento esame del caso in concreto, in quanto soluzioni "aprioristiche" e "calate dall'alto" possono facilmente decretarne l'invalidità, o perchè si viola qualche norma imperativa, o perchè manca la causa in concreto⁹.

Questo è evidente se si analizza il *trust* liquidatorio, che ha queste caratteristiche¹⁰:

- a) è istituito da una società in stato di crisi;
- b) può essere autodichiarato, ossia disponente e *trustee* coincidono (non c'è quindi trasferimento ma solo il vincolo); ovvero con trasferimento dei beni aziendali (spesso si tratta dell'intera azienda) ad un *trustee*;
- c) può essere un *trust* con beneficiari o di scopo; nel primo caso i beneficiari coincidono con i creditori dell'impresa in crisi; nel secondo caso il *trust* nasce con il fine del soddisfacimento delle ragioni dei creditori all'insegna della *par condicio creditorum*. In ogni caso l'interesse meritevole di tutela sotto-

ri? Ovviamente nessuno.

Ma allora il *trust* è valido? Sappiamo che la volontà del disponente di istituire un *trust* deve essere valutata in conformità al programma che il disponente affida al *trustee*, al quale anche la sentenza di Cassino fa riferimento. Non basta enunciare il programma, il programma deve essere anche attuabile e, a tale fine, occorre considerare unitamente atto istitutivo e atti dispositivi, trovando questi ultimi la propria causa giuridica nel primo. Qualora il programma enunciato nell'atto istitutivo non fosse altro che una mera "espressione verbale", mancherebbe la volontà del disponente di far nascere il *trust* e il negozio sarebbe nullo."

⁹ La civilistica italiana, in tema di nullità del contratto per mancanza di causa in concreto, sostiene, da tempo, che anche in riferimento ai cc.dd. contratti tipici, la causa del contratto non deve valutarsi solamente in astratto (e così relativamente ad un negozio tipico come la vendita, lo scambio di cosa contro prezzo), ma anche "in concreto" (si consideri, ad esempio, il caso di una vendita che abbia ad oggetto una cosa già propria: in astratto la causa si realizza - scambio di cosa contro prezzo - ma non in concreto). Così, per tutti, GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II, Padova, 2009, p. 208. Nello stesso senso, cfr. anche Suprema Corte, Sez. III Civile, 8 maggio 2006, n. 10490, con cui i giudici di legittimità accolgono la teoria di causa come "sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato). Sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, si badi, e non anche della volontà delle parti.". Codesta sentenza è pubblicata su tutte le principali riviste (v., tra l'altro, *Nuova Giurisprudenza Civile*, 2007, p. 299; *Contratti*, 2007, p. 621).

¹⁰ In questo senso, MURITANO, *Note sul Trust istituito da imprese in crisi (in funzione liquidatoria)*, Studio n. 161-2011/I, cit..

stante è quello di soddisfare le ragioni creditorie secondo la *par condicio creditorum*;

- d) il potere/dovere del *trustee* di liquidare i beni (e con il ricavato, di quella che di fatto è una liquidazione “privata”, il potere/dovere di soddisfare i creditori);
- e) sono previste delle durate piuttosto lunghe, dai cinque o sei anni, in alcuni casi addirittura di dieci.

Questa è in sintesi la facciata negoziale. Le pronunce giurisprudenziali recenti¹¹ dimostrano un utilizzo del tutto fraudolento del *trust* liquidatorio, reso evidente da questa sequenza di comportamenti:

- messa in liquidazione della società;
- dopo pochi giorni il liquidatore, invece di svolgere il proprio ruolo di liquidatore, conferisce in *trust* tutti i beni aziendali ad un *trustee* che è un soggetto diverso dal liquidatore;
- immediatamente dopo, il liquidatore chiude la società, chiede la cancellazione della società dal Registro delle Imprese con l'obiettivo e la speranza che trascorra il fatidico anno, ex art. 10, legge fallimentare¹², decorso il quale non può più pronunciarsi il fallimento della società¹³.

Tale sequenza di comportamenti rende evidente una duplice finalità (che è ben diversa dal dichiarato intento di soddisfare i creditori dell'impresa in crisi):

¹¹ Tribunale di Milano, Trib. Milano – Sez. Dist. Legnano, 8 gennaio 2009, in *Trusts*, 2009, 634; Trib. Milano, 16 giugno 2009 in *Trusts*, 2009, 533, Dir. fall., 2009, II, 498, con nota di Di Maio, Il *trust* e la disciplina fallimentare: eccessi di consenso, *Corr. giur.*, 2010, 522, con nota di Galluzzo, Validità di un *trust* istituito da una società in stato di decozione; Trib. Milano, 17 luglio 2009, in *Trusts*, 2009, 628 e Dir. fall., 2009, II, 523; Trib. Milano, 30 luglio 2009, in *Trusts*, 2010, 80; Trib. Milano, 22 ottobre 2009, in *Corr. mer.*, 2010, 388; App. Milano, 29 ottobre 2009, in *Trusts*, 2011, 146; Trib. Reggio Emilia, 14 marzo 2011, in *Società*, 2011, 855; Trib. Mantova, 25 marzo/18 aprile 2011, in *Trusts*, 2011, 529; Trib. Brindisi, 28 marzo 2011, in *Trusts*, 2011, 639.

¹² Regio decreto 16 marzo 1942 n. 267 e successive modificazioni.

¹³ Recente giurisprudenza, ha ritenuto illegittima la cancellazione della società che aveva conferito i propri beni in *trust* e omesso gli adempimenti prescritti dal codice civile per la liquidazione volontaria (Trib. Bolzano, 17 giugno 2011, in *www.ilcaso.it*). Sulla legittimità della cancellazione della società dal registro delle imprese eseguita in assenza delle condizioni previste dalla legge cfr. Trib. Padova, 2 marzo 2011, in *Società*, 2011, 900 con nota di Zagra. Cfr. anche FIMMANÒ-ANGIOLINI, *Cancellazione, estinzione e cancellazione della cancellazione: quando la società di capitali può “risorgere” e fallire*, in *www.ilcaso.it*.

a) eludere l'applicazione delle norme in tema di liquidazione della società di capitali artt. 2484 ss. c.c., normativa di rango imperativo che prevede una procedura da seguire a tutela del ceto creditore (prima ancora che dei soci);

b) eludere l'applicazione della normativa di rilievo pubblicistico (e quindi di rango imperativo) in tema di procedure concorsuali (*in primis*, il fallimento)¹⁴.

La risposta della giurisprudenza non si è fatta attendere. Vi sono due orientamenti in giurisprudenza:

- secondo un orientamento¹⁵ i *trust* sopraccitati non vanno riconosciuti sulla base della Convenzione dell'Aja (art. 13) in quanto non meritevoli di tutela: tali *trusts* non offrono alcun plusvalore rispetto alla normativa in tema di liquidazione delle società di capitali. Manca dunque la causa in concreto.

Infatti, in questi *trust* ricorrono le seguenti affermazioni;

- scopo del *trust* è quello di destinare il patrimonio al soddisfacimento dei creditori (ma tale è lo scopo primario della liquidazione: prima di assegnare i beni ai soci, occorre estinguere i debiti);
- scopo del *trust* è quello di evitare la dispersione dei beni, favorendo l'eventuale commercializzazione del patrimonio (trattasi di compito primario del liquidatore);
- scopo del *trust* è quello di favorire la conclusione di accordi stragiudiziali di ristrutturazione del debito (scopo di fatto solo “enunciato”, dal momento che, come si è già avuto modo di accennare precedentemente, la prassi è quella di cancellare nell'immediatezza la società dal registro delle imprese)

Secondo un altro orientamento¹⁶ il *trust* liquidatorio non è in sé illegittimo ma è tale ogni qual volta porta a sottrarre i beni al fallimento, quando quindi di fatto porta ad eludere le norme pubblicistiche in tema di procedure concorsuali: è l'art. 15 della Convenzione che ne sancisce la nullità.

¹⁴ Sottolineano il rilievo pubblicistico di tale normativa, in particolare, GALLETTI, *Sull'utilizzo del trust nelle procedure concorsuali*, in *www.assotrust.it*; FIMMANÒ, *Trust e diritto delle imprese in crisi*, in *Riv. not.*, 2011, p. 511 e ss..

¹⁵ Trib. di Reggio Emilia, 14 marzo 2011, in *Società*, 2011, p. 855; Trib. di Reggio Emilia, 27 agosto 2011, in *Trusts*, 2012, p. 61. Nello stesso senso, in dottrina, v. FIMMANÒ, *Trust e diritto delle imprese in crisi*, cit., p. 515.

¹⁶ Trib. Mantova, 25 marzo/18 aprile 2011, in *Trusts*, 2011, 529; App. Milano, 29 ottobre 2009, in *Trusts*, 2011, 146. In dottrina, in questo senso, LUPOLI, *Due parole tecniche sull'atto istitutivo di un trust liquidatorio e sui trust nudi*, in *Prassi negoziale*, 2011, pp. 211 ss..



Tali *trusts* però devono considerarsi validi ogni qual volta contengano una c.d. “clausola di salvaguardia”, ossia la previsione espressa secondo cui il “*trust* cessa, con conseguente consegna dei beni al curatore del fallimento, allorchè viene dichiarato il fallimento della società disponente”.

Questa clausola di salvaguardia dunque diviene di assoluta rilevanza nella prassi operativa.

Vi è da dire, infine, che parte della dottrina¹⁷ e anche parte della giurisprudenza¹⁸ sottolineano l'utilità del *trust* non da utilizzare contro le procedure concorsua-

li ma nell'ambito delle stesse e in un certo senso al servizio delle stesse (per assicurare una migliore efficienza).

In quest'ottica sembra, però, andare più “di moda” in quest'ultimo tempo il c.d. “atto di destinazione”¹⁹.

2. L'atto di destinazione e la crisi d'impresa

La prassi di questi tempi ci consegna dunque l'atto di destinazione posto dall'impresa in crisi.

Si riscontrano due tipologie:

- A) “l'autodestinazione”, da parte dell'impresa in crisi che ha ad oggetto beni propri: l'impresa in crisi “destina” beni propri al soddisfacimento delle ragioni creditorie;
- B) “l'eterodestinazione”, che, invece, ha ad oggetto non beni propri dell'impresa in crisi, ma beni di terzi che hanno interesse al buon esito della procedura (soci illimitatamente responsabili, soci di capitali che hanno prestato fidejussione) i quali destinano mezzi propri per il soddisfacimento delle ragioni creditorie.

L'interesse perseguito che si evidenzia (il c.d. “interesse meritevole di tutela”) è innanzitutto quello di consentire il buon esito delle cc.dd. “procedure concorsuali minori”, alternative al fallimento:

- accordo di ristrutturazione del debito ex art. 182 bis legge fallimentare;
- concordato preventivo,

in quanto l'aggressione disordinata da parte del singolo creditore individuale blocca e vanifica il buon esito della procedura di concordato o dell'accordo di ristrutturazione del debito²⁰.

Al tempo stesso, l'interesse risulta essere quello di soddisfare le ragioni dei creditori nel rispetto della *par condicio creditorum*, principio altrimenti messo a repentaglio dalle singole aggressioni da parte del ceto creditorio.

Beneficiari del singolo atto risulteranno essere sicu-

¹⁷ V., per tutti, GALLETTI, *Sull'utilizzo del trust nelle procedure concorsuali*, cit.; CAVALLINI, *Trust e procedure concorsuali*, in *Rivista delle società*, 2011, pp. 1093 ss..

¹⁸ Cfr. Trib. Roma 3 aprile 2003, in *Trusts*, 2003, 411 e Trib. Roma, 4 aprile 2003, in *Trusts*, 2004, 406; Trib. Saluzzo, 9 novembre 2006, in *Giur. mer.*, 2008, 3, 739; Trib. Parma, 3 marzo 2005, in *Fallimento*, p. 553.

¹⁹ Ciò anche per ragioni di carattere fiscale, nel senso che l'atto di destinazione è ovunque assoggettato a tassa fissa (cfr. Agenzia Entrate n. 48/E 6 agosto 2007 e n. 3/E 22 gennaio 2009), diversamente dal *trust* liquidatorio che rischia, sempre, di essere tassato l'imposta di donazione nella misura dell'8 % (cui va aggiunto il 3% di ipocatastale).

²⁰ Infatti, la principale difficoltà per l'imprenditore in crisi è arginare le azioni esecutive del creditore individuale nella c.d. “fase delle trattative”, in pendenza della formulazione della domanda di concordato preventivo o della proposta di accordo ex art. 182 bis legge fallimentare.

ramente i creditori dell'impresa in crisi, a favore dei quali vengono "destinati" i beni, ma in un certo senso beneficiario è lo stesso legislatore della riforma (e quindi lo Stato/ la collettività) che ha promosso tali procedure, alternative, a scapito del "fallimento", che è relegato ad *extrema ratio*²¹.

Grazie a tali atti, si intravede la possibilità di impedire che l'eventuale azione individuale del singolo creditore renda vano l'accesso alle procedure alternative, rendendo inevitabile il fallimento.

L'interesse meritevole di tutela di cui all'art. 2645 ter c.c. sembrerebbe essere *in re ipsa*: è il legislatore della recente riforma fallimentare che vede nella fine dell'impresa una minaccia e incentiva, in un certo senso, la ristrutturazione del debito, relegando il fallimento, come detto, ad *extrema ratio*.

Non v'è dubbio, però, che l'effetto di questi atti di destinazione sia, in concreto, molto forte: è infatti quello di bloccare le azioni individuali dei creditori per un arco di tempo più o meno lungo (anche troppo, se si pensa che in certi atti si parla di cinque anni, in altri addirittura di dieci anni).

Ma ciò è possibile nel nostro ordinamento giuridico?

La risposta della giurisprudenza sembra essere negativa sul punto.

3. Le pronunce giurisprudenziali in tema di atto di destinazione e crisi d'impresa

Le pronunce giurisprudenziali sul punto sono due:

- la pronuncia del Tribunale di Vicenza del 31 marzo 2011 e la pronuncia del Tribunale di Verona del 13 marzo 2012²².

Entrambe le pronunce respingono la domanda di concordato preventivo presentata dall'impresa in crisi in quanto il piano concordatario si fonda su tale tipo di atti.

Esaminiamo nel merito le due pronunce.

Quanto alla pronuncia del Tribunale di Vicenza si osserva quanto segue:

²¹ Si pensi all'esenzione da revocatoria di cui all'art. 67, comma 3, lett. d) per gli atti in esecuzione di piani attestati, di cui all'art. 67, comma 3, lett. e) per gli atti in esecuzione di accordi di ristrutturazione del debito e concordati preventivi o alla previsione dell'art. 217 bis, legge fallimentare, che esclude il reato di bancarotta fraudolenta per le operazioni compiute nell'ambito di tali procedure.

²² Trib. Vicenza, 31 marzo 2011, in Corr. mer., 2011, 806, con nota di Rispoli; Trib. Verona, 13 marzo 2012, in www.ilcaso.it.

- riguarda un'ipotesi di eterodestinazione, ovvero, come detto, il caso in cui i terzi apportino nuova finanza per il buon esito del concordato preventivo;
- Tali terzi (soci/amministratori) mettono a disposizione dei beni immobili, destinandoli al soddisfacimento dei creditori al buon esito del concordato, al soddisfacimento dei creditori dell'impresa in crisi;
- di fatto viene messo a disposizione dei creditori il ricavato della vendita dei beni;
- non si distingue tra creditori, nel pieno rispetto del principio della *par condicio creditorum*.

Quanto alla pronuncia del Tribunale di Verona:

- riguarda un'ipotesi di autodestinazione: i beni sono quelli dell'impresa in crisi;
- è l'impresa in crisi che costituisce un vincolo di destinazione su immobili propri;
- quest'ultimi sono destinati per il soddisfacimento non di tutti i creditori ma solo di quelli che avrebbero aderito al piano concordatario.

I casi sono dunque diversi; la risposta risulta tuttavia identica, nel senso che in ambo le ipotesi non si è ammesso un concordato preventivo preceduto da un atto di destinazione.

È chiaro come ogni caso per essere compreso vada esaminato in concreto: non si può sottacere, difatti, come le due vicende in considerazione siano addivenute a tale identico risultato con tutta probabilità per il fatto che in entrambe le situazioni alcuni creditori "forti" (tra questi, in particolare, Istituti di credito) hanno iscritto ipoteche giudiziali dopo la trascrizione del vincolo e prima della presentazione della domanda di concordato.

Nonostante le conclusioni cui giungono i tribunali di merito risultino essere identiche, le motivazioni giuridiche di tali risposte in concreto si rivelano diverse.

La motivazione del Tribunale di Vicenza è in un certo senso più generica e riguarda l'atto di destinazione in generale (ossia a prescindere dal suo utilizzo nell'ambito delle procedure concorsuali).

L'interesse meritevole di tutela di cui parla l'art. 2645 ter è unicamente riconducibile alla solidarietà sociale e, correlativamente, il soddisfare i creditori dell'impresa in crisi non deve considerarsi interesse socialmente utile, altrimenti si finirebbe con il consentire ad un atto di autonomia privata di derogare al principio della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c., al di fuori dell'espressa previsione normativa.

La motivazione del Tribunale di Verona risulta essere, al contrario, più specifica dal momento che riguarda non l'atto di destinazione in generale, bensì proprio l'atto di destinazione dell'impresa in crisi.



Il Tribunale di Verona, invero, pone a fondamento della sua decisione una serie di argomentazioni giuridiche difficilmente controvertibili: è il legislatore che, con l'art. 168 della legge fallimentare, fissa con estrema chiarezza quale sia il momento a partire dal quale i creditori dell'impresa in crisi non possono (a pena di nullità) iniziare e/o continuare azioni esecutive sui beni del debitore.

In particolare, l'art. 168 l.f.²³ è norma imperativa, nonché norma speciale (nel senso di dettata specificamente per il diritto concorsuale) e, in quanto tale, prevale sull'art. 2645 ter.

A parere del Tribunale di Verona, dunque, l'autonomia privata non può utilizzare l'art. 2645 ter per anticipare tale momento, tanto meno per allungarlo.

Il Tribunale, inoltre, evidenzia come con tale atto ci si collochi in contrasto con il principio della *par condicio creditorum*. Questo è soprattutto vero se si considera

che l'atto censurato conteneva una distinzione tra:

- creditori aderenti al concordato (i quali avrebbero ricevuto tutela);
- creditori non aderenti al concordato (i quali, al contrario, non avrebbero ricevuto tutela alcuna).

A ben vedere, afferma codesto Tribunale, non si può lasciare al mero arbitrio del debitore, la scelta di quale creditore proteggere; l'eventuale loro suddivisione in classi, deve avvenire secondo le regole di rilievo pubblicistico propria del concordato preventivo. Viene infine evidenziato il rischio concreto che il creditore²⁴ che *medio tempore* abbia iscritto ipoteca giudiziale eserciti l'azione revocatoria, il cui "probabile" successo renderebbe vano e inutile il concordato preventivo. Così esposte le motivazioni, appare evidente come superare le argomentazioni addotte dal Tribunale di Vicenza contro l'atto di destinazione non risulta essere così difficile; ben più arduo risulta invero superare le argomentazioni del Tribunale di Verona.

Ad onor del vero, bisogna dare atto che (analogamente a quanto avveniva con le omologhe del diritto societa-

²³ La disposizione così recita: "dalla data di presentazione del ricorso e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore al decreto non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore."

²⁴ È quanto avvenuto nel caso di specie; si trattava peraltro di creditori "forti" (Istituti di credito) difficilmente disposti a soccombere.

rio²⁵) a noi è dato conoscere, per lo più, i provvedimenti giudiziali di segno negativo (ossia quelli rigettanti la domanda) e non tanto quelli positivi (ovvero quelli di accoglimento).

Io posso portare la mia testimonianza di tre casi concreti²⁶ in cui la domanda di concordato è stata precluduta e quindi era accompagnata da tale atto di destinazione.

In tutti questi casi l'impresa in crisi è stata ammessa al concordato e ciò credo (non tanto) perché l'atto era stato redatto a regola d'arte (semplicemente non si attentava la *par condicio creditorum*, vincolando i beni a favore di tutti i creditori e ciò per un arco temporale piuttosto limitato), quanto perché nessuna ipoteca giudiziale (cui peraltro prima si faceva brevemente riferimento) è stata iscritta medio tempore, ovvero tra la data della trascrizione del vincolo ex art. 2645 ter c.c. e la data della presentazione della domanda), e ciò perché si era proceduto con prudenza e serietà, informando (preventivamente) i creditori – almeno quelli che risultavano essere i più esposti, *in primis* le Banche – che avevano dato (informalmente) il loro benestare.

Detto questo, è evidente che il caso concreto, la serietà dell'impresa in crisi, il buon senso dei creditori (almeno di quelli cc.dd. “forti”) e un atto di destinazione redatto a regola d'arte possono portare al successo di tale istituto come atto negoziale che “assiste” il concordato preventivo facilitandone il buon esito.

4. L'atto di destinazione e gli interessi meritevoli di tutela

I profondi conoscitori della materia delle “destinazioni/ segregazioni patrimoniali” sanno bene che l'art. 2645 ter non è una “scheggia impazzita” o un “fulmi-

ne a ciel sereno” che non si sa bene da dove arrivi. La norma è stata introdotta con il decreto legge 30 dicembre 2005, n. 273 e rappresenta l'accoglimento di una autorevole tesi dottrina²⁷, che, proprio mentre iniziava a prendere piede nel nostro Paese, sotto la guida sapiente del prof. Lupoi, la “moda” del *trust*, ha sempre sostenuto l'ammissibilità ex art. 1322 c.c. del c.d. “negozio di destinazione”, espressivo dell'autonomia contrattuale.

Il vero limite di tale negozio di destinazione, si affermava da parte di tale dottrina, è che esso produce solo effetti “obbligatori” e non “reali” in quanto relativamente agli immobili manca la norma che ammette la trascrizione (norma che arriva dunque con l'art. 2645 ter).

L'art. 2645 ter è considerata dai più²⁸ non solo una norma sulla trascrizione ma anche una norma sostanziale che detta quel che potrebbe essere definito un mini-statuto di tale atto di destinazione.

Tale norma delinea solamente i connotati essenziali dell'istituto, lasciando ampio spazio all'autonomia privata delegata, di fatto, a disciplinare *ad hoc*, in base al caso concreto, le numerose lacune che presenta il testo normativo.

Il legislatore detta lo schema normativo ma la vera partita la gioca il “professionista” che adatta le clausole dell'atto di destinazione alle esigenze del caso concreto.

Ai più è ben noto il fatto che l'atto di destinazione, oltre ad essere una norma piuttosto “lacunosa”, pone tre grosse problematiche²⁹:

- a) I beni oggetto della destinazione;
- b) L'ammissibilità di un atto di destinazione “dinamico” cui si accompagna un trasferimento, dal momento che il legislatore disciplina espressamente solo l'ipotesi “statica”.
- c) L'interesse meritevole di tutela ex art. 1322 c.c..

Ai fini della presente trattazione, rileva unicamente quest'ultima problematica.

Sul punto vi sono tre distinte opinioni dottrinarie:

²⁵ Mi riferisco alla Riforma Bassanini, legge 24 novembre 2000 n. 340, che ha eliminato l'omologa da parte del Tribunale, prevedendo esclusivamente il controllo di legalità da parte del Notaio.

²⁶ Un caso presso il Tribunale di Mantova, che riguarda un'ipotesi di “eterodestinazione” (ossia con beni di terzi); due casi presso il Tribunale di Verona: uno riguarda un'ipotesi di “autodestinazione” (ossia con beni propri), l'altro un'ipotesi di “eterodestinazione” (in quest'ultimo caso, a testimonianza della serietà dell'operazione, i beni dei terzi interessati, sono stati previamente estromessi da un fondo patrimoniale – patrimonio di destinazione “egoistico” per eccellenza – per essere vincolati nell'atto di destinazione a tutela del buon esito del concordato preventivo proposto).

²⁷ Trattasi di un orientamento dottrinario minoritario ma autorevole rappresentato, in particolare, da LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994; PALERMO, *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in Riv. dir. comm., 2001, I, p. 391 e ss..

²⁸ La letteratura relativa a tale norma è ormai copiosa. V. per tutti, da ultimo, D'APREA, *Negozi di destinazione: ruolo e responsabilità del notaio*, in Rivista del Notariato, 2011, pp. 801 e ss..

²⁹ V., sul punto, in particolare, PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in Riv. dir. Civ., 2006, II, p. 161 e ss..

- La prima è quella per cui sarebbe sufficiente un interesse lecito, valorizzando così il riferimento all'art. 1322 c.c., contenuto nella norma³⁰;
- La seconda sostiene che occorra un interesse "socialmente utile"³¹;
- L'ultima (che sembra prevalere), individua nell'interesse che esprime un plusvalore, una valenza positiva e che sia tipizzato (ossia trovi tutela nell'ordinamento giuridico) quell'interesse meritevole di tutela di cui parla la norma (si pensi, ad esempio all'art. 170 c.c. in tema di bisogni della famiglia, nonché all'art. 699 c.c. in tema di avviamento ad una professione o ad un'arte)³².

È sicuramente quest'ultima la tesi preferibile, in quanto gli effetti della destinazione sono "forti", ossia, da un lato, la sottrazione dei beni al ceto creditore, dall'altro un possibile ostacolo alla libera circolazione dei beni. Non basta dunque un mero interesse egoistico/segregativo (per quanto lecito), ma occorre un interesse meritevole di maggior tutela rispetto a quello dei medesimi creditori.

Interesse che deve sussistere in concreto e non in astratto secondo una sorta di giudizio prognostico, da parte del notaio rogante, sugli effetti dell'atto di destinazione nei confronti dei terzi estranei (creditori del disponente)³³.

Una tale conclusione è peraltro in sintonia con le conclusioni cui è arrivata la miglior dottrina e giurisprudenza in tema di *trust* interno e con l'orientamento della civilistica italiana in tema di causa in concreto³⁴.

Naturalmente tale interesse meritevole di tutela dev'essere enunciato all'interno dell'atto di destina-

zione in quanto risulta incarnare in un certo senso, la "causa" dell'atto di destinazione.

Ora, tornando all'atto di destinazione dell'impresa in crisi, e osservandolo con la visuale delle tre teorie anzidette, ci accorgiamo che l'interesse perseguito con tale atto pare meritevole di tutela (ovvero quello di assicurare il buon esito di un concordato preventivo o di favorire la conclusione di un accordo di ristrutturazione del debito ex art. 182 bis) in quanto:

- a) è sicuramente lecito;
- b) esprime una valenza positiva e in un certo senso tipizzata (si pensi, ad esempio, al favore della riforma della legge fallimentare nei confronti delle cc.dd. procedure alternative a scapito del fallimento, che resta l'*extrema ratio*);
- c) se si guarda al possibile buon esito di tali procedure alternative, che mirano³⁵, in un certo senso, alla conservazione dell'impresa e alla salvaguardia del complesso produttivo e dei relativi posti di lavoro, appare, a mio avviso, evidente anche la ricaduta sociale del fenomeno "impresa in crisi" per cui è interesse pubblico (della comunità locale e della sua collettività) la salvaguardia dell'impresa e quindi, in un certo senso, l'atto di destinazione in oggetto (contrariamente a quanto detto dal Tribunale di Vicenza) soddisfa un interesse "socialmente utile".

Alla luce di quanto detto, le argomentazioni del Tribunale di Vicenza potremmo ritenerle superate, e quindi ritenere legittimo un tale tipo di atto.

Ci resta ora da provare a superare, invece, le forti argomentazioni sostenute dal Tribunale di Verona.

5. Atto di destinazione e norme imperative del diritto concorsuale

Se analizziamo la sostanza degli atti in oggetto ponendoci nella visuale del ceto creditore, pare evidente che tali atti, in concreto, presentino un effetto, per così dire, "contraddittorio": da un lato, infatti, vi è la destinazione, volta al soddisfacimento dei creditori dell'impresa in crisi, dall'altro vi è il blocco delle azioni individuali dei singoli creditori.

In un certo senso, si potrebbe affermare che da un lato la norma tuteli la massa dei creditori (e con essa il

³⁰ Tale tesi è sostenuta, in particolare, da PALERMO, *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, a cura di M. Bianca, Giuffrè, 2007, p. 75 e ss., nonché VETTORI, *Atto di destinazione e trascrizione. L'art. 2645-ter*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, cit., p. 176 e ss.; PATTI, *Gli atti di destinazione e trust nel nuovo art. 2645 ter c.c.*, in *Vita not.*, 2006, p. 986 - 987.

³¹ Tale tesi è sostenuta da GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter*, in *Giust. civ.*, 2006, pp. 165 e ss.; SPADA, *Conclusioni*, a *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter*, cit., p. 203.

³² In questo senso, NUZZO, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, cit., p. 68; QUADRI, *L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *contratto e Impresa*, 2006, p. 1729; PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., p. 179.

³³ Sul punto, in particolare, v., D'APREA, *Negozi di destinazione: ruolo e responsabilità del notaio*, cit., pp. 823 e ss..

³⁴ V. *supra*, § 1.

³⁵ Soprattutto gli accordi di ristrutturazione del debito, ma anche il concordato preventivo quando non è esclusivamente liquidatorio.

principio della *par condicio creditorum*), dall'altro che questa danneggi il singolo creditore.

È evidente che nel passaggio dall'analisi fattuale anzidetta all'analisi prettamente giuridica, tali atti di destinazione, allorché posti in essere da un'impresa versante in uno stato di crisi, incidono su due capisaldi del diritto fallimentare³⁶:

- il principio della *par condicio creditorum*;
- il blocco delle azioni individuali.

Sotto il profilo del principio della *par condicio creditorum*, l'atto di destinazione, a mio avviso, non presenta in realtà particolari profili di problematicità.

L'atto pubblico viene trascritto, seguendo le regole in materia di trascrizione. Il creditore privilegiato che ha una legittima causa di prelazione trascritta anteriormente (*in primis*, ipoteca), dunque, non è leso da un tale atto.

Bisogna porre attenzione, però, alla circostanza che l'atto venga redatto in modo tale che tutti i creditori dell'impresa in crisi siano tutelati³⁷; solo così si rispetta la *par condicio creditorum* e si evitano abusi a danno dei creditori.

Sotto il profilo del blocco delle azioni individuali, l'atto di destinazione pone, al contrario, più di una problematica.

Ciò si spiega alla luce del fatto che il diritto concorsuale contiene già delle norme sul punto, norma che dai più sono considerate di rango imperativo. È il legislatore che ci dice espressamente quando si produce il c.d. "blocco delle azioni individuali", nel senso che per ogni procedura la legge fallimentare, contiene una norma sul punto, che soddisfa interessi pubblicistici. Per il fallimento – art. 51 l.f. "salvo diversa disposizione della legge, dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione individuale esecutiva o cautelare, anche per crediti maturati durante il fallimento, può essere iniziata o seguita sui beni compresi nel fallimento";

Per il concordato preventivo – art. 168 l.f. "dalla data della presentazione del ricorso e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore al decreto non possono, sotto pena di nullità,

iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore";

Per gli accordi di ristrutturazione del debito – art. 182 bis, co. 3, l.f. "dalla data della pubblicazione e per sessanta giorni i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore", proseguendo con il comma 6 per cui il giudice ha il potere di anticipare alla fase delle trattative il blocco delle azioni individuali³⁸. È palese la portata della novella normativa introdotta con il d.l. 31 maggio 2010 n. 78: in effetti è questa la risposta che ha fornito il legislatore al problema che stiamo affrontando, non nel senso però di affidare all'autonomia privata il potere di anticipare alla fase delle trattative il c.d. "blocco delle azioni individuali", bensì ad un provvedimento del Tribunale³⁹.

Ancora, la recentissima l. 27 gennaio 2012, n. 3, artt. 6-20, in vigore dal 29 febbraio 2012, detta una particolare procedura in materia di composizione della crisi da sovraindebitamento, procedura della quale posso valersi tutti i soggetti che il nostro ordinamento reputa "non fallibili".

In effetti al debitore è concessa la facoltà, qualora versi in stato di sovraindebitamento (presupposto necessario per l'applicazione di tale disciplina) di proporre ai creditori un accordo di ristrutturazione del debito. La proposta di accordo va depositata presso il Tribu-

³⁸ La disposizione recita testualmente: "il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive di cui al terzo comma può essere richiesto dall'imprenditore anche nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell'accordo di cui al presente articolo, depositando presso il tribunale competente ai sensi dell'articolo 9 la documentazione di cui all'articolo 161, primo e secondo comma, e una proposta di accordo corredata da una dichiarazione dell'imprenditore, avente valore di autocertificazione, attestante che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti e da una dichiarazione del professionista avente i requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), circa la idoneità della proposta, se accettata, ad assicurare il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare. L'istanza di sospensione di cui al presente comma è pubblicata nel registro delle imprese e produce l'effetto del divieto di inizio o prosecuzione delle azioni esecutive e cautelari, nonché del divieto di acquisire titoli di prelazione, se non concordati, dalla pubblicazione".

³⁹ Su tutti, v., in particolare, FIMMANÒ, *Trust e diritto delle imprese in crisi*, cit., p. 518, nonché GALLETTI, *Trust liquidatorio e (in) derogabilità del diritto concorsuale*, in *Trust, Moderni sviluppi del trust*, Atti del V Congresso Nazionale dell'Associazione "Il trust in Italia" Sestri Levante 2011, Quaderno n. 11, pp. 626 ss..

³⁶ V. FIMMANÒ, *Trust e diritto delle imprese in crisi*, in Riv. not., 2011, p. 513.

³⁷ Questo è particolarmente vero se si considera che, il Tribunale di Verona non ha ammesso il concordato preventivo in quanto l'atto di destinazione aveva distinto tra creditori "aderenti" al concordato e creditori "non aderenti", destinando i beni solo ai primi.



nale: l'art. 10, comma 3 sancisce che "all'udienza il giudice, in assenza di iniziative o atti in frode ai creditori, dispone che, per non oltre centoventi giorni, non possono, sotto pena di nullità, essere iniziate o proseguite azioni esecutive individuali nè disposti sequestri conservativi nè acquistati diritti di prelazione sul patrimonio del debitore che ha presentato la proposta di accordo, da parte dei creditori aventi titolo o causa anteriore.[...]".

Di più, l'art. 12, comma 3, poi, prevede che in caso di omologazione da parte del Tribunale, dalla data di omologa, e per un massimo di un anno, l'accordo produce l'effetto di bloccare le azioni individuali dei creditori⁴⁰.

Il diritto concorsuale e tale novella in tema di crisi da sovraindebitamento non sembrano dunque lasciare molto spazio all'autonomia privata sul punto.

Se dalla legislazione speciale, passiamo però ad esaminare il codice civile, l'unico istituto che può interessarci è la "cessione dei beni ai creditori" di cui all'art. 1977 c.c.⁴¹.

Si tratta di un contratto con cui il debitore incarica (si tratta di un contratto di mandato) i suoi creditori o

alcuni di essi di liquidare il suo patrimonio, tutto o in parte, e ripartire tra di loro il ricavato e soddisfare i loro crediti. Questo va trascritto se ha ad oggetto beni immobili ex art. 2649 c.c..

Gli effetti sono disciplinati ex art. 1980 c.c.:

- a) il debitore non può disporre dei beni ceduti (ne consegue che una volta trascritti, non hanno effetto, nei confronti dei creditori, le trascrizioni/iscrizioni eseguite contro il debitore);
- b) i creditori anteriori alla cessione che non vi hanno partecipato possono agire in via esecutiva su tali beni;
- c) i creditori cessionari, al contrario, non possono agire in via esecutiva su tali beni.

Tutto questo a significare che l'autonomia negoziale può, con tale contratto, sostituire una liquidazione privata a quella giudiziale, sempre, però, nel rispetto delle regole anzidette. Il blocco delle azioni individuali si ha però solo se tutti i creditori aderiscono.

Questo istituto offre dunque degli spunti interessanti: se i creditori dell'impresa in crisi sono d'accordo, in linea di massima, in merito al "salvataggio dell'azienda" e si tratta di definire se è meglio la via della ristrutturazione del debito ex art. 182 bis l.f. o la via del concordato e i relativi dettagli, a mio avviso⁴² è

⁴⁰ Testualmente, la disposizione così recita "dalla data di omologazione [...] e per un periodo non superiore ad un anno, l'accordo produce gli effetti di cui all'articolo 10, comma 3".

⁴¹ V., per tutti, GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II, Padova, 2009, p. 814.

⁴² In questo senso v. anche il recentissimo studio del CNN, MURITANO, *Note sul Trust istituito da imprese in crisi (in funzio-*

legittimo l'utilizzo dell'atto di destinazione al servizio della procedura o della ristrutturazione del debito ex art. 182 bis l.f. o del concordato.

Tale atto deve però coordinarsi con le norme imperative anzidette e quindi lasciare spazio alla loro piena applicazione una volta:

- o che è pubblicato l'accordo di ristrutturazione al registro delle imprese (nell'ipotesi di cui all'art. 182 bis);
- o che è ammessa la domanda di concordato.

Vale a dire che esso deve perdere di efficacia (e quindi deve cessare la destinazione) una volta che scatta l'operatività delle norme in questione (182 bis e 168 l. fallimentare) che dispongono sul punto.

Fondamentale è dunque coinvolgere i creditori e, dunque, anche se beneficiari dell'atto finale, fare in modo che sottoscrivano l'atto⁴³.

Non nascondo che tale tesi rischia di peccare di poco realismo e quindi di rimanere un'ipotesi di scuola: fare in modo che i creditori sottoscrivano un siffatto atto sarà sicuramente impresa ardua. Ma non impossibile⁴⁴. Questo rappresenta dunque un primo *step*, che in un certo senso risulta essere avallato anche, come accennato, da autorevole dottrina⁴⁵.

Tale dottrina sembra però spingersi ben oltre: nell'ammettere l'utilizzo di tale istituto⁴⁶ nel contesto (e quindi al servizio) dei nuovi istituti della legge fallimentare (piani attestati ex art. 67, comma 3, lett. d)/ accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis/ concordati preventivi), in un certo senso "incentivati" dalla riforma della legge fallimentare⁴⁷, arriva a sostenere la possibilità di disattivare le azioni esecutive dei singoli creditori per un termine anche maggiore dei sessanta giorni previsti dall'art. 182 bis, ritenendo quindi non imperative le norme sopramenzionate.

Tale tesi mi sembra francamente eccessiva.

ne liquidatoria), Studio n. 161-2011/I, cit..

⁴³ Così (ovviamente parlando del *trust* liquidatorio), MURITANO, *Note sul Trust istituito da imprese in crisi (in funzione liquidatoria)*, cit., § 4.

⁴⁴ Potrebbe anche risultare sufficiente un benessere informale, se il quadro non è eccessivamente critico.

⁴⁵ Cfr. MURITANO, *Note sul Trust istituito da imprese in crisi (in funzione liquidatoria)*, cit.: l'A. dà infatti ampio rilievo all'importanza di coinvolgere il ceto creditorio.

⁴⁶ Le considerazioni riguardano il *trust* liquidatorio, ma valgono sicuramente anche per l'atto di destinazione ex art. 2645 ter.

⁴⁷ Si pensi all'esenzione da revocatoria di cui all'art. 67, comma 3, lett. d) ed e), nonché all'esenzione dal reato di bancarotta di cui all'art. 217 bis.

Le norme concorsuali anzidette, relative al c.d. "blocco delle azioni individuali" sono sicuramente di rango imperativo e come tali non derogabili, in quanto vi è sempre più l'interesse pubblico al corretto espletamento della procedura delineata dal legislatore.

Va da sé che l'"interesse pubblico" in un certo senso si attenua ogni qual volta vi è il consenso di tutti i creditori dell'impresa in crisi.

Il vero problema, però, a ben vedere, è quando tale consenso non si manifesta: in questo caso la via del giudizio di ammissibilità dell'atto di destinazione diventa ancor più ardua (anche se non impossibile).

Occorre, a mio avviso, distinguere tra "eterodestinazione" ed "autodestinazione".

6. Atto di destinazione avente ad oggetto beni di terzi

È frequente che la proposta di accordo di ristrutturazione del debito ex art. 182 bis l.f. o la domanda di concordato prevedano che terzi (diversi dal c.d. debitore in crisi) mettano a disposizione uno o più beni al fine di soddisfare i creditori dell'impresa in crisi: tali beni andranno venduti e il ricavato andrà utilizzato per pagare i creditori.

Si tratta della c.d. nuova finanza conferita da terzi, che spesso è decisiva per il buon esito della procedura.

Tali terzi sono soggetti giuridicamente responsabili dei debiti dell'imprenditore (è il caso dei soci illimitatamente responsabili, fallibili in estensione ex art. 147 legge fallimentare) o di soci che godono del beneficio della responsabilità limitata ma che hanno prestato garanzie (*in primis* fidejussioni) a creditori forti; altre volte sono soggetti formalmente non responsabili dei debiti dell'impresa in crisi ma che in caso di fallimento possono subire azioni di responsabilità per *mala gestio*⁴⁸ (nel caso degli amministratori) o per inosservanza dei doveri di controllo (nel caso dei sindaci); o di terzi "compiacenti" che sono diventati titolari di beni "distratti" dall'imprenditore così da sottrarli alla garanzia.

È pacifico che l'effetto segregativo (e il relativo "blocco delle azioni individuali") previsto dalla norma della legge fallimentare (art. 182 bis e art. 168) riguarda unicamente i beni dell'impresa in crisi e non i beni dei terzi⁴⁹.

⁴⁸ V., ROVELLI, *I nuovi assetti privatistici nel diritto societario e concorsuale e la tutela creditoria*, in *Il Fallimento*, 2009, n. 9, pp. 1029 e ss..

⁴⁹ L'orientamento sul punto è pressoché pacifico, v. per tutti

Per raggiungere tale risultato non resta che utilizzare l'atto di destinazione (o il *trust*): il terzo destina uno o più beni a vantaggio di tutti i creditori dell'impresa in crisi al fine di assicurare così il buon esito o dell'accordo di ristrutturazione del debito ex art. 182 bis o del concordato preventivo.

L'effetto segregativo che ne deriva non contrasta con i limiti sopra esaminati che la legge pone all'autonomia negoziale (ossia il non poter disporre dell'azione esecutiva dei creditori relativamente ai beni del debitore in crisi)⁵⁰.

I beni infatti appartengono non al debitore, bensì a terzi. Semmai l'effetto segregativo resta esposto all'eventualità (ove ovviamente ve ne siano i presupposti, in quanto molto spesso accade che tali presupposti vengano meno in quanto i terzi che apportano nuova finanza nella maggior parte dei casi hanno un patrimonio capiente) dell'esercizio della revocatoria ordinaria da parte dei creditori particolari dei terzi "conferenti"⁵¹.

Se dal teorico passiamo al pratico, diviene fondamentale redigere a regola d'arte l'atto di destinazione:

- dev'essere evidenziato l'interesse meritevole di tutela, ossia garantire il buon esito o della ristrutturazione del debito ex art. 182 bis l.f. o del concordato preventivo ex art. 168 l.f.;
- dev'essere evidenziata la destinazione a favore di tutti i creditori dell'impresa in crisi (i cc.dd. "beneficiari") nel rispetto della *par condicio creditorum*;
- dev'essere previsto l'obbligo di vendere entro un dato termine onde consentire, realmente, con il ricavato di tale vendita, il soddisfacimento dei creditori (nel rispetto, naturalmente, di quanto previsto o nell'accordo ex art. 182 bis l.f. o nel piano di concordato ex art. 168 l.f.);
- dev'essere ancorata la durata del vincolo alla durata della procedura seguita (nel rispetto delle norme imperative anzidette) e quindi, se si tratta di un accordo ex art. 182 bis, la durata non dovrà andare oltre i sessanta giorni di cui al comma 3; se si tratta di concordato preventivo, la durata non

dovrà andare oltre il termine previsto dall'art. 168, legge fallimentare, nel senso che non si potrà mai scavalcare la data in cui diventa definitivo il decreto di omologa⁵²;

- conformemente alla giurisprudenza di merito sopra esaminata in tema di *trust* liquidatorio⁵³, devono essere previste le cc.dd. "clausole di salvaguardia", ossia condizioni risolutive che hanno il compito di far caducare il vincolo nel caso in cui:
 - a) non venga omologato l'accordo di ristrutturazione del debito ex art. 182 bis l.f. (entro un dato termine che deve essere breve)
 - b) venga respinta la domanda di concordato
 - c) venga dichiarato il fallimento.

L'importante è che tali condizioni risolutive producano effetti *ex nunc* e non *ex tunc*; nel caso contrario, infatti, l'atto di destinazione non servirebbe a nulla (rientrerebbero in gioco altrimenti tutte le iscrizioni/azioni eventualmente avvenute *medio tempore*).

Un notaio attento ed esperto, dunque, probabilmente ha il diritto di fermarsi qua e di concludere che la via dell'eterodestinazione è possibile mentre la via dell'autodestinazione è vietata dalle norme imperative del diritto fallimentare.

7. L'autodestinazione dell'impresa in crisi

Dismettendo le vesti del Notaio per assumere quelle del puro giurista⁵⁴, tra le linee di pensiero di fondo che connotano la civilistica in tema di autonomia privata, ho sempre preferito seguire la filosofia del "perché no?", non quella del "perché sì!"⁵⁵

Tutto questo a significare che l'autonomia privata ha il

GALLETTI, *Trust liquidatorio e (in)derogabilità del diritto concorsuale*, cit., pp. 626 ss.; FIMMANÒ, *Trust e diritto delle imprese in crisi*, cit., p. 518 ss.

⁵⁰ Così, ROVELLI, *I nuovi assetti privatistici nel diritto societario e concorsuale e la tutela creditoria*, cit., pp. 1029 e ss..

⁵¹ In questo senso v. GALLETTI, *Trust liquidatorio e (in)derogabilità del diritto concorsuale*, cit., pp. 626 ss.; FIMMANÒ, *Trust e diritto delle imprese in crisi*, cit., p. 518; ROVELLI, *I nuovi assetti privatistici nel diritto societario e concorsuale e la tutela creditoria*, cit., pp. 1029 e ss..

⁵² Non dunque una durata di cinque o dieci anni che, come si è già avuto modo di accennare, a volte è comparso in tanti altri atti stipulati (ma, come visto, giustamente "cassati" in giurisprudenza).

⁵³ In linea con la giurisprudenza lombarda, in tema di *trust* liquidatorio, v. *supra*.

⁵⁴ Sulla scia dell'insegnamento del compianto prof. Francesco Galgano.

⁵⁵ In questo senso, norma chiave è l'art. 41 della Costituzione, norma secondo cui l'iniziativa economica privata è libera; norma questa che ha rappresentato la base delle recenti riforme del diritto societario e del diritto fallimentare decisamente orientate verso la valorizzazione dell'autonomia contrattuale. Sul punto, v. *amplius* ROVELLI, *I nuovi assetti privatistici nel diritto societario e concorsuale e la tutela creditoria*, cit., pp. 1029 e ss..

dovere di arrestarsi in presenza di un divieto espresso o comunque desumibile dall'ordinamento giuridico; alla luce di questo, in tema di atto di "autodestinazione" bisogna distinguere tra l'ipotesi in cui l'atto di destinazione agevoli la ristrutturazione del debito ex art. 182 bis l.f. e l'ipotesi in cui l'atto di destinazione agevoli un concordato preventivo.

Nel primo caso la risposta risulta essere negativa.

Un tale atto contrasta con la mini procedura delineata dall'art. 182 bis l.f..

Si è già avuto modo di accennare, ma è bene ribadirlo una volta di più: è solo il giudice che può disporre con decreto l'anticipazione dell'effetto segregativo sui beni dell'imprenditore in crisi e tale effetto non può andare oltre i sessanta giorni anzidetti.

La norma è imperativa e non lascia spazi all'autonomia privata⁵⁶.

Nel secondo caso la risposta è positiva.

È ben vero che anche l'art. 168, legge fallimentare – che indica la durata della segregazione – è norma imperativa, ma è altrettanto vero che l'atto di destinazione può (e deve) essere forgiato non per impedire l'applicazione di tale norma, ma proprio per consentire a tale norma di trovare applicazione.

Ad ogni buon conto, infatti, l'art. 168 l.f. trova applicazione solamente se l'impresa in crisi è ammessa al concordato, ed è proprio questo il traguardo che l'atto di destinazione aiuta a raggiungere.

Passando dal teorico al pratico occorre utilizzare ulteriori accorgimenti, che si vanno a sommare a quelli già sopra esaminati:

- dev'essere espressamente indicato il fine di consentire il buon esito del concordato, circostanza che incarna, senza ombra di dubbio, l'interesse meritevole di tutela di cui all'art. 2645 ter c.c.;
- dev'esser fatto salvo il principio della *par condicio creditorum*;
- occorre poi evidenziare, in tale tipo di atto, che il vincolo di destinazione è strettamente legato alla presentazione della domanda di concordato, e quindi è necessario prevedere che esso cessi nel momento in cui la domanda viene presentata (proprio perché da quel momento scatta il blocco più sopra esaminato di cui all'articolo 168 legge fallimentare, che è norma imperativa);
- devono essere previste, anche in questa ipotesi, le

cc.dd. clausole di salvaguardia, condizioni risolutive che, come si è già avuto modo di esaminare poc'anzi, devono operare *ex nunc*: precisamente deve prevedersi e la risoluzione del vincolo se la domanda non è presentata la domanda entro un dato termine, e la cessazione del vincolo in caso di fallimento.

Un tale atto risulta essere la risposta concreta ad un'esigenza avvertita nella prassi e ben sottolineata anche dalla dottrina specialistica⁵⁷ che invoca, tra gli interventi riformatori più urgenti per il concordato preventivo la necessità di "dare all'impresa in crisi la possibilità di chiedere la protezione immediata del suo patrimonio a tutela dei creditori, dando così il tempo al debitore e ai suoi professionisti di elaborare il piano quando il controllo del giudice è già attivo"⁵⁸.

Intanto, in attesa di tale intervento riformatore (il quale dovrebbe dunque risultare assai simile a quanto previsto dall'art. 182 bis l.f. in tema di anticipazione dell'effetto segregativo da parte del giudice⁵⁹), il notaio coraggioso che decide di ricevere un tale tipo di atto, incarnerebbe, a mio giudizio, il notaio "ideale" che secondo le parole del Maestro Marcello di Fabio, nell'espletare la funzione di adeguamento, adatta le norme giuridiche e gli istituti giuridici ai bisogni sempre nuovi e mutevoli della vita"⁶⁰.

⁵⁷ Mi riferisco al prof. Stanghellini, in un recente articolo dal titolo "Prioritario l'obiettivo di continuità d'impresa" pubblicato sul quotidiano "Il Sole 24 ore" del 4 aprile 2012.

⁵⁸ Sullo stesso solco v. anche AMBROSINI, *Appunti flash per una "miniriforma" del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, documento n. 293/2012, in www.ilcaso.it, il quale testualmente afferma che bisognerebbe introdurre il "c.d. pre-concordato ai fini dell'anticipazione degli effetti della procedura, [...] consentendo di rinviare a un momento successivo (da 2 a 4 mesi) in ipotesi prorogabili la proposta, il piano e la prescritta documentazione a corredo e ponendo così rimedio all'improprio uso "alternativo" dell'istanza ex art. 182 bis, comma 6°, oggi largamente praticata in funzione, appunto, vicariante".

⁵⁹ Ovviamente in tal caso, anche nell'ipotesi del concordato preventivo, non potrebbe più essere utilizzata la c.d. "autodestinazione", analogamente a quanto detto per l'ipotesi di cui all'art. 182 bis, essendo il giudice competente a decidere in merito all'anticipazione e non il notaio.

⁶⁰ Così, testualmente, DI FABIO, *Manuale di notariato*, seconda edizione, Milano, 2007, p. 102, sottolineando come in tal modo è la stessa prassi negoziale che, più volte, ha anticipato il legislatore, creando istituti come la cambiale ipotecaria, la multiproprietà, per non parlare delle innumerevoli clausole statutarie di creazione notarile (prelazione impropria, gradimento, riscatto, ecc.).

⁵⁶ V. GALLETTI, *Trust liquidatorio e (in)derogabilità del diritto concorsuale*, cit., pp. 626 ss.; v. anche FIMMANÒ, *Trust e diritto delle imprese in crisi*, cit..

Giorni Felici

Personaggi:

Alberto, un avvocato quasi giovane (a seconda dello standard nazionale)

Ernesto, il socio fondatore di uno studio legale.

Un ampio corridoio di uno studio legale, elegante, librerie al lato. Voci fuori campo.

Ernesto «Buongiorno Alberto, come stai?»

Alberto «Bene. Buongiorno a te Ernesto, tutto bene?»

Ernesto «Sì grazie. Buon lavoro».

Pausa. Buio. Dopo qualche tempo appare Alberto. Solo in mezzo al corridoio. Una luce da sopra illumina la figura, ma non definisce i tratti del viso.

Alberto «Eppure so che esiste... Mi ricordo di lui (*pau-sa*) o almeno credo di ricordarmi di lui. Arrivo ogni mattina che questo corridoio è ancora buio e non mi va di accedere le luci.

Aspetto di assaporare quello che resta della notte e del sonno degli altri. L'ultimo silenzio del telefono prima che torni a strepitare. Puntuale arriva il "buongiorno" del "capo": già qui prima di me. Chissà perché anche lui non accende mai la luce del corridoio. Dovrei chiederglielo un giorno. Forse anche lui ama l'attesa del giorno che sorge. Certo, inizia a lavorare che sono le cinque del mattino. Chissà cosa pensa in quelle ore di limbo....

Anche questa settimana sono riuscito a confondere la notte con il giorno. Come da giovane ... prima di dedicarmi al diritto e poi dal diritto a non so bene cosa. Giorni felici

Certo alcune cose restano le stesse. Ieri il cameriere dell'albergo in cui sono rintanato alle 7 del mattino (dopo aver dato il buongiorno ad una umanità varia nel vialone del distretto industriale dove – ovviamente – tutti hanno

avuto il buon gusto di costruire cattedrali nel deserto), mi ha chiesto cosa gradivo per colazione. Ho risposto: "se si riesce a cenare sarebbe meglio. Se avete dato gli avanzzi in beneficenza, vanno bene due uova."

Esistono due categorie di persone che, in una sostanziale integrazione sociale, possono permettersi questa vita alla Baudelaire: gli artisti e gli avvocati. È una settimana che vivo in un albergo a tre stelle uguale ad altri 275 alberghi della prestigiosa catena "Good Eeatern". Posti presenti in altrettanti uguali distretti direzionali che ogni volta ti chiedi se gli architetti o "archistar", come li chiamano ora, abbiano pensato – prima – nell'ordine –: uno, a rovinare il paesaggio; due, a rendere questi luoghi totalmente avversi alla vita dell'uomo (su marte di starebbe meglio), tre, escludere per definizione (sarà scritto nel libro di "architettura uno") la presenza di qualsiasi mezzo di trasporto che non siano i tuoi piedi.

Adesso è ora di andare a fare firmare questo contratto, chiedendomi perché nella patinate presentazioni del-

la facoltà di giurisprudenza non ti spiegano che molto di quello che studi ti servirà solo per dire frasi del tipo "Va bene. Mettete in escrow 50 milioni, ma 30 ce li liberate dopo 6 mesi e gli altri 20 a 12 mesi", per sentirsi rispondere da un altro giureconsulto "niente da fare: fifty-fifty: 50 a mesi e 50 a 12 mesi". Abdul alla casbah di Algeri non avrebbe saputo fare meglio di me stasera». *Si spegne la luce ed è di nuovo buio. Poi Ernesto accende la luce che illumina il volto.*

Ernesto «Io so solo che si chiama Alberto e che è genovese. Solo così mi posso spiegare perché si ostina a non accendere la luce del corridoio quando arriva. Io sono qui dalle cinque del mattino a





lavorare, non trovo neppure il tempo di guardare il ponte di Castelvechio, ma riesco almeno a spegnere o accendere una luce quando passo. Che diamine!!

Mi ricordo di averlo incontrato al colloqui, pensando dovesse fare la pratica forense e da quel giorno è diventato solo una voce.

Una voce che la mattina è solitaria, ma che il pomeriggio diventa una polifonia di accenti vari sparati da quel marchingegno per le “conference call” (come amano chiamarle) che, non avendo un nome ufficiale, hanno ribattezzato “stella” o “ragno”. Secondo me urla così tanto per far credere che in Studio siamo di più.

E poi ... non c'è che dire... Si è persa la fantasia! I pochi neologismi sono storpiature dell'inglese e quando ci mancano le parole facciamo come i bambini: chiamiamo le cose stella, ragno, mucca, ornitorinco, formichiere.... Aspetto solo il momento di poter chiedere ad un mio collaboratore: “*mi passa la mucca che devo modificare la clausola di piggy back*”.

Manca davvero solo questo . Un collega di uno studio inglese, si è stupito del fatto che un contratto avesse solo 50 pagine e non 278 e il fatto che il documento fosse così “light” (come ha detto lui) lo insospettiva

che l'operazione non fosse strutturata bene. All'inizio ero perplesso. Lo confesso. Poi ho controllato il vecchio tariffario forense e ho visto che effettivamente le parcelle si possono pagare a etto di carta.

“Avvocato, avrei bisogno di due etti e mezzo di compravendita” “Mi scusi, è venuta tre etti, che fa? Lascio?” Devo imporre la regola ai clienti di produrre al massimo un chilo di carta. Non di più. Alcuni di loro imparebbero il dono della sintesi e si concentrerebbero sul significato delle cose.

Mi rendo conto, con sempre più lucidità, che adesso esistono due tipi di lavoro: quello dell'avvocato, a cui dedico lo spazio che va dalle 5 alle 10 del mattino e quello di una indefinibile attività che si sostanzia in dare risposte. Con qualsiasi mezzo: email, riunioni e soprattutto telefono.

Per questo cambio sempre la suoneria del mio cordless, variando dai temi scontati e ripetitivi del marchio di fabbrica, al jazz stilizzato di “*oh when the saint go marching in*” all'allegra aria delle “*quattro stagioni*”.

Almeno questo mi riporta al senso delle cose e di quello che di questo mestiere si è perso. Quando vedo “i giovani” del mio studio, mi chiedo se occorra la laurea

per quello che fanno. Scrivono nei loro *time sheet* le ore dedicate ad una fantomatica voce “negoziiazione”....

Premesso che quando avevo iniziato, il prezzo lo decideva il risultato e l'uso di essere pagato a ore apparteneva ad altre categorie di lavoratori ... certo meglio di essere pagati a peso ... ma la consolazione alla fine è magra e ancora oggi non capisco e cosa facciano quando *negozano*.

Mi viene difficile pensare ad un negoziato per la pace o a qualche altro nobile consesso in cui si discute dei destini dell'umanità. Davvero.

A volte tornano alle 8.30 di mattino e mi viene spontaneo chiedergli se sono stati in discoteca. Una volta mi hanno anche risposto di sì.

Avevano finito alle 5, il primo treno era alle sette e hanno aspettato in una discoteca. “*E che dovevamo fare, aiutare i barboni a raccogliere scatole?*” Effettivamente. Almeno così si sentiranno eternamente giovani, come due quattordicenni che scappano di casa per passare la notte a ballare.

Ho smesso di rimpiangere i giorni delle udienze in pretura quando il diritto del lavoro garantiva i lavoratori e i sindacati non andavano a Pomigliano per “modernizzare” il mondo.

Come è possibile che la conquista delle 8 ore lavorative sia di fine ottocento e dopo un secolo e mezzo si lavori 12 ore al giorno, con meno diritti e con un progresso tecnologico che ti fa produrre cento volte tanto di quando il treno andava a vapore?

Abbiamo ospitato un professore americano una volta. Era stupito di come non esistesse un corso di “scrittura delle leggi” e di come gli avvocati, pur essendo la categoria maggiormente presente in parlamento, non fossero parte attiva di un processo di miglioramento del contesto normativo.

Una volta avevo chiesto ad Alberto di portarmi il testo delle nuove Istruzioni di Banca d'Italia sulla trasparenza e noto alcune cancellature e che alcune parti mancavano. Lo chiamo “*Alberto, che diamine, mi hai portato una bozza di legge: mancano gli allegati e il testo è in mark up!*”. La risposta mi ha gelato “*Avvocato, quello è il testo ufficiale, dalla Banca d'Italia non hanno fatto in tempo a scrivere tutti gli allegati e si sono riservati di produrli in seguito per quanto riguarda i segni di revisione mi hanno detto che “per chiarezza” è stato pubblicato così.*

Non voglio relegare la mia immagine ad un ricordo banale dei tempi andati e sono sicuro che un giorno, persi tutti i diritti, le nuove leve torneranno alla società civile.

Vorrei che i giovani imparassero l'umanità di que-



sto lavoro. Che scappassero dai modelli dell'avvocato “internazionale” (vai a capire poi cosa vuol dire) e dall'ottone dei quadrupli cognomi americani, per chiedersi – fermandosi anche solo un attimo – a cosa serva il lavoro, a cosa serva il diritto.

Si spegne la luce. Nel corridoio sono presenti i due personaggi. Luce aperta.

Alberto: «Allora avvocato, io vado. Abbiamo chiuso la trattativa alle 8.30. Faccio la barba e vado dal notaio nella speranza che non gli venga un infarto a dover leggere 360 pagine, meno male che il testo in inglese è in allegato».

Ernesto: «Perché, c'era anche un testo inglese?».

Alberto: «Sì era il testo originale. Dovevamo firmare a Londra, ma il cliente “non poteva”. In Italia, benché “siamo in Europa” non si possono perfezionare atti pubblici in inglese e quindi siamo stati tutta la notte a fare i traduttori, mentre altri facevano fotocopie».

Ernesto: «(perplesso). Bene Domani ci sei?».

Alberto: «No. Pensavo di andare in motocicletta in Sudamerica a sobillare la rivoluzione dei *peones*».

Ernesto: «Ah. Aspetta, prendo la moto e ti do un passaggio».

amica dauphine

angolo di comfort



Stanotte dormiremo in Dauphine! Sì, sulla nostra Dauphine, l'ultima arrivata in famiglia è già "la nostra amica Dauphine".

Comoda per chi guida, un salotto per i passeggeri... La strada corre via senza scosse, su un cuscino d'aria... le speciali sospensioni AEROSTABLE.

"Una sigaretta?" I discorsi s'intrecciano, il paesaggio vola lontano...

Amica Dauphine: viviamo per te perché tu vivi per noi più comodi.

Dauphine brillante: 850 cc., velocità 115. Kilometri/ora.
Dauphine generosa: consumo 5,8 litri ogni 100 chilometri.
Dauphine pratica: quattro cerchi pneumatici, quattro porte.
Dauphine elegante: linee moderne, motore accuratamente.
Dauphine funzionale: ampia capacità del vano bagagli.
Dauphine sportiva: da fermo a 90 chilometri in 10 secondi.
Dauphine sicura: ultima, recente e tenuta di strada.



dauphine alfa romeo

una dauphine alfa-romeo è a vostra disposizione - senza impegno - presso tutte le commissionarie d'Italia: provatela su strada e giudicate voi stessi




1960

FIORENZO FESTI

In pari causa turpitudinis...

Questa è la storia, signor Holmes. Forse se lei avesse amato una donna, al posto mio avrebbe fatto lo stesso.

(Arthur Conan Doyle)

«Mi chiamo Lucia Parrilla, ma per tutti sono Clelia» disse. Aggiunse che le aveva fatto il mio nome il dottor Tronti.

Da cinque minuti ero chiuso in sala riunioni con questa Clelia quando mi chiamò con l'interfono un mio collaboratore. Tu sai che, per prudenza, al primo incontro con un cliente voglio sempre la presenza di qualcuno. Ma il fatto che la signora fosse venuta su segnalazione del presidente del tribunale mi rendeva tranquillo. E poi erano le quattro del pomeriggio di venerdì santo, sicché mi sentivo in obbligo di liberare i miei dipendenti. Declinai quindi l'offerta e pregai il mio collaboratore di dire a tutti che potevano andare a casa.

Mi raccomando, la storia che ti sto raccontando è assolutamente riservata. So che di te mi posso fidare.

Non ti nascondo che l'idea di restare da solo in studio con la signora Parrilla mi attirava. La cliente era il prototipo della donna affascinante: bionda, alta, magra e con tutti gli accessori nella misura giusta. Aveva un viso serio, che, quando si rilassava, si scioglieva in un sorriso malizioso. Era tutta naturale, ad eccezione, forse, dei seni, che mi parevano leggermente sproporzionati rispetto al corpo snello. Doveva parlarmi di un fatto molto riservato – mi disse - e mi chiese in che rapporti fossi con l'avvocato Lando, il presidente dell'Ordine. Dall'espressione compresi che Lando doveva averne fatta una delle sue. Le risposi, quindi, con inaspettata confidenza – ma mentre lo dicevo già mi stavo pentendo della mia franchezza con una sconosciuta – che mi stava serenamente sulle tasche. Clelia, visibilmente rinfrancata, continuò e mi riferì che, di mestiere, faceva la hostess, ma non sugli aerei, a terra. Mi disse che il suo compenso era di 400 euro all'ora, come pubblicizzato dal suo sito internet.

«Però – pensai – se rinasco faccio lo steward di terra». Manifestai il mio stupore sull'entità del compenso e

lei, altrettanto sorpresa per la mia reazione, mi disse con quel suo particolare sorriso di essere molto brava ed apprezzata. Mi disse, quindi, di aver avuto un incarico, durato quattro ore, dalle 16.00 alle 20.00 di sabato due febbraio, dall'avvocato Lando, ma che questi non l'aveva pagata. Mi chiese infine se potevo recuperare il suo credito: milleseicento euro, dovuti da tariffa. Naturalmente rimasi deluso dall'esiguità della somma: per importi così bassi costa più l'avvocato del credito. Comunque chiesi maggiori informazioni e in particolare le domandai dov'era andata e cosa aveva fatto in quelle quattro ore. Clelia mi disse esattamente:

«Mi hanno detto che lei è un avvocato molto intelligente ed astuto – inevitabilmente mi inorgoglii – per cui sa sicuramente in cosa consiste il lavoro di una hostess di terra, ma se le serve una descrizione analitica, posso dire che siamo rimasti per tutto il tempo nel suo studio. Era sabato e non c'era nessuno oltre a noi. Lui era seduto alla scrivania e faceva finta di lavorare, di leggere delle carte. Io mi sono avvicinata, gli ho slacciato la cerniera dei pantaloni ed ho cominciato a ...». «BZZZZ».

Fui salvato dall'interfono: era Elisa, la mia segretaria, che mi faceva presente di essere l'ultima e mi chiedeva se poteva andare a casa anche lei. Ero talmente confuso che non capii nemmeno cosa mi stava chiedendo e le risposi di sì.

Mi era venuta una vampata di caldo e stavo sudando. Provavo imbarazzo, ma all'interno, in un punto indefinito sotto lo stomaco avvertivo uno strano sfrigolio. Respirai a fondo e cercai di darmi un tono. Dissi alla signora Parrilla che dei particolari avremmo parlato in seguito. Intanto le chiesi se fosse stata vista entrare ed uscire dallo studio Lando oppure se, comunque, qualcuno fosse stato testimone dell'incontro o anche solo dell'appuntamento. Ebbi una serie di risposte negative: Clelia non era in grado di provare alcunché. Ero tornato nel mio territorio di caccia e quindi mi sentivo più a mio agio. Le feci presente la difficoltà di recuperare il credito: oltre ai problemi di prova, si trattava di un contratto contrario al buon costume, di

cui, secondo il nostro codice civile, non poteva essere chiesto l'adempimento in tribunale; solo se l'avvocato Lando avesse spontaneamente eseguito la sua prestazione non avrebbe poi potuto pretendere la restituzione. Per darmi importanza, ci infilai l'apposito brocardo e cominciai a dire:

«*In pari causa turpitudinis ...*».

A quel punto accadde una cosa incredibile. Sai cosa fece lei? Continuò il detto alla perfezione, declamando con la sua voce leggermente roca ma molto femminile: «*Melior est condicio possidentis*».

Al mio moto di sorpresa, chiari che una sua vecchia amica di stanza faceva la praticante avvocato e che le recitava spesso alcune filastrocche, tra cui questa. Tornando al problema, aggiunse che – secondo lei – non era necessario rivelare il contenuto della sua prestazione e che sarebbe stato sufficiente essere in grado di provare che era stata presso lo studio Lando, per convincere l'avvocato a pagarla. Capii perfettamente l'allusione e continuai ad arrovellarmi sul caso. Tu sai che io non prendo mai cause bagatellari. Ma in quella ipotesi, la raccomandazione del presidente del tribunale e l'idea che questi avesse condiviso con me il fatto di conoscere una “squillo” mi faceva pensare che, per il futuro, avrei avuto con lui una corsia preferenziale. Non ultima, ti confesso, la voglia di prolungare il più possibile l'incontro con una donna del genere. Pensa che, da quando mi aveva comunicato la sua tariffa, la mia mente correva spesso al portafogli, in cui – lo ricordavo – c'erano alcuni fogli da cinquanta: non ricordavo quanti ma forse erano sufficienti per un'ora di Clelia. Io mi sono sempre sottratto alle avventure extramatrimoniali, lo sai, ma il fascino di Clelia e la possibilità di stare con una donna senza strascichi sentimentali, senza sensi di colpa, mi tentava. Non avevo mai preso in considerazione di andare a pagamento, era una cosa per me inconcepibile. Ma quella donna, presente lì in carne ed ossa, mi diceva che era una possibilità reale, che si poteva anche fare. Continuai così l'incontro, con la scusa di approfondire la cosa. Dopo un certo tempo, però, l'argomento si esaurì e fui costretto a licenziarla. Salutandola, le feci presente che la situazione era disperata, ma che, in ogni caso, avrei fatto un tentativo con l'avvocato Lando.

Per una sorta di coincidenza l'indomani erano fissate le elezioni dei consiglieri dell'ordine. Nel corridoio del tribunale, durante il percorso per arrivare al seggio, mi vennero incontro, come d'uso, tutti i colleghi candidati, abbracciandomi e ringraziandomi per essermi recato a votare, nonostante i miei alti impegni

professionali. L'avvocato Lando, presidente uscente e disposto con grande spirito di sacrificio a farsi rieleggere, dirigeva la funzione elettorale, distribuendo generosamente strizzate d'occhio, strette di mano e pacche sulle spalle. Mi accostai. Anche se non mi poteva sopportare, l'occasione elettorale lo portò a riservare pure a me uno smagliante sorriso standard. Sfruttando la sua apertura, allungai il collo e gli sussurrai nell'orecchio che volevo parlargli della signora Parrilla, o forse feci direttamente il nome di Clelia. Fatto sta che Lando scattò in piedi e mi invitò ad entrare con lui nello stanzino delle fotocopie, che in quel momento era deserto. Mentre mi scrutava perplesso, gli dissi esattamente:

«Ho saputo che hai avuto a che fare con quella signora».

Lui mi rispose:

«E se fosse?».

«Ti direi che la assisto io e che dovresti pagarla: 400 euro per quattro ore, fanno 1.600 euro».

Mi guardò come fa un prete con un bestemmiatore.

«Sai cosa ti dico, invece – sibilò duro –, ti dico che quella donna non l'ho mai vista. E se provi ad affermare il contrario, lei si becca una querela grande come una casa e tu smetti di fare l'avvocato».

Quindi si girò e uscì sbattendo la porta.

«Quando è accaduto tutto questo?», mi interruppe l'amico Giulio, che fino a quel momento era rimasto ad ascoltarmi in religioso silenzio.

Circa sei mesi fa.

«Certo che sei proprio simpatico ... ci vediamo tutti i giorni e una storia così me la narri solo ora?» mi pizzicò e poi continuò:

«Insomma, alla fine, quell'ipocrita, quel grande frequentatore di *entraineuses* del nostro presidente l'ha fatta franca!».

Fammi finire ... fammi finire.

Dopo l'uscita di Lando, rimasi qualche secondo da solo nello stanzino a pensare. Ai miei ragazzi insegno sempre che le cause si vincono non con ragionamenti giuridici ma sui fatti. È lì che si annida la soluzione. Ma in quel caso di fatti ce ne erano pochi e nessun documento da esaminare. L'unico fatto a mia disposizione – al quale avrei dedicato volentieri una “ispezione corporale” ai sensi dell'articolo 260 del codice di procedura – era Clelia. Non mi rimaneva che andarmene a casa. Feci però un giro lungo, per passare davanti allo studio della controparte. Fu di fronte all'ufficio dell'avvocato Lando che ebbi l'ispirazione.



Quello stesso pomeriggio, indirizzai una classica lettera di diffida:

«Egregio Avv. Lando, premesso che il giorno 2 febbraio ultimo scorso, dalle ore 16.00 alle 20.00, la signora Lucia Parrilla ha svolto per Lei, presso il suo studio, il suo lavoro di hostess di terra, La invito a versare alla medesima l'importo di € 1.600, con l'avvertenza che, in difetto, agirò in giudizio per la tutela dei diritti della mia assistita ... eccetera.».

Puntuale come una festa comandata, dopo tre giorni arrivò la risposta di Lando:

«Egregio Collega, mi stupisce molto il suo comportamento ... eccetera. Non ho mai usufruito di prestazioni da questa signora Parrilla, che peraltro non ho neppure conosciuto. Il mio ruolo istituzionale mi impone di segnalare la sua condotta imprudente al Consiglio dell'Ordine da me presieduto ... eccetera».

La trappola aveva funzionato.

Attesi qualche ora e poi telefonai a Lando. Aveva un tono di voce baldanzoso, forse pensava lo chiamassi per implorare scusa. Invece, gli dissi che la controversia tra lui e la mia cliente avrebbe potuto essere facilmente risolta chiedendo alla società finanziaria situata al piano terreno dello stesso stabile in cui si trova il suo studio le registrazioni video, relative al po-

meriggio del 2 febbraio. Il presidente rimase muto per mezzo minuto, forse più, e poi – con grande stile, devo ammettere – mi disse che un avvocato deve litigare solo per gli altri e non per se stesso. Concluse offrendo di versare immediatamente i 1.600 euro richiesti. Aggiunse solo di voler pagare in contanti, per non lasciare traccia del rapporto con la signora Parrilla, ma di desiderare una ricevuta al fine di evitare una nuova richiesta.

Immagina con che spirito potei telefonare a Clelia e dirle del mio successo. Lei, sorpresa per la veloce soluzione, non finiva più di congratularsi e di ringraziarmi. Il dover rilasciare la ricevuta, che la preoccupava per paura di denunce al fisco, fu risolta con la mia idea di incaricare un “fiduciario”, nella persona dell'avvocato Fittone, uno dei pochi amici che ho in comune con Lando. Fittone avrebbe ricevuto in deposito la quietanza, con l'incarico di non mostrarla a nessuno e di non darla nemmeno a Lando, se non nel caso in cui la Parrilla avesse cercato nuovamente di chiedergli il pagamento delle sue prestazioni.

E così si realizzò il pagamento. Clelia mi lasciò in segreteria una ricevuta da lei firmata ed io la diedi a Fit-



tone dietro consegna dei contanti. Mi rimaneva solo da darli a Clelia.

Nei giorni a seguire, lei mi cercò continuamente per fissare un appuntamento, ma mi feci negare. Ero indeciso sul da farsi. In alcuni momenti, emozionato come uno scolare, mi sentivo deciso a saltare il fosso e ad avvalermi anch'io delle sue prestazioni. In altri, mi davo dell'imbecille, e dell'amorale, ed ero lì, lì per rifiutare l'appuntamento: le avrei lasciato i soldi in segreteria, lei sarebbe venuta a prenderli e stop. In questa indecisione stavano passando troppi giorni: Clelia avrebbe potuto addirittura pensare che non volevo darle i suoi soldi. Così cominciai con il fissare l'appuntamento: avrei poi deciso sul momento che comportamento tenere.

Naturalmente, volendo tener buone tutte le opzioni, la convocai per le otto e trenta di sera, in un orario in cui, di solito, in studio non c'è più nessuno. Lei non si fece il minimo problema. Del resto, doveva essere abituata agli orari serali. Accettò l'appuntamento con gioia e

si presentò in studio nel giorno e nell'ora fissati, con puntualità svizzera.

Era vestita in modo incredibile. Portava una pelliccia di visone classica sopra un succinto abito blu di seta: quando il visone era chiuso sembrava una morigerata signora d'altri tempi, ma quando si apriva ... non ti dico. Clelia fu molto più amichevole della volta precedente e mi riempì di complimenti. Mentre parlava, continuava a toccarmi: la mano, il braccio, la spalla. Si offrì di pagare la parcella, ma io rifiutai, un po' perché esigua, visto il valore della causa, un po' perché, in cuor mio, speravo si sentisse in dovere di sdebitarsi in altro modo, lì seduta stante. Insomma, alla fine avevo deciso per il sì, ma non presi alcuna iniziativa, perché, da come si comportava, sembrava che da un istante all'altro avrebbe fatto lei la prima mossa. Invece, non so come sia successo, ma tra una battuta e l'altra non accadde nulla. Il tempo trascorse e mi ritrovai sulla porta dello studio a salutarla.

Devo dire che, andandosene, mi lasciò carico di speranza, perché mi disse: «Avvocato Ferrari lei è il più bravo: ci rivedremo presto» e si congedò baciandomi sull'angolo della bocca e sostando con le labbra per un attimo che mi sembrò interminabile.

Tutto questo avvenne sei mesi fa e da allora non l'ho più vista.

«Non te la sei fatta, ma sei stato grande – esplose Giulio – hai risolto brillantemente un caso ed hai dato una bella lezione a quel puttaniere di Lando».

Aspetta a sentire il resto, rimarrai basito. Ieri mi ha telefonato l'avvocato De Nicola.

«Quello dell'Opus dei?» disse Giulio «Lo conosco molto bene, siamo quasi amici».

Proprio lui. E con i suoi soliti modi democristiani mi ha comunicato che aveva una cosa sgradevole da dirmi. Che non si sarebbe mai permesso, se non gliel'avesse chiesto Tronti, il presidente del tribunale. Insomma, mi ha detto che una certa signora Lucia Parrilla, di professione hostess di terra, aveva un credito nei miei confronti, perché il giorno di venerdì santo aveva effettuato a mio favore una prestazione, come dire, difficilmente descrivibile.

«Incredibile - esclamò il mio amico - e la seconda puntata è ancora più interessante della prima».

Porca miseria, Giulio, non ti ho raccontato tutto questo per farti divertire. Devo pagare 1.600 euro, ed ho bisogno che tu mi faccia da fiduciario.

MATTEO SALVATORE

Tiere sind Sachen: il danno non patrimoniale da morte dell'animale d'affezione è risarcibile perché la proprietà è un diritto inviolabile

Nota a Trib. Bari, sez. dist. Monopoli, 22 novembre 2011.

51

Gli animali sono cose; con buona pace loro, e di chi così non la pensa¹. La loro uccisione, dunque, integra una lesione del diritto di proprietà del loro padrone. Se a queste considerazioni aggiungiamo, però, che il diritto di proprietà è da intendersi quale diritto inviolabile costituzionalmente garantito, eccoci a trovare un valido riferimento giuridico per ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale (anche) nei casi di morte di un animale d'affezione.

Ma procediamo con ordine.

Le peculiarità della sentenza in esame sono due. Anzitutto, con essa il Giudice pugliese ha accordato il risarcimento del danno non patrimoniale (nella specie, qualificato come "morale") alla padrona di un cane volpino, ucciso da un gruppo di cani randagi², sulla base dell'indubbia sofferenza psichica patita da quest'ultima. Già questo solo fatto renderebbe degna di nota la decisione, dal momento che l'attuale situazione della risarcibilità del danno da morte dell'animale d'affezione risulta assai incerta, se si considera che le Sezioni Unite della Cassazione, nelle arcinote sentenze di San Martino del 2008, ne hanno (seppur in un *obiter dictum*) espressamente negato la risarcibilità, addirittura considerandolo rientrante tra le «più fantasiose, ed a volte risibili, prospettazioni di pregiudizi suscettivi di alterare il modo di esistere delle persone», quali «la rottura del tacco di una scarpa da sposa, l'errato taglio di capelli, l'attesa stressante in aeroporto, il disservizio di

un ufficio pubblico, l'invio di contravvenzioni illegittime, [...] il mancato godimento della partita di calcio per televisione determinato dal black-outlettrico»³. A seguito di tali decisioni, infatti, in ossequio a quanto stabilito dalla Suprema Corte, la giurisprudenza di merito ha quasi sempre negato la risarcibilità di simili pregiudizi⁴, nonostante che, sul piano della odierna coscienza

³ Questa netta chiusura è avvenuta nel quadro di una rilettura strettamente tipica del danno non patrimoniale, considerato dalle S.U. risarcibile solo nei casi di reato, o quando la risarcibilità di tale danno sia espressamente prevista dalla legge, oppure ove si riscontri la lesione di un diritto inviolabile della persona, costituzionalmente garantito.

Cfr. Cass., S.U., 11 novembre 2008, n. 26972, pubblicata con le «gemelle» nn. 26973, 26974 e 26975, dello stesso giorno, in La Resp. civ., 2009, p. 4 ss., con note di FRANZONI, Cosa è successo al 2059 c.c.?, p. 20 ss.; ZACCARIA, Il risarcimento del danno non patrimoniale in sede contrattuale, p. 28 ss.; BILOTTA, I pregiudizi esistenziali: il cuore del danno non patrimoniale dopo le S.U. del 2008, p. 45 ss.; FACCI, Il danno non patrimoniale dopo le sentenze dell'11.11.2008, p. 52 ss.; FILIPPI, Lesione del diritto di proprietà e danno non patrimoniale: per le S.U. questo matrimonio non s'ha da fare, p. 58 ss.; PARTISANI, Il danno non patrimoniale da inadempimento della obbligazione, nella rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 1218 c.c., p. 68 ss.; FANTETTI, Diritto di autodeterminazione e danno esistenziale alla luce della recente pronuncia delle S.U. della Cassazione, p. 75 ss.

⁴ Cfr. Trib. Milano, 20 luglio 2010, in Danno e resp., 2010, p. 1068 ss., con nota di FOFFA, La negazione del danno non patrimoniale per morte dell'animale d'affezione, nonché in Giur. it., 2011, p. 2063 ss., con commento di ALBANESE, «Tiere sind keine Sachen»: il danno non patrimoniale da perdita dell'animale d'affezione, p. 2064 ss. (che ha ispirato l'incipit del titolo del presente contributo); Trib. Roma, 19 aprile 2010, n. 8534; Trib. Sant'Angelo dei Lombardi, 12 gennaio 2011, in Danno e resp., 2011, p. 661 ss., con commento di PONZANELLI, Danno da perdita di animale di affezione: un no

¹ Per esempio il § 90a del BGB, Il quale dispone che «Tiere sind keine Sachen».

² In particolare, in applicazione della normativa regionale vigente, il giudice ha condannato al risarcimento del danno – dopo averne accertato la responsabilità – l'Azienda Sanitaria Locale competente per territorio.

sociale, tale danno sembri indubbiamente meritevole di tutela risarcitoria⁵.

In secondo luogo, va sottolineato il percorso argomentativo seguito dal Tribunale per arrivare a tale risultato. Nonostante, infatti, si possa anche ritenere, e non senza ragioni, che il rapporto tra uomo e animale rientri tra le attività realizzatrici della persona umana di cui all'art. 2 Cost. – circostanza, quest'ultima, che renderebbe il danno non patrimoniale di cui ci stiamo occupando risarcibile, in ragione del rango costituzionale che un simile riferimento farebbe guadagnare a tale rapporto –, va osservato che, proprio in virtù della sopra citata chiusura operata dalle Sezioni Unite, difficilmente una domanda risarcitoria di danno non patrimoniale costruita su siffatta base sembra, al momento, destinata a trovare accoglimento. Sicché, ci troviamo di fronte a un pregiudizio che meriterebbe senz'altro tutela, ma a causa della carenza di copertura costituzionale della situazione giuridica lesa, sembra destinato a rimanere privo. Proprio per questo motivo è allora necessario spostare l'attenzione, relativamente al momento della sua lesione, su un diritto che possa essere considerato inviolabile. E tale diritto, secondo il lungimirante Giudice pugliese, è il diritto di proprietà. Non v'è infatti dubbio, anzitutto, che la morte di un animale integri una lesione del diritto di proprietà del suo padrone⁶, dal momento che gli animali sono considerati nel no-

campano, p. 664 ss., in *Giur. it.*, 2011, p. 2063 ss., con nota di ALBANESE, ed in *Giur. merito*, 2012, p. 556 ss., con commento di DI MARZIO, Il riccio e il volpino. La morte dell'animale d'affezione sotto l'incubo della ragionevole durata; Trib. Catanzaro, 5.5.2011. Si presti attenzione al fatto che queste sentenze sono tutte accomunate dall'espresso richiamo ai contenuti delle decisioni delle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008, posti a fondamento del rigetto della domanda di risarcimento del danno non patrimoniale.

5 Circonstanza testimoniata da numerose sentenze di merito anteriori al 2008: ad es. Conc. Udine, 9 marzo 1995, in *N.g.c.c.*, 1995, I, p. 784 ss., commentata da CITARELLA e ZIVIZ, ove è stato risarcito il danno morale per la morte di una gattina investita da un'auto nel cortile dell'abitazione della proprietaria; G.d.P. Ortona, 8 giugno 2007, in *Danno e resp.*, 2008, p. 38 ss., con nota di FOFFA, caso in cui il magistrato onorario ha liquidato a titolo di danno non patrimoniale la somma di euro 1.500,00 alla padrona di un cane deceduto a seguito dell'investimento da parte di una autovettura; Trib. Milano, 22 gennaio 2008, in *Danno e resp.*, 2008, p. 909 ss., con commento di ZORZIT, che ha visto risarcito il danno non patrimoniale al padrone di un furetto, deceduto per l'incuria del custode cui era stato affidato.

⁶ Osserva infatti il giudicante che «Nel caso che ci occupa, non si può negare che vi sia stata la lesione del diritto di proprietà conseguente alla morte del volpino aggredito dai randagi [...]».

stro ordinamento semplici *res*, ossia comuni oggetti di proprietà. Il problema di una simile ricostruzione, semmai, è rappresentato dal fatto che il diritto dominicale non è annoverato – almeno tradizionalmente – nel nostro ordinamento tra i diritti inviolabili, dal momento che la nostra Costituzione lo inserisce nel titolo III, dedicato a i rapporti economici, e ne attua altresì una sorta di “defondamentalizzazione”, sancendone, all'art. 42, comma 2, la funzione sociale⁷. Nonostante questa sia l'impostazione consolidata, il Giudice pugliese accorda il risarcimento del danno non patrimoniale alla padrona del povero volpino proprio perché ritiene la proprietà un diritto inviolabile, in forza di un richiamo alla Carta di Nizza, «la quale, com'è noto, sulla base dell'art. 6 del Trattato istitutivo dell'Unione europea, così come modificato dall'art. 1 del Trattato di Lisbona, ha ormai “lo stesso valore giuridico dei trattati” e, dunque, si inserisce, nel disegno delle fonti del diritto, su un piano di equiordinazione con la Costituzione alla stessa stregua dei trattati. [...] Nella Carta [infatti] la proprietà oltre ad essere riconosciuta e garantita, viene vista nell'ottica del rispetto della libertà dell'individuo. L'assetto normativo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea induce a ritenere che debbono considerarsi inviolabili tutti i diritti della persona che attengono alla sua dignità (titolo I), alla sua libertà (titolo II), all'uguaglianza (titolo III), alla solidarietà (titolo IV) alla cittadinanza (titolo V) ed alla giustizia (titolo VI)». Sulla base di queste considerazioni, come anticipato, il Giudice individua nella lesione del diritto di proprietà – da intendersi quale diritto inviolabile, costituzionalmente garantito, in forza di quanto stabilito dall'art. 6 TUE e dall'art. 17 della Carta di Nizza – il fondamento per concedere il risarcimento del danno non patrimoniale per la morte dell'animale d'affezione dell'attrice.

Al di là dell'apprezzabile risultato cui giunge il giudicante – buono ed equo in sé e per sé, ma anche, e soprattutto, per l'iter logico-giuridico seguito per giungervi –, è parimenti degno di nota che quest'ultimo non si ponga in posizione di netto contrasto con quanto stabilito dalle Sezioni Unite, ma che, al contrario, cerchi un percorso alternativo – rispetto a quello che vorrebbe il rapporto uomo-animale assistito dall'invulnerabilità co-

⁷ Cfr., *ex plurimis*, BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, Milano, 1999, pag. 168; SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà*, in *Commentario Schlesinger* (artt. 832, 833), Milano, 1994, pag. 9; BALDASSARRE, voce *Proprietà - Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1992, pag. 12; CONTI, *Proprietà e diritto comunitario*, in CONTI (a cura di), *La proprietà e i diritti reali minori*, Milano, 2009, pag. 276 ss.



stituzionale ex art. 2 Cost. – per giustificare la risarcibilità del danno non patrimoniale, pur all'interno delle strette maglie del sistema disegnato dalle Sezioni Unite. Oltre a rispettare il requisito della necessaria inviolabilità (di livello costituzionale) del diritto leso, il Tribunale tiene inoltre in debita considerazione le ulteriori indicazioni della Suprema Corte, secondo cui «*la gravità dell'offesa costituisce requisito ulteriore per l'ammissione a risarcimento dei danni non patrimoniali alla persona conseguenti alla lesione di diritti costituzionali inviolabili*», nel senso che «*il diritto deve essere inciso oltre una soglia minima cagionando un pregiudizio serio*» e «*la lesione deve eccedere una certa soglia di offensività, rendendo il pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza*». Il Giudice ritiene integrati i requisiti della «gravità della lesione» e della «serietà del danno» sulla base del rilievo che «*Nel caso in esame, la perdita del bene-cane ha senza dubbio provocato un danno morale in termini di sofferenza psichica [...]. Un tale danno non può definirsi trascurabile o futile poiché è invece significativo e non immaginario avendo causato una sofferenza acuta nella proprietaria*»; in particolare – ma ci sembra che simili considerazioni possano valere per tutti i casi analoghi –, «*Qui non si tratta di risarcire un disagio, un fastidio, un'ansia o ogni altro tipo d'insoddisfazione che riguarda la vita quotidiana, ma una sofferenza interiore*

transeunte, diretta conseguenza di un fatto illecito che ha reciso un rapporto consolidato tra proprietario e bene dal quale il primo riceveva un'evidente utilità».

Curiosa, invece, la conseguenza a cui porta l'esaminata ricostruzione per quanto riguarda la «dignità» degli animali d'affezione. Fino ad oggi, infatti, per trovare un fondamento alla tutela risarcitoria del danno non patrimoniale conseguente a fattispecie analoghe a quella in esame, si è sempre cercato di «elevare» il ruolo dell'animale nella società, in sostanza volendolo emancipare dalla qualificazione di *res* che, ancora, gli è data nel nostro ordinamento; ebbene, nonostante la bontà dell'appena citata impostazione, al momento – come già abbiamo osservato – si è tutt'altro che sicuri di trovare un valido fondamento per ritenere che il rapporto uomo-animale sia assistito dall'inviolabilità costituzionale (lo confermano le sentenze di merito successive alle S.U. dell'11 novembre 2008), condizione, quest'ultima, necessaria per avere accesso al risarcimento del danno non patrimoniale; sicché è paradossale che le speranze risarcitorie di chi ha subito un simile pregiudizio siano riposte nell'interpretazione che vede nel diritto di proprietà un diritto inviolabile costituzionalmente garantito, dal momento che quest'ultima risulta sì idonea a fondare una pretesa risarcitoria di danno non patrimoniale, ma, curiosamente, proprio avendo alla base una concezione di animale che lo vede «riabbassato» a *res*.

Il nuovo ruolo del diritto dominicale, eroe multiforme

Al di là del caso deciso dalla sentenza in esame, è interessante osservare che la ricostruzione del giudice pugliese ricalca quella offerta da una recente giurisprudenza di merito, particolarmente attenta all'efficacia delle Carte europee dei diritti. Più precisamente, in due recenti decisioni⁸ è stato risarcito il danno non patrimoniale conseguente al mancato godimento di una casa d'abitazione, ed in entrambi i casi si è fatto riferimento, nell'accordare il risarcimento, ad una lesione del diritto di proprietà, inteso – in forza di un richiamo alla CEDU e alla Carta di Nizza – quale diritto inviolabile costituzionalmente garantito. E non è un caso che si sia trattato di due decisioni che hanno risarcito una categoria di pregiudizi (i danni non patrimoniali causati da immissioni/infiltrazioni) che, stando a quanto stabilito dalle Sezioni Unite, sembravano destinati a rimanere privi di tutela risarcitoria, laddove non avessero dato luogo ad una malattia medicalmente accertabile (danno biologico)⁹.

Nella sentenza del 21 gennaio 2011, n. 147, il Tribunale fiorentino si è occupato di un caso di infiltrazioni in una unità immobiliare – dovute alla mancata realizzazione dell'impermeabilizzazione del tetto –, non riparate per un lungo periodo di tempo¹⁰ (ben cinque anni). Il giudice, dopo aver riassunto i principi espressi nei *dicta* delle S.U. nel 2008, considera che, in base ad essi, «il

⁸ Si tratta di Trib. Palermo, 18 giugno 2010, in *Corr. merito*, 2010, p. 1181 ss., con nota di TOMARCHIO; Trib. Firenze, 21 gennaio 2011, n. 147, in *Danno e resp.*, 2011, p. 405 ss., con nota di PONZANELLI, ed in *La resp. civ.*, 2012, p. 36 ss., commentata da PRIMICERI.

⁹ Proprio una delle sentenze di San Martino del 2008 – in particolare, la n. 26975 –, infatti, si è occupata del risarcimento dei pregiudizi derivanti da immissioni intollerabili, che avevano compromesso il godimento di una casa di abitazione (dunque, di un bene di proprietà dell'attore): e nella motivazione di tale pronuncia si legge chiaramente che la parte offesa può vantare un risarcimento del danno non patrimoniale solo qualora le immissioni abbiano causato un danno biologico dimostrato, così escludendo che possano trovare accoglimento richieste di ristoro diverse dal danno alla salute in senso stretto: nessuna tutela dovrebbe essere apprestata, allora, di fronte a quei (pur gravi) pregiudizi patiti a causa del limitato o mancato godimento, anche per lungo tempo, di una casa di abitazione, laddove questi non siano sfociati in una malattia medicalmente accertabile.

¹⁰ In particolare, il Condominio convenuto è stato ritenuto responsabile dei danni per l'immotivata inerzia e l'irragionevole ritardo con cui i lavori di impermeabilizzazione sono stati eseguiti.

pregiudizio di tipo esistenziale è risarcibile solo entro il limite segnato dall'ingiustizia costituzionalmente qualificata dell'evento di danno. Se non si riscontra lesione di diritti costituzionalmente inviolabili della persona non è dovuta tutela risarcitoria». A questo punto viene esclusa, nella fattispecie, la risarcibilità del danno biologico, «in quanto l'attrice non ha offerto alcuna prova di un pregiudizio alla propria integrità psicofisica [...]», come anche lo è la risarcibilità dei meri disagi («danno alla vita di relazione»), consistenti, secondo l'attrice, «nell'aver qualche volta rifiutato [...] inviti a cena o al cinema perché costretta a restare a casa per verificare l'andamento delle infiltrazioni». Detto ciò, va osservato che il Giudice fiorentino non ha dubbi laddove afferma, subito dopo, che «Va invece riconosciuta la risarcibilità del danno non patrimoniale per la violazione del diritto di proprietà, rientrando nella categoria dei diritti fondamentali inerenti alla persona», sulla base del rilievo che «pur non costituendo una prerogativa assoluta, tale diritto viene di fatto tutelato alla stregua di un diritto fondamentale e costituzionalmente garantito». Non viene qui operato un esplicito richiamo alle norme CEDU (e alla loro diretta applicabilità), ma lo si può comunque cogliere nel riferimento, questo sì esplicito, all'«interpretazione [del diritto di proprietà] fornita in diverse pronunce della Corte di Strasburgo». Sulla base, poi, dei riferimenti ai fatti che «non è dubbio che [...] la lesione del diritto di proprietà [...] abbia ecceduto una apprezzabile e consistente soglia di offensività», e che «è palese, quindi, la limitazione avvenuta [...] al diritto di proprietà, definito dall'art. 832 c.c. come diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo e costituzionalmente tutelato (art. 42 della Costituzione)», risultano soddisfatti anche i pur restrittivi criteri fissati dalle S.U. del 2008, ossia quelli della gravità della lesione e la serietà del danno. Il Giudice fiorentino chiude dunque la sentenza riconoscendo all'attrice, a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale, «l'unica, comprensiva somma che si determina – in via equitativa e sulla base dei parametri medi della CEDU di € 1000,00-1.500,00 per anno – in € 12.000,00 [...]» (più del doppio di quanto liquidato alla stessa attrice a titolo di danno patrimoniale).

Dello stesso tenore il ragionamento e le conclusioni cui giunge il Tribunale di Palermo nella sentenza del 18 giugno 2010, che si è occupata dei disagi cagionati dalla presenza di una ditta appaltatrice all'interno di una villa, durante l'esecuzione di alcuni lavori. In questa decisione, pur avendo preliminarmente constatato che «[...] la dottrina maggioritaria, guardando alla collocazione sistematica dell'art. 42 Cost. nel titolo III dei rapporti economici della Costituzione, nega che la pro-

prietà possa considerarsi come un diritto umano, definendolo, piuttosto, alla stregua di un diritto patrimoniale, e come tale intrinsecamente incompatibile con la predetta categoria concettuale», il Giudice osserva poi che ci si deve chiedere, tuttavia, se «alla luce del processo di integrazione europea sin qui raggiunto, anche a seguito della entrata in vigore del Trattato di Lisbona (che ha attribuito alla Carta Europea dei Diritti Fondamentali il medesimo valore giuridico dei Trattati) ed in considerazione dei rapporti tra l'ordinamento interno ed il diritto sovranazionale [...], le disposizioni di cui agli artt. 2 e 42 Cost. non si prestino ad una nuova interpretazione costituzionale». E la risposta è affermativa, dal momento che il Giudice, dopo aver richiamato quanto disposto dall'art. 1 del primo Protocollo addizionale della CEDU e dagli artt. 17 e 52 della Carta di Nizza, nonché la giurisprudenza della Corte di Strasburgo¹¹, conclude

¹¹ Non è questa la sede per approfondire il tema, ma si fa comunque presente che parrebbe decisamente insensato, nell'odierno sistema di tutela multilivello dei diritti, arrivare a negare, nell'ordinamento interno, una tutela – il risarcimento del danno non patrimoniale da lesione del diritto di proprietà – che viene riconosciuta, sistematicamente, dalla Corte di Strasburgo. L'art. 41 della CEDU, rubricato «Equa soddisfazione», dispone infatti che «Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa». È dunque direttamente la stessa Corte EDU a poter accordare un risarcimento, laddove il singolo Stato non consenta, coi rimedi previsti dal suo diritto interno, di rimuovere (adeguatamente) le conseguenze della violazione. Tra i numerosi esempi basti ricordare la sentenza del 28.9.1995, caso *Scollo c. Italia*, con cui la Corte EDU ha riconosciuto al ricorrente, come risarcimento a titolo di «danno morale», la somma di trenta milioni di lire, dopo aver accertato che questi aveva «sofferto dell'impossibilità prolungata di recuperare il suo appartamento e, durante il periodo [...], avrebbe vissuto in condizioni di vita molto difficili». Nella decisione Corte EDU, *Ghidotti c. Italia*, del 21 febbraio 2002, il giudice di Strasburgo ha condannato lo Stato italiano a pagare al ricorrente la somma di euro diecimila «per la indubbia sofferenza provocata dalla accertata violazione dell'art. 1, prot. 1, CEDU»; nella fattispecie, il proprietario di un immobile lamentava la prolungata impossibilità di riprendere possesso dell'appartamento di sua proprietà a causa della mancata assistenza della forza pubblica, nonostante i venti tentativi di sfratto portati avanti dall'Ufficiale Giudiziario. Nella decisione Corte EDU, 11.12.2003, *Carbonara e Ventura c. Italia*, invece, è stato liquidato un risarcimento di 200 mila euro «poiché la violazione della Convenzione ha comportato per i ricorrenti un sicuro danno morale, risultante da un senso di impotenza e di frustrazione di fronte allo spossamento illegale dei loro beni». Addirittura, con sentenza del 30.10.2003, *Belvedere Alberghiera c.*

che «Alla luce delle argomentazioni sopra esposte, potendo la proprietà essere ascritta alla categoria dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, può riconoscersi configurabilità del risarcimento del danno non patrimoniale da lesione del diritto di proprietà».

È interessante osservare che le tre sentenze esaminate hanno risarcito pregiudizi (certamente di non trascurabile entità) che, stando a quanto stabilito dalle Sezioni Unite di San Martino, sarebbero dovuti rimanere privi di tutela risarcitoria. E non sembra una casualità che, in ognuna di queste decisioni, il cavallo di Troia per superare le porte Scee della risarcibilità del danno non patrimoniale sia stato il diritto dominicale¹². Nonostante l'immagine omerica – che può far

Italia, la Corte di Strasburgo ha risarcito con 25 mila euro, a titolo di danno morale, una persona giuridica, sostenendo che «La Corte non può [...] escludere, alla stregua della propria giurisprudenza, che possa esserci per una società commerciale un danno non solo materiale che esiga una riparazione pecuniaria». Ma quel che più interessa è che, come si può evincere da alcune decisioni della Corte di Strasburgo in tema di immissioni eccedenti la normale tollerabilità (Cfr. Corte EDU, 2.11.2006, *Giacomelli c. Italia*, caso in cui alla parte offesa è stata liquidata una somma pari a dodicimila euro a titolo di danno morale per aver dovuto subire le immissioni di rumore e gas nocivi provenienti da un impianto di trattamento di rifiuti industriali; nonché Corte EDU, 9.12.1994, *Lopez Ostra c. Spagna*; Corte EDU, 16.11.2004, *Moreno Gomez c. Spagna*; Corte EDU, 9.11.2010, *Deès c. Ungheria*), viene ammesso il ricorso alla Corte EDU anche nel caso in cui la violazione del diritto sia stata determinata, sul piano materiale, a livello di rapporti tra privati; per cui, una volta accertata la violazione – anche, allora, operata da un privato – di un diritto fondamentale tutelato dalla CEDU, può essere imposto allo Stato membro di farsi carico di assicurare una tutela non inferiore a quella che sarebbe stata garantita dalle norme della Convenzione, ossia di riconoscere, in definitiva, per quanto qui interessa, anche il risarcimento del danno morale (non patrimoniale), per una lesione del diritto di proprietà. Sulla scorta di quanto messo in luce, va osservato che, negandosi nell'ordinamento interno una adeguata tutela del diritto di proprietà – che inevitabilmente passa anche attraverso la prevista risarcibilità del danno non patrimoniale conseguente ad una sua violazione –, si arriverebbe all'assurda conseguenza per cui le conseguenze di un danno non ricadrebbero sull'autore materiale del danno medesimo; ricadendo esse invece, in caso di condanna irrogata della Corte dei diritti umani – come testimoniano i numerosi precedenti riguardanti il nostro Paese –, sotto forma di risarcimento morale da corrispondere alla parte ricorrente, sullo Stato aderente, considerato responsabile per non aver garantito una adeguata protezione al diritto dominicale.

¹² Va però osservato che, nei procedimenti culminati con le sentenze del Trib. di Palermo e del Trib. di Firenze, gli attori avrebbero avuto buone speranze di ottenere il risarcimento

pensare a uno stratagemma foriero di incontrollabili conseguenze –, va considerato che una simile interpretazione, che tiene peraltro in giusta considerazione

del danno non patrimoniale facendo riferimento, in alternativa, al diritto all'abitazione; quest'ultimo, infatti, secondo l'orientamento ormai consolidato della Consulta, va annoverato «fra i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 Cost.» (cfr. Corte cost., 7 aprile 1988, n. 404, in *Giur. it.*, 1988, p. 1627 ss., confermata poi da numerose successive pronunce – tra le più recenti, Corte cost., 23 maggio 2008, n. 166, in *www.cortecostituzionale.it*). Si segnala poi che il diritto all'abitazione, oltre che dall'art. 8 della CEDU, è espressamente tutelato dall'art. 31 della Carta sociale europea riveduta (CSER), elaborata tra il 1990 e il 1994 da apposito Comitato istituito in seguito alla Conferenza ministeriale informale sui diritti umani tenutasi a Roma il 5.11.1990; essa ha modificato il testo della Carta sociale europea, a sua volta adottata a Torino nel 1961, ed è stata ratificata dall'Italia nel 1999. Il richiamo a tale documento è rilevante in quanto in base all'interpretazione ad esso data dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali (CEDS), gli Stati contraenti hanno, in sostanza, l'obbligo di portare a realizzazione gli obiettivi imposti dalla Carta, documentando le strategie e i mezzi a tal scopo impiegati e monitorando i progressivi risultati raggiunti; in particolare, «le decisioni del CEDS [...] fanno dunque emergere un aspetto di notevole rilievo, consistente nell'attivazione non episodica della responsabilità degli Stati parti, che l'organismo di controllo della Carta persegue non accontentandosi di valutare i mezzi apprestati e pervenendo invece, sistematicamente, a verificare i risultati da essi ottenuti» (così GUIGLIA, *Il diritto all'abitazione nella Carta sociale europea: a proposito di una recente condanna dell'Italia da parte del Comitato Europeo dei Diritti Sociali*, pag. 5, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*). In tale contesto, lo Stato italiano è stato condannato dal CEDS con decisione del 7.12.2005, in esito al reclamo n. 27/2004, presentato dall'*European Roma Rights Center (ERRC)* contro l'Italia: da tale decisione si ricava (§ 18) che il diritto all'abitazione, ex art. 31 CSER, deve essere garantito a tutti i soggetti, anche agli stranieri. Si tenga presente che l'Italia è stata condannata anche più recentemente, con decisione del 25.6.2010, in esito al reclamo n. 58/2009, presentato dal *Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE)*: nello specifico, il CEDS ha rilevato il persistente inadempimento da parte delle nostre autorità dell'obbligo di assicurare un esercizio effettivo del diritto all'abitazione, attraverso l'accesso ad un'abitazione di livello adeguato, la prevenzione e la riduzione dello status di «senza tetto», nella prospettiva di una sua graduale eliminazione, e la garanzia di un costo abitativo accessibile alle persone che non dispongono di risorse sufficienti. Tali condanne non vanno sottovalutate, dal momento che, come osserva GUIGLIA, *op. cit.*, pag. 10, «dal punto di vista giuridico, è ormai risaputo che la Carta [...] trae beneficio dalla novella dell'art. 117, primo comma, Cost., costituendo ormai, secondo l'interpretazione offerta dalla Corte costituzionale con le note sentenze n. 348 e 349 del 2007, parametro di costituzionalità delle norme interne», con la conseguenza che l'eventuale contrasto tra una disposizione legislativa

ne l'efficacia delle Carte dei diritti europee, non pare idonea a trascinare il nostro sistema di responsabilità civile nel caotico abisso dei danni bagatellari. Infatti, come visto, il rispetto dei requisiti della gravità della lesione e della serietà del danno pare idoneo a selezionare le fattispecie effettivamente meritevoli di tutela risarcitoria; e ci sembra, poi, che nell'attuale sistema risultante dalle decisioni delle S.U. – che prevede il necessario rango costituzionale del diritto leso affinché il danno non patrimoniale possa dirsi risarcibile –, il riferimento alle Carte dei diritti europee non può che giovare ad esso in termini di stabilità e certezza, memori del fatto che il nostro sistema di responsabilità civile si è troppo spesso rivelato privo di solidi punti di riferimento.

Ricorderà l'affezionato lettore di questa *Rivista* che nello scorso numero, parlando del danno da morte dell'animale d'affezione, avevo segnalato che, proprio facendo riferimento all'inviolabilità del diritto dominicale, si sarebbe percorsa una via («europea») astrattamente idonea a fondare, in simili casi, una domanda risarcitoria di danno non patrimoniale. Segnalazione un po' timida a dire il vero, se teniamo presente che essa presupponeva, rispettivamente; (i) che si considerasse il pregiudizio *de quo* meritevole di tutela risarcitoria (a dispetto di quanto stabilito dalle Sezioni Unite); (ii) che si considerasse la proprietà – nonostante l'opposto orientamento maggioritario – un diritto inviolabile; (iii) che la proprietà fosse da intendersi tale sulla base un richiamo alla CEDU e alla Carta di Nizza – richiamo che, se operato da un giudice comune, si risolve nel riconoscimento dell'efficacia diretta di queste ultime due Carte (e ricordiamo che, nonostante quanto disposto dall'art. 6 TUE, tale efficacia non è ancora ad esse unanimemente riconosciuta).

Ebbene complimenti al Giudice pugliese, che superando tutti questi ostacoli e difficoltà, ha dimostrato di non essere affetto da miopia interpretativa e, indirettamente, all'interpretazione da me proposta ha dato dignità; togliendola ai poveri animali, ridandola (di riflesso) ai sentimenti dei loro padroni; facendo trionfare, in definitiva, il diritto dominicale – più che un cavallo di Troia, un eroe multiforme.

interna e la Carta, ove non sia risolto dal giudice comune attraverso l'interpretazione conforme, implica dunque un profilo di illegittimità costituzionale della prima. Per un approfondimento sul tema si rinvia al già citato contributo di GUIGLIA; le decisioni del CEDS sono tutte reperibili su *www.coe.int*.

L'arbitrabilità delle controversie in materie di giurisdizione esclusiva: la natura interpretativa dell'art. 6 della l. 205/2000

57

Il contenuto del lodo arbitrale non definitivo che si riporta di seguito è di notevole interesse per il ragionamento interpretativo condotto dal Collegio in sede di trattazione di talune questioni pregiudiziali.

La controversia che ha dato luogo all'instaurazione dell'arbitrato concerne i rapporti contrattuali-concessori, intercorsi tra una s.p.a. ed un Comune, con riguardo alla gestione di una pubblica discarica controllata. In questa sede non si darà rilievo ai fatti che hanno dato origine alla controversia quanto piuttosto al percorso logico-giuridico mediante il quale il Collegio è giunto a statuire l'arbitrabilità della lite.

La soluzione della questione pregiudiziale di rito che attiene alla decidibilità della controversia mediante arbitrato, ruota attorno all'interpretazione sull'operatività o meno dell'art. 6 della legge 205/2000 (che sancisce l'arbitrabilità delle controversie concernenti diritti soggettivi devolute al giudice amministrativo), ancorché si tratti di una norma entrata in vigore in un momento successivo alla stipulazione delle clausole compromissorie relative ai primi contratti di concessione conclusi tra la società e il Comune.

Il Collegio, svolgendo un approfondito excursus sulle tesi dottrinali e giurisprudenziali che negli anni si sono sviluppate e spesso contrapposte sulla materia, è giunto a consacrare la natura interpretativa dell'articolo 6 della legge 205/2000, in linea con la volontà espressa dal legislatore in sede di lavori parlamentari relativi alla legge 205/2000, e sconfessando dunque il filone giurisprudenziale che afferma il carattere innovativo del citato articolo 6.

Alla medesima conclusione il Collegio giunge anche in virtù di un altro ordine di osservazioni in quanto, anche a prescindere dall'operatività dell'articolo 6 della legge 205/2000, la clausola compromissoria rilevante ai fini dell'instaurazione dell'arbitrato, risulta contenuta in atti convenzionali innovati dopo l'entrata in vigore della legge.

LODO ARBITRALE RITUALE NON DEFINITIVO

SU QUESTIONI

Pronunciato dal Collegio Arbitrale nelle persone dei Sig.ri:

Prof. Avv. Claudio Consolo (Presidente);

Avv. Lamberto Lambertini (Arbitro);

Prof. Avv. Giovanni Sala (Arbitro);

nel procedimento arbitrale con sede in Verona, via Leoncino 16, presso lo studio del Presidente Prof. Avv. Claudio Consolo, promosso da:

X S.P.A. (C.F. e P. Iva _____), con sede legale in _____, via _____, in persona del suo legale rappresentante _____, rappresentata e difesa dall'Avv. _____ di Verona, ed elettivamente domiciliata presso lo studio di questi in Verona, via _____

CONTRO

il COMUNE DI Y (C.F. e P. Iva _____), in persona del Sindaco *pro tempore* _____, con sede a _____ rappresentato e difeso dall'Avv. _____ di Verona, ed elettivamente domiciliato presso lo studio di questi in Verona _____.

*** **

FATTO E SVOLGIMENTO DELLA PROCEDURA

I. Con "*Domanda di arbitrato e atto di nomina di arbitro*" del 3.3.2011 (notificata alla controparte in data 8.3.2011) X s.p.a. promuoveva procedura arbitrale nei confronti del Comune di Y (di seguito: "Comune"), ed esponeva che:

i. in data 5.2.1987 la Regione Veneto rilasciava al Comune l'autorizzazione a realizzare e gestire la pubblica discarica controllata di rifiuti solidi urbani ed assimilabili, sita nel territorio comunale, in località _____;

ii. con deliberazione n. 185 del 8.10.1987 il Comune

approvava la convenzione (di seguito: “Convenzione”, doc. 1 attrice) tra il Comune stesso, la Regione Veneto e X s.p.a. per la realizzazione e gestione della discarica;

iii. con successiva deliberazione n. 112 del 20.9.1994 (di seguito “Convenzione modificata”, doc. 2 attrice) detta Convenzione veniva modificata al fine di portare a conclusione la vita biologica della discarica;

iv. con ulteriore deliberazione n. 485 del 18.7.1996 il Comune stabiliva la chiusura dell'impianto ai conferimenti di rifiuti con decorrenza 31.7.1996 ed il conseguente inizio dell'attività di c.d. *post-mortem* dell'impianto dal 1.8.1996;

v. in data 31.1.1997 veniva approvata dal Comune altra convenzione (di seguito: “Convenzione aggiuntiva”, delibera n. 7 del 31.1.1997, doc. 5 attrice) per la gestione della discarica nella fase *post-mortem*. In particolare con detta Convenzione aggiuntiva, riconosciuto che “*deve considerarsi attivata la conseguente fase denominata post-mortem*” (art. 2), si prevedeva la trasformazione del “*fondo accantonato costituito dai versamenti [N.d.R. eseguiti dalla concessionaria X s.p.a. nel periodo di attività della discarica] in conto post-mortem*” (art. 4) dal quale il Comune avrebbe attinto le somme necessarie per far fronte al pagamento delle attività da eseguirsi ad opera di X s.p.a.; pagamenti che sarebbero avvenuti secondo le modalità ed i termini concordati tra le parti (art. 7);

vi. con contratto in data 22 dicembre 1999, X s.p.a. ha concesso in affitto alla società Z srl il proprio ramo di azienda comprendente anche i terreni in cui era localizzata la discarica;

vii. con delibera della Giunta Comunale n. 283 del 9 novembre 2000, il Comune ha preso atto del subentro dell'affittuaria Z srl (doc. 16);

viii. con provvedimento in data 23 maggio 2005, prot. 9517 (doc. 37), il Comune ha disposto la “*revoca della concessione in essere*” e ordinato “*la consegna e messa a disposizione*” del Comune o, per esso, di una “*nuova concessionaria individuata con le procedure di legge*” dell'area della discarica, degli impianti, delle attrezzature nonché di ogni garanzia, somma o deposito accantonato in virtù del contratto di concessione in essere;

ix. Con provvedimento in data 29.12.2005 (doc. 6), il Comune ha disposto la revoca “*ed, ad ogni effetto, il ritiro*” nei confronti della società X Spa del provvedimento con cui era stata disposta la revoca della concessione per la gestione della discarica e dato atto che il rapporto sarebbe proseguito “*unicamente tra il Comune di Y e la concessionaria X Spa, fermi gli effetti prodotti anche a regime di proroga, nel rispetto degli ob-*

blighi e secondo le modalità e le prescrizioni contenute nelle convenzioni in essere in premessa citate”;

x. in data 13.10.2010 (doc. 7 attrice) il Comune comunicava a X spa l'esaurimento delle risorse accantonate, diffidando la stessa “*a porre in essere tutte le attività necessarie a garantire l'esaurimento dell'attività di discarica stessa*”;

xi. alla comunicazione del Comune faceva seguito una missiva di X spa (in data 26.10.2010, doc. 8 attrice), con la quale la stessa escludeva di dover farsi carico degli ulteriori oneri economici connessi allo svolgimento dell'attività di *post-mortem*, di spettanza del Comune, e si dichiarava legittimata – tenuto conto dell'annunciato inadempimento del Comune – a sospendere ogni prestazione da essa dovuta ex art. 1460 e ss. c.c.;

xii. a tale scambio di missive non seguiva la sospensione dell'attività da parte della Concessionaria.

II. L'accesso alla procedura arbitrale veniva da X spa motivato sulla base delle clausole compromissorie di cui all'art. 18 della Convenzione; all'art. 18 della Convenzione modificata, e all'art. 11 della Convenzione aggiuntiva, le quali – identiche nel loro tenore letterale – recitano: “*Le vertenze che dovessero sorgere tra il Comune e la Concessionaria, saranno decise da un Collegio Arbitrale costituito da un Arbitro nominato da ciascuna delle parti e da un terzo arbitro nominato di comune accordo dai due Arbitri precedentemente nominati dalle parti o, in difetto di accordo tra di essi, dal Presidente del Tribunale di Verona. Il Collegio Arbitrale decide secondo diritto. Il procedimento è regolato dagli artt. 806 e seguenti del codice di Procedura Civile*”.

III. Con la menzionata “*Domanda di arbitrato*” X spa provvedeva inoltre alla nomina dell'arbitro di parte nella persona dell'Avv. Lamberto Lambertini, con studio in Verona, Corso Cavour 44, invitando il Comune alla nomina del proprio arbitro di parte e proponendo le seguenti domande:

“1. Accertare il diritto della Concessionaria al pagamento dei corrispettivi della prestazione di gestione (nell'attuale fase successiva alla chiusura dei conferimenti) della Discarica, degli impianti di salvaguardia e trattamento dei sottoprodotti (oneri accessori e assicurativi compresi) fino all'esaurimento dell'attività biologica della Discarica;

2. accertare la legittimità e/o liceità della sospensione (ex artt. 1460 e/o 1461 c.c.) da parte della Concessionaria dell'esecuzione della prestazione di gestione della Discarica, degli impianti di salvaguardia e trattamento dei sottoprodotti (oneri accessori ed assicurativi compresi) fino all'esaurimento dell'attività biologica della Discarica;

3. condannare il Comune al pagamento alla Concessionaria dei corrispettivi maturati per l'esecuzione della



prestazione di gestione della Discarica, degli impianti di salvaguardia e trattamento dei sottoprodotti (oneri accessori e assicurativi compresi) fino all'esaurimento dell'attività biologica della Discarica, oltre al risarcimento del danno;

4. con vittoria di spese, diritti ed onorari di causa, spese generali, C.p.A. e I.V.A.”.

IV. Con “Atto di nomina di arbitro”, notificato a X spa in data 25.3.2011, il Comune Y nominava quale arbitro di parte il Prof. Avv. Giovanni Sala, con studio in Verona, Lungadige Capuleti 1/a; contestava integralmente quanto esposto da X spa nella propria “Domanda di arbitrato”; rinviava al successivo atto di formulazione del quesito e di precisazione delle domande ogni ulteriore e più approfondita contestazione; e così concludeva:

“il Comune di Y intende resistere nel giudizio arbitrale al fine di sentire dichiarato lo stesso inammissibile e comunque rigettata ogni domanda svolta nei suoi confronti siccome infondata in fatto e diritto e per contro accertata ed affermata la sussistenza in capo alla società Concessionaria X s.p.a. dell'obbligo:

- di provvedere alla installazione e gestione degli impianti di salvaguardia e trattamento dei sottoprodotti fino all'esaurimento dell'attività biologica della

discarica, assumendone tutti i relativi oneri;

- di eseguire alla scadenza della concessione tutte le opere necessarie per la bonifica e la sistemazione dell'area, sempre con oneri a proprio carico;
- di rilasciare idonea fideiussione a garanzia dei suddetti obblighi ed adempimenti.

Il tutto con vittoria di spese arbitrali e legali”.

V. Gli arbitri nominati dalle parti, Prof. Avv. Giovanni Sala ed Avv. Lamberto Lambertini provvedevano indi alla nomina, di comune accordo, del terzo arbitro facente funzioni di Presidente del Collegio nella persona del Prof. Avv. Claudio Consolo.

VI. All'udienza di costituzione del Collegio Arbitrale in data 10.5.2011, cui comparivano le parti personalmente ed i loro difensori, il Collegio assegnava termine congiunto al 31 maggio 2011 per il deposito di memoria contenente la formulazione di precisazioni alle domande ed eccezioni, la loro illustrazione, con la compiuta esposizione degli elementi di fatto e di diritto costituenti le ragioni delle rispettive domande ed eccezioni, la deduzione dei relativi mezzi di prova, nonché il deposito dei documenti. Nonché termine congiunto al 15 giugno 2011 per il deposito di memoria contenente, oltre ad ogni eventuale integrazione delle tesi avanzate, le istanze istruttorie e le produzio-

ni documentali, la compiuta presa di posizione sulle ragioni di fatto e di diritto sostenute *ex adverso* nella prima memoria. Il Collegio si riservava inoltre la fissazione di udienza di discussione, successivamente fissata al 7.7.2011.

VII. Nella prima memoria autorizzata del 31.5.2011, le parti precisavano le conclusioni come segue.

Per parte attrice, X spa:

“In via principale: 1. accertare il diritto della Concessionaria al pagamento dei corrispettivi e/o indennità della prestazione di gestione (nell’attuale fase successiva alla chiusura dei conferimenti) della Discarica, degli impianti di salvaguardia e trattamento dei sottoprodotti (oneri accessori e assicurativi compresi) fino all’esaurimento dell’attività biologica della Discarica;

2. accertare la legittimità e/o liceità della sospensione (ex artt. 1460 e /o 1461 c.c.) da parte della Concessionaria dell’esecuzione della prestazione di gestione della Discarica, degli impianti di salvaguardia e trattamento dei sottoprodotti (oneri accessori e assicurativi compresi) fino all’esaurimento dell’attività biologica della Discarica;

3. condannare il Comune al pagamento alla Concessionaria delle indennità e/o corrispettivi maturati – quantificati allo stato in Euro ____ (IVA inclusa) – per l’esecuzione della prestazione di gestione della Discarica, degli impianti di salvaguardia e trattamento dei sottoprodotti (oneri accessori e assicurativi compresi) fino all’esaurimento dell’attività biologica della Discarica, oltre interessi dalla scadenza (o, in subordine, dalla domanda) al saldo e all’ulteriore risarcimento del danno ex art. 1224, co. 2, c.c.

In via subordinata: 1. risolvere la convenzione-contratto in essere con il Comune ex art. 1467 c.c.;

2. condannare – in ogni caso – il Comune a pagare alla Concessionaria l’indennizzo ex art. 2041 c.c. per l’esecuzione della gestione della Discarica, degli impianti di salvaguardia e trattamento dei sottoprodotti (oneri accessori e assicurativi compresi);

In ogni caso: con vittoria di spese (comprese le spese e gli onorari per l’opera prestata dagli arbitri, dal segretario del Collegio arbitrale e quelle relative ad eventuali consulenze tecniche), diritti e onorari di causa, spese generali, C.p.A. e I.V.A.”.

Per parte convenuta, Comune di Y:

“In via preliminare: dichiararsi la nullità e/o invalidità e/o inefficacia delle clausole arbitrali invocate dalla concessionaria ed in ogni caso il difetto di giurisdizione del collegio arbitrale.

Nel merito: respingersi le domande della concessionaria siccome infondate in fatto e diritto;

in via subordinata e per mero scrupolo, nella denegata ipotesi di accoglimento delle domande della concessionaria,

ria, disporsi a carico della stessa un’idonea cauzione o garanzia fideiussoria a copertura del rimborso al Comune di Y delle spese necessarie alla gestione post mortem della discarica ed alla bonifica del sito.

Anche in via riconvenzionale: accertarsi e dichiararsi l’obbligo in capo sulla concessionaria X spa:

- di provvedere alla installazione e gestione degli impianti a salvaguardia e trattamento dei sottoprodotti fino all’esaurimento dell’attività biologica della discarica, assumendone tutti i relativi oneri;

- di eseguire tutte le opere necessarie per la bonifica del sito e la sistemazione dell’area, sempre con oneri e spese a proprio carico;

- di rilasciare idonea fideiussione a garanzia dei suddetti obblighi ed adempimenti.

In ogni caso: con vittoria di spese, diritti e onorari di causa, spese generali 12,5%, I.v.a. e C.p.a. come per legge”.

VIII. Seguiva lo scambio delle seconde memorie autorizzate nei termini assegnati.

IX. All’udienza di discussione del 7.7.2011, presenti le parti personalmente ed i loro difensori, il Collegio, su assenso delle parti, individuava la necessità di anteporre sia alla discussione relativa al merito che all’esperimento del tentativo di conciliazione, la soluzione della questione pregiudiziale di rito attinente alla non arbitrabilità della lite sollevata da parte convenuta Comune di Y, assegnando a tal fine alle parti termine fino al 26.7.2011 per il deposito di memoria sulle sole questioni pregiudiziali già evidenziate e riservandosi ogni decisione sulle medesime.

Le parti provvedevano poi nei termini indicati allo scambio delle memorie.

*** **

DIRITTO

La questione pregiudiziale sulla quale il Collegio è chiamato a pronunciarsi riguarda l’arbitrabilità o meno della lite e così la sua decidibilità da parte del Collegio, affermata da parte attrice X spa, e negata invece dal Comune convenuto.

Sul punto il contraddittorio delle parti si è incentrato su tre distinti profili, ciascuno rilevante ai fini del decidere.

L’oggetto della lite e la riconducibilità della controversia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo

1. Viene anzitutto in rilievo l’esatta perimetrazione dell’oggetto della lite, e così se esso possa dirsi limitato – come sostenuto dall’attrice – al solo accertamento dei diritti di credito azionati, con relativa condanna del debitore all’adempimento, oppure sia più ampio, tanto da involgere l’intero assetto concessorio, come

evidenziato dal Comune. Nel primo caso, infatti, la lite risulterebbe di competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria (ex art. 133, lett. C., c.p.a., già art. 5 L. n. 1034/1971 e poi art. 33 d. lgs. 88/1998), con conseguente pacifica sua arbitrabilità. Nel secondo, invece, si verterebbe in materia riservata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (v. le disposizioni citate), e dovrà allora valutarsi la validità della devoluzione in arbitrato in forza di una clausola compromissoria redatta in epoca anteriore all'entrata in vigore della L. n. 205/2000, che ha esplicitamente sancito l'arbitrabilità delle controversie in materie di giurisdizione esclusiva (art. 6).

2. Reputa il Collegio che la controversia portata alla sua cognizione pertenga alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Recita infatti l'art. 133, lett. C, c.p.a.: *“sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge ... le controversie in materia di pubblici servizi, relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione ...”*.

3. Contrariamente a quanto sostenuto dall'attrice X spa, le domande svolte non si limitano a dedurre l'adempimento di diritti di credito convenzionalmente riconosciuti. A ben vedere, infatti, l'attrice prima ancora – stante il silenzio delle Convenzioni in essere tra le parti – chiede al Collegio di individuare quale sia il soggetto onerato del pagamento delle prestazioni da eseguirsi relativamente alla fase di vita biologica della discarica denominata *“post-mortem”*.

4. Correttamente interpretata la domanda attorea involge allora, e nel suo complesso, l'intero assetto concessorio: come tale essa rientra nella sfera di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

5. La conclusione cui il Collegio è giunto è poi conforme alla stessa giurisprudenza citata da parte attrice. In diverse occasioni, infatti, le Sez. Un. della Corte di cassazione hanno riconosciuto che la giurisdizione del giudice ordinario (prima ex art. 5, L. n. 1034/1971, poi ex art. 33 d.lgs. 88/1998, ora ex art. 133, lett. C., c.p.a.) in relazione a controversie *“concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi”* resta ferma anche ove la decisione implichi *“una valutazione meramente incidentale del contenuto e della disciplina del rapporto di affidamento del servizio”* (Sez. Un., 8.10.2008, n. 14785 e Sez. Un., 19.5.2008, n. 12640). Tuttavia non è questo il caso in esame.

6. La Corte ha infatti chiarito che tale *“valutazione meramente incidentale”*, che non importa il venir meno

della giurisdizione del giudice civile, ricorre nelle sole ipotesi in cui si controverta in ordine a diritti di credito che la convenzione attribuisce al privato¹. Non anche quando la posizione attiva azionata non trovi diretto riscontro nel testo della convenzione, imponendo al giudicante – a monte – di individuare la parte onerata dei costi.

7. Questo è quel che accade, invece, nel caso di specie. Le convenzioni in essere tra le parti, infatti, nulla dicono in ordine all'eventualità – poi occorsa – dell'esaurimento del *“fondo post-mortem”* prima dell'esaurimento della vita biologica della discarica, e così non individuano il soggetto obbligato a far fronte ai relativi impegni economici. Spetterà dunque al Collegio – ove

¹ Recita Sez. Un., 19.5.2008, n. 12640: *“Una vertenza avente ad oggetto il corrispettivo spettante ad una impresa concessionaria del servizio di accertamento e riscossione di imposte comunali, certamente esula dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, e ricade in quella del giudice ordinario. È bensì vero che la controversia sui rapporti di dare e avere tra il Comune e la concessionaria del servizio di accertamento e riscossione dei tributi ed altre entrate pubbliche, quando implichi indagini e statuizioni sulla validità ed operatività dei provvedimenti e di clausole del rapporto concessorio, rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche ai sensi dell'art. 5 L. n. 1034/1971 [...] ma perché ciò sia è necessario che la controversia richieda “in via principale e non meramente incidentale o deliberativa, una decisione sul contenuto e sulla disciplina del rapporto di concessione” (Sez. Un., 1734/2002). Nel caso in esame, viceversa, non è in questione la portata della concessione né la validità delle sue clausole in rapporto al modo in cui l'ente pubblico è tenuto ad operare e ad esercitare i propri poteri concessori, bensì esclusivamente la misura del corrispettivo contrattualmente spettante al concessionario”*. Analogamente Sez. Un., 8.10.2008, n. 24785: *“Nel caso che ne occupa, come si evince dai quesiti proposti nel giudizio arbitrale, la Interservizi s.p.a. ha chiesto la condanna del Comune di Pompei al pagamento di corrispettivi vari per l'espletamento di una serie di attività svolte in adempimento del contratto di affidamento del servizio di gestione dei rifiuti solidi urbani. Tale controversia, avendo ad oggetto il solo pagamento di corrispettivi, rientra, pertanto, in base alla normativa su richiamata, nell'ambito della giurisdizione del Giudice ordinario (e, quindi, può costituire oggetto di giudizio arbitrale), senza che la necessità di procedere, al fine di valutare il fondamento delle avanzate pretese, alla interpretazione di clausole contrattuali, rilevi al fine di escludere la giurisdizione del Giudice ordinario, atteso che la deliberazione sulla portata applicativa delle clausole contrattuali relative ai corrispettivi pretesi non richiede un accertamento in via principale, ma soltanto una valutazione meramente incidentale, del contenuto e della disciplina del rapporto di affidamento del servizio in questione, e non si risolve in una valutazione sul modo in cui la P.A. si è avvalsa della facoltà di adottare strumenti negoziali in sostituzione dell'esercizio diretto del proprio potere autoritativo”*.

competente – l'individuazione del soggetto onerato; individuazione possibile solo attraverso una valutazione – piena ed in via principale, non meramente incidentale – che investa l'intero rapporto concessorio e l'assetto che le parti si sono date.

L'operatività dell'art. 6, co. 2, Legge 21.7.2000, n. 205

8. Ulteriore profilo dibattuto dalle parti attiene alla operatività o meno nel caso di specie dell'art. 6, co. 2, L. n. 205 del 2000 (testualmente riprodotto ora dall'art. 12 c.p.a.), che recita: *“le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto”*.

9. Tale disposizione, secondo parte attrice, determinerebbe l'arbitrabilità della lite pur se entrata in vigore in un momento successivo alla stipulazione dell'ultima delle clausole compromissorie “originarie” (avvenuta in data 31.1.1997). Al contrario parte convenuta sostiene – in forza di un recente indirizzo giurisprudenziale – l'inapplicabilità dell'art. 6, co. 2, L. n. 205/2000 in relazione a clausole compromissorie stipulate anteriormente alla sua entrata in vigore, istando perciò per la declaratoria di nullità e/o invalidità e/o inefficacia delle clausole arbitrali contenute nelle Convenzioni di cui alla parte in fatto.

10. Reputa il Collegio che il co. 2 dell'art. 6 L. n. 205/2000 trovi applicazione anche nel caso di specie, e consenta così di giungere ad affermare – anche per tale via – l'arbitrabilità della lite e la conseguente Sua competenza.

11. Per ciò che concerne la posizione della giurisprudenza, osserva il Collegio che questa non risulta espressione di un univoco e consolidato orientamento.

L'indirizzo giurisprudenziale richiamato dal Comune convenuto – per il quale l'art. 6, co. 2, sarebbe norma sostanziale a carattere innovativo, consentendo la stipulazione di clausole compromissorie in materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con conseguente nullità di quelle redatte anteriormente alla sua entrata in vigore – risulta invero generalmente condiviso dalla giurisprudenza amministrativa (si v., tra gli ultimi, Cons. St., sez. V, 15.12.2005, n. 7124; Cons. St., sez. VI, 4.5.2006, n. 2726; Cons. St., sez. IV, 4.5.2010, n. 2568), pur se non è mancata una iniziale diversa presa di posizione di alcune pronunce di Tar, poi rimasta isolata (si v. Tar Veneto, 1.3.2003, n. 1583 e Tar Veneto, 3.3.2004, n. 459). Diversamente la giurisprudenza di legittimità si mostra invece sul punto alquanto ondivaga. La posizione sopra descritta, infatti, inizialmente sostenuta dalla Corte di cassazione (si v. Sez. Un., 10.12.2001, n. 15608) è stata poi dalla stessa

abbandonata (Sez. Un., 27.7.2004, n. 14090; Sez. Un., 14.11.2005, n. 22903 e Sez. Un., 12.7.2005, n. 14545) e solo di recente nuovamente riproposta, peraltro senza un dialogo critico con le motivazioni addotte dal precedente indirizzo del 2005 (Sez. Un., 14.2.2008, n. 3518 e Sez. Un. 29.4.2009, n. 9952).

Questo, dunque, il contesto giurisprudenziale.

12. Ritiene al riguardo il Collegio che sussistano stringenti ragioni per disattendere l'indirizzo da ultimo fatto proprio dai giudici di legittimità (e richiamato nei suoi argomenti dalla giurisprudenza amministrativa).

13. Tale indirizzo si fonda su tre assunti: (i) l'art. 6, co. 2, L. n. 205/2000 disciplina la compromettibilità in arbitrato (e così la validità delle clausole compromissorie) di controversie in materie di giurisdizione esclusiva; (ii) alla verifica della validità del patto compromissorio vanno applicati i principi in materia di successione delle norme nel tempo propri dei contratti (e così essa va valutata in forza della normativa vigente al momento della stipula della clausola); (iii) L'art. 6, co. 2, ha natura innovativa, sicché la sua applicazione retroattiva è esclusa in assenza di una espressa previsione in tal senso.

14. Partendo dal fondo osserva il Collegio che non sussistono ragioni per affermare la natura innovativa dell'art. 6, co. 2. Una tal conclusione implicherebbe la volontà del legislatore del 2000 di rimuovere un limite alla compromettibilità (*recte* invero: arbitrabilità, v. oltre) in precedenza sancito. Questo limite non si rinviene, però, nel sistema anteriormente all'entrata in vigore della L. n. 205/2000. Ed infatti l'art. 806 c.p.c. (nella sua versione successiva alla riforma del 1994) non ne fa menzione, ancorando il discrimine tra controversie arbitrabili e non alla (in)disponibilità dei diritti che ne sono oggetto². Unico limite imposto dal legislatore all'arbitrabilità della lite è dunque sempre stato quello della indisponibilità dei diritti che ne sono oggetto.

15. Del resto – mentre la giurisprudenza negava l'arbitrabilità di tali liti in forza di un (non sancito) criterio di riparto dipendente dal plesso giurisdizionale competente a decidere la controversia (così la non

² Questo discrimine, già implicitamente sancito dall'art. 806 c.p.c. nella sua formulazione successiva alla riforma del 1994 (che all'uopo faceva riferimento alla transigibilità della lite), è stato ulteriormente posto in chiaro dalla riforma organica dell'arbitrato del 2006, modificando l'art. 806 c.p.c., che ad oggi dispone: *“le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano ad oggetto diritti indisponibili”*.



arbitrabilità veniva fatta discendere da ciò, che “l’intervento degli arbitri è consentito solo in via sostitutiva nell’ambito della attribuzione alla autorità giudiziaria ordinaria”: Sez. un., 10.12.1981, n. 6571³) – proprio in considerazione di quanto sopra già prima dell’entrata in vigore della L. n. 205 del 2000 l’assoluta maggioranza degli interpreti ammetteva invece l’arbitrabilità di controversie sui diritti, pur se in materie devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo. Così – con condivisibili argomenti – ANDRIOLI, *Procedura arbitrale e regolamento di giurisdizione*, in *Foro It.*, 1956, I. 484 e ss. (secondo cui “_____chi rivolga l’attenzione agli artt. 806 e 808, rileva che queste norme considerano, nel valutare la validità del compromesso, la res in iudicium deducta ... e ne induce che il carattere inderogabile della competenza del giudice, significando non già che il diritto fatto valere sia sottratto alla disponibilità delle parti, sibbene che un giudice è preferito ad ogni altro per la cognizione della causa, non incide negativamente sulla validità del compromesso ... Pertanto, che sia speciale il giudice, il quale, nella carenza della clausola compromissoria, sa-

rebbe stato competente, non influisce in alcun modo sulla validità della clausola e sulla legittimità della sentenza arbitrale”); CASSESE, *L’arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 311 e ss.; CECCHIELLA, *L’arbitrato*, Torino, 1991, 15 e ss. (si v. poi le considerazioni dallo stesso espresse dopo l’entrata in vigore della L. n. 205/2000, ne *L’arbitrato*, Torino, 2005, 34 e ss., spec. 37, ove l’A. rileva che “per porre argine definitivo all’inarrestabile orientamento della giurisprudenza il legislatore si è visto costretto ancora una volta ad intervenire, con l’art. 6, co. 2 L. n. 205/2000 (...) A fronte di una giurisprudenza che propende per un’estensione praeter legem dei limiti dell’arbitrabilità delle controversie, oltre l’unico limite codificato (art. 806 c.p.c.), che è quello della indisponibilità dei diritti, ha reagito negli ultimi tempi il legislatore con norme che escludono oggi ogni dubbio interpretativo”); DOMENICHELLI, *Giurisdizione e arbitrato: riflessioni e interrogativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 235 e ss. (che nota come “per quanto riguarda specificamente la giurisdizione esclusiva, e la sua pretesa incompatibilità con l’arbitrato, la posizione giurisprudenziale offre il fianco a critiche ancor più serie. Dimentica infatti che la giurisdizione esclusiva ha caratteri suoi propri, in quanto, rendendo certo il giudice nell’incertezza delle situazioni soggettive, è diretta ad ampliare la gamma delle tutele esperibili nei confronti della pubblica amministrazione; così che non può divenire mezzo di forzosa concentrazione e di compressione della tutela, nella quale i diritti cessano di essere tali e dunque non più disponibili e come tali insuscettibili di arbitrato. È evidente che la disponibilità del diritto non può discendere da regole sulla giurisdizione, ma solo da norme sostanziali che lo disciplinano (...). Ed allora i diritti restano disponibili anche se, per esigenze di maggior tutela, il legislatore nel consenta la cognizione al giudice amministrativo; ma se restano disponibili restano anche compromettibili in arbitri le relative controversie, secondo la fondamentale regola dell’art. 806 c.p.c.”); FAZZALARI, *L’arbitrato nell’attività della regione*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 368 (“si delinea e si conferma così, nell’ambito delle controversie di cui sia parte la pubblica amministrazione, la distinzione: quando si debba pronunciare sulla funzione pubblica nella sua componente autoritativa, non può farsi luogo ad arbitrato; quanto la pronuncia riguardi invece un rapporto su base paritetica, che la pubblica amministrazione abbia scelto d’instaurare quale strumento d’attuazione del proprio compito, emergono posizioni materiali contrapposte – diritti soggettivi ed obblighi – e disponibili, e v’è dunque materia per la competenza arbitrale”); SCOCA, *La capacità della pubblica amministrazione di compromettere in arbitri*, in *AA. VV., Arbitrato e Pubblica Amministrazione*, Mila-

³ Così pure Sez. Un., 2.5.1979, n. 2522; Sez. Un., 3.12.1991, n. 12966; Sez. Un., 10.12.1993, n. 12166; Sez. Un., 19.2.1999, n. 79; Cons. St. 31.1.2001, n. 353.

no, 1991, 103 e ss.; VERDE, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. amm.*, 1996, 218. In tal senso – si vis – pure CONSOLO, *L'oscillante ruolo dell'arbitrato al crescere della giurisdizione esclusiva nelle controversie sulle opere pubbliche (fra semi-obbligatorietà ed esigente di più solide garanzie)*, in AA. VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano, 1991, 151 e ss.

16. Non si rinvergono dunque nel sistema limiti positivi a suffragio della sostenuta alternatività del mezzo arbitrale alla sola giurisdizione ordinaria, e così della non arbitrabilità di liti devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, se aventi ad oggetto diritti disponibili (com'è nel caso di specie). Reputa dunque il Collegio che la disposizione in esame abbia natura meramente interpretativa.

17. Una tale conclusione, poi, trova conforto nella lettura dei lavori parlamentari relativi alla L. n. 205/2000. Da questi emerge infatti che l'art. 6, co. 2, origina da un emendamento (5.8) presentato dall'On. Acquarone, il quale così ne giustificava la necessità: *“questo [emendamento] è stato presentato al fine di ribadire in un atto normativo di grado primario l'interpretazione della dottrina* [N.d.R.: si v. quella citata al precedente punto 15] *secondo cui la natura della posizione soggettiva vantata deve essere assunta come criterio di ammissibilità della procedura arbitrale. Nel caso in esame, pertanto, la disponibilità del diritto soggettivo da parte del titolare legittimerebbe la facoltà attribuita a costui di scegliere lo strumento giurisdizionale diretto a risolvere le controversie che vedano coinvolta quella posizione soggettiva. La Corte di cassazione ha invece affermato più volte che tale criterio deve essere individuato in riferimento alla natura del giudice, alla cui giurisdizione è attribuita la competenza della materia oggetto della controversia. Secondo tale tesi, nel caso in cui sia devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la competenza in materie attinenti a diritti soggettivi sarebbe precluso il ricorso alla procedura arbitrale, salvo che la legge non lo consenta espressamente, come ad esempio nel caso degli appalti pubblici. L'emendamento in esame è pertanto diretto a superare tale interpretazione giurisprudenziale, che tra l'altro determina una disparità di trattamento tra situazioni uguali, quali quelle relative alle controversie in materia di appalti pubblici, per le quali è ammesso il compromesso arbitrale, e quelle relative alle concessioni, in quanto per queste ultime non è prevista alcuna disposizione legislativa di tenore simile a quella vigente per gli appalti”*.

18. La rilevanza delle indicazioni fornite dai lavori preparatori nell'indagine circa la natura dell'art. 6 L. n. 205/2000 è stata riconosciuta pure dalla citata sen-



tenza n. 459, del 3.3.2004 del Tar Venezia (Rel. Baccharini; Est. De Zotti), che attraverso una articolata e convincente motivazione ha riconosciuto la natura interpretativa della disposizione menzionata. Si afferma in quella sede che: *“va rilevato che lo scopo perseguito dal legislatore con l'art. 6, co. 2, è quello di interpretare autenticamente le norme precedenti sui presupposti del giudizio arbitrale, e in particolare l'art. 806 c.p.c., nella parte in cui esclude dalle controversie che le parti possono far decidere dagli arbitri anche le “altre che non possono formare oggetto di transazione” in relazione all'art. 1966, co. 2, c.c. secondo cui “la transazione è nulla se tali diritti per loro natura o per espressa disposizioni di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti”; che va riconosciuto carattere interpretativo alla legge che, fermo il tenore testuale della norma interpretata, ne chiarisce il significato normativo ovvero privilegia una delle tante interpretazioni possibili (...); che anteriormente all'art. 6 vi era netto contrasto tra la giurisprudenza della Corte di cassazione, che fondava il riparto tra controversie compromettibili in arbitri e non sul criterio della giurisdizione, restando escluse da quella compromettibilità tutte le controversie rientranti nella giurisdizione amministrativa, e la dottrina che lo fondava invece sulla natura della situazione soggettiva fatta valere, ritenendo*

compromettibili le controversie rientranti nella giurisdizione amministrativa ma relative a diritti soggettivi; che sulla natura interpretativa della disposizione, diretta a risolvere tale antinomia, depongono anche i lavori parlamentari ...”.

19. Ritieni il Collegio che non residuino dubbi sull’operatività – anche al caso sottoposto alla sua cognizione – dell’art. 6, co. 2, L. n. 205/2000. Del resto, se così non fosse, sarebbe necessario seriamente interrogarsi sulla (il)legittimità costituzionale dell’art. 6, co. 2, L. n. 205/2000, per violazione degli artt. 3 e 24 Cost., posto che – nell’interpretazione datane dall’ultima giurisprudenza – il diritto delle parti di compromettere in arbitri liti su diritti soggettivi (di cui all’art. 806 c.p.c.) verrebbe, tra il 1994 ed il 2000, allo stesso conculcato da scelte occasionali di spostamento dei confini della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Alla luce di ciò, e tenuto conto pure dell’insegnamento della Consulta sul dovere del giudicante di dare del dato positivo (ove possibile) interpretazione conforme a Costituzione, reputa il Collegio che non sia quello prospettato dal Comune convenuto il significato da ascrivere all’art. 6, co. 2, L. n. 205/2000.

20. A tale riguardo soggiunge da ultimo Codesto Collegio che la conclusione sulla operatività della menzionata disposizione anche per le liti instaurate in forza di una clausola compromissoria redatta in epoca anteriore, non può essere revocata in dubbio adducendo l’esistenza del consolidato orientamento giurisdizionale da ultimo descritto che negava – ante L. n. 205/2000 – l’arbitrabilità di liti su diritti disponibili devolute alla giurisdizione amministrativa. E ciò sia perché a tal riguardo non può essere invocato alcun legittimo affidamento da parte di chi (come il Comune convenuto) pur a fronte della posizione della giurisprudenza abbia stipulato una clausola compromissoria (con ciò all’evidenza mostrando di ritenere arbitrabili eventuali future controversie); sia perché – e più in generale – la Consulta da decenni riconosce la legittimità dello strumento delle leggi interpretative pur se (e proprio se) vi sia un orientamento giurisprudenziale costante di segno opposto⁴.

21. Quanto sopra risulta già in sé determinante nell’imporre un ripensamento della posizione espressa dalla giurisprudenza richiamata dal Comune, e nell’affermare l’arbitrabilità della controversia portata alla co-

gnizione del Collegio anche in forza delle “originarie” clausole compromissorie.

22. Che dall’art. 6, co. 2, discenda l’arbitrabilità della presente lite, peraltro, resta fermo anche prescindendo per un attimo dalla considerazioni già svolte. Contrariamente a quanto si legge nelle citate pronunce dei giudici di legittimità e di quelli amministrativi, infatti l’art. 6, co. 2, non si occupa della compromettibilità della lite, ma della sua decidibilità da parte di arbitri. Il testo dell’art. 6 è invero chiaro (“*le controversie ... possono essere risolte ...*”) nel dire che possono venire decise (e non già meramente essere validamente compromesse, nel qual caso potrebbe forse porsi il dubbio di doversene arguire la valenza solo *pro futuro*) in sede di arbitrato le liti vertenti su diritti soggettivi devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; con ciò sottolineando che, a prescindere dalla data dell’accordo (ove mai questa avesse rilevanza: v. *retro*) l’arbitrato si può fare ed il lodo che ne consegue è valido⁵.

23. La posizione del Collegio trova poi conforto altresì nella tesi, prospettata da attenta dottrina⁶, che vede nell’art. 6, co. 2, L. n. 205/2000 una norma processuale (e non sostanziale, come ritenuto dalla giu-

⁵ Analoghe riflessioni erano già state espresse dal Presidente di Codesto Collegio: si v. CONSOLO, *Sul “campo” dissodato della compromettibilità in arbitri*, in *Riv. arb.*, 2003, 250.

⁶ VERDE, *Nuove riflessioni su arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Riv. arb.*, 2007, 8 e ss. Analoga soluzione è stata accolta poi da altro Collegio Arbitrale (Presid. Greco, Arbitri a latere Benatti e Travi, lodo arbitrale non definitivo del 26.4.2006), mediante il richiamo alla già citata sent. n. 14545 del 12.7.2005 delle Sez. Un., la quale – proprio in forza dell’art. 5 c.p.c. – ammette l’operare dell’art. 6, co. 2, anche a giudizi pendenti nel momento della sua entrata in vigore: “*i rilievi svolti portano a ritenere che, nel giudizio d’impugnazione per nullità del lodo in cui si contesti l’affermazione degli arbitri di non poter pronunciare sui diritti soggettivi in discussione per la loro devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrati, la sopravvenienza dell’art. 6, co. 2, L. n. 205/2000, determinando la compromettibilità della lite per il mero fatto della sua inerenza soltanto a diritto soggettivi (ancorché sussista detta giurisdizione esclusiva), comporta l’accoglimento dell’impugnazione [N.d.R.: proposta avverso la sentenza della Corte d’Appello che aveva negato la arbitrabilità della lite]*”. In forza di ciò le Sez. Un. giungono così a concludere che “*la contesta promossa dalla società contro il Comune riguarda posizioni di diritto soggettivo (diritto alla risoluzione del rapporto ed al risarcimento dei danni per inadempimento ad impegni contrattualmente assunti), quindi è deferibile ad arbitri in base alla legge sopravvenuta, indipendentemente dal quesito circa la sussistenza su dette posizioni di diritto soggettivo della giurisdizione del giudice ordinario o della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*”.

⁴ Così sent. n. 123 del 5.9.1988; sent. n. 480 del 22.12.1992; sent. n. 402 del 18.11.1993; sent. n. 15 del 19.1.1995; sent. n. 311 del 12.7.1995; sent. n. 525 del 22.11.2000 e snet. N. 170 del 23.5.2008.

risprudenza) che ha eliminato il divieto (sussistente, secondo la giurisprudenza – ma v. *retro* – ed in forza del quale si affermava la nullità della clausola compromissoria) alla derogabilità della giurisdizione amministrativa in favore dello strumento arbitrale. Come tale questa disposizione sarebbe così operante non solo per i procedimenti arbitrali instaurati successivamente alla sua entrata in vigore (indipendentemente dal momento di stipula della clausola compromissoria), ma anche – in forza del principio della *perpetuo competentiae ac iurisdictionis* – ai processi allora pendenti.

24. Codesto Collegio peraltro non ignora che la natura innovativa dell'art. 6, co. 2 sia stata sostenuta da altra parte della dottrina che – con argomenti analoghi a quelli della giurisprudenza – ha escluso l'arbitrabilità di controversie sorte dopo l'entrata in vigore della L. n. 205/2000, ove la clausola compromissoria sia stata redatta in un momento anteriore, in forza della ritenuta invalidità della stessa⁷. In particolare, si afferma che la validità della clausola compromissoria vada valutata alla stregua dei principi in materia di interpretazione dei contratti, e così secondo la legge vigente al momento della sua stipulazione. Da ciò se ne arguisce la nullità insanabile per violazione della norma imperativa che impediva l'arbitrabilità di controversie vertenti su diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo.

25. Tale impostazione si fonda anzitutto sul riconoscimento dell'efficacia negoziale del lodo rituale, prospettato dalla giurisprudenza di legittimità a partire da Sez. Un., 3.8.2000, n. 527. Secondo questa tesi il lodo rappresenterebbe l'atto conclusivo di un procedimento di natura privatistica, finalizzato alla risoluzione della controversia mediante una regolamentazione negoziale degli interessi delle parti. Non è questa al sede per dar conto dei profili di criticità sottesi a tale ricostruzione, bastando qui riferire che la posizione della giurisprudenza di legittimità risulta fortemente contestata dalla quasi totalità della dottrina processualcivile.

26. Ai fini della risoluzione della questione pregiudiziale sulla quale il Collegio è chiamato a pronunciarsi, tuttavia, la tesi accolta in ordine alla natura dell'arbitrato rituale non ha rilevanza determinante. Anche infatti ammettendo per un attimo la correttezza degli



approdi giurisprudenziali, comunque l'assunto della nullità della clausola compromissoria per violazione di norme imperative non può trovare avvallo: il sistema, infatti, non fornisce indici per concludere per la sussistenza di una norma imperativa che escludesse l'arbitrabilità delle liti su diritti disponibili devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Anzi, è vero il contrario: l'arbitrabilità di tali liti – già ammessa dall'ordinamento – è stata “ribadita” esplicitamente dal legislatore del 2000 con una disposizione interpretativa tesa a sconfiggere il contrario orientamento giurisprudenziale.

27. Quanto sopra consente così al Collegio di affermare l'arbitrabilità della presente controversia senza necessità di vagliare altresì la possibilità – che pare ammessa, seppur con diverso fine, da alcune pronunce della Corte di cassazione (Sez. Un., 16.6.2003, n. 9560 e Cass. 2.5.2007, n. 10099, parte motiva) – che la violazione di norme imperative (che qui, però, non ricorre) non determini la nullità della clausola (o del contratto) se gli effetti di questa siano destinati ad esplicarsi dopo l'abrogazione della norma.

La “rinnovazione-ricostituzione” del rapporto concessorio tra il Comune di Y e X s.p.a.

28. Ad avviso del Collegio, può giungersi alla conclusione della arbitrabilità della controversia, anche alla luce di altro ordine di considerazioni.

Come esposto in fatto, con contratto in data 22.12.1999, la società X ha concesso in affitto alla società Z s.r.l. il proprio ramo di azienda comprendente anche i terreni in cui era localizzata la discarica.

Con delibera della Giunta Comunale n. 283 del 09.11.2000, il Comune, col procedimento previsto dall'art. 35 dell'allora vigente legge n. 109/1991, ha preso atto del subentro nella concessione della Z s.r.l., affittuaria.

Con comunicazione in data 13.12.2004, prot. 22556, l'Amministrazione, contestando inadempimenti della

⁷ Così A. CARACCIOLLO LA GROTTIERA, *Profili dell'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 721 e ss.; e G. CAIA, *Gli arbitri e la giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Giornale di dir. amm.*, 2002, 946 e ss.

società Z s.r.l., ha dato avvio al procedimento amministrativo finalizzato alla revoca della concessione.

Con successivo provvedimento in data 23.05.2005, prot. 9517, in esito a tale procedimento, ha disposto la *“revoca della concessione in essere per la gestione dell’attività relativa alla discarica”* e ordinato *“la consegna e messa a disposizione”* del Comune di Y o, per esso, di una *“nuova concessaria individuata con le procedure di legge”* dell’area della discarica, degli impianti e delle attrezzature. nonché di ogni garanzia, somma o deposito accantonato, in virtù del contratto di concessione in essere.

Infine, l’amministrazione in data 29.12.2005, su richiesta della ditta X, si è nuovamente determinata: ha disposto la revoca *“ed, ad ogni effetto, il ritiro”* nei confronti della società X Spa del provvedimento con cui era stata disposta la revoca della concessione per la gestione della discarica ed ha dato atto che il rapporto sarebbe proseguito *“unicamente tra il Comune di Y e la concessionaria X Spa, fermi gli effetti prodotti anche a regime di proroga, nel rispetto degli obblighi e secondo le modalità e le prescrizioni contenute nelle convenzioni in essere in premessa citate”*. Nelle premesse dei provvedimenti sono richiamati gli atti deliberativi approvativi delle convenzioni: tra essi, sia la deliberazione consiliare n. 112 del 20.09.1994, di approvazione della *“convenzione modificata”*, sia la deliberazione n. 7 del 31.01.1997, approvativa della *“convenzione aggiuntiva”*, i cui testi, rispettivamente all’art. 18 e all’art. 11, contengono la clausola compromissoria che ha dato origine al presente arbitrato.

29. La difesa della X spa valorizza in senso novativo la vicenda, sostenendo che il rinvio alle convenzioni modificativa e aggiuntiva a suo tempo stipulate, e quindi anche alle clausole compromissorie ivi previste, costituisce innovazione pattizia posta in essere dopo l’entrata in vigore della legge n. 205/2005 e quindi – a prescindere dalla retroattività o meno della novella – comunque idonea a radicare la competenza arbitrale per tutte le domande concernenti diritti soggettivi.

30. Ritieni il Collegio che tale conclusione debba condividersi, pur se attraverso un percorso argomentativo diverso da quello sviluppato dalla difesa X spa che nega la configurabilità, nel caso, di un rapporto di affitto ravvisando un’ipotesi di cessione del contratto.

31. Reputa invece il Collegio che si sia trattato di mutazione soggettiva del contraente di una convenzione amministrativa, legittimata dall’art. 35 della legge 109/1994.

La disposizione normativa, dettata per i lavori pubblici ma dalla giurisprudenza ritenuta estensibile anche

agli altri contratti (e che ora ha trovato generalizzazione nell’art. 116 nel codice dei contratti pubblici), consentiva la modifica del soggetto nei contratti con la pubblica amministrazione per effetto di cessioni di azienda, subordinata alla verifica da parte dell’amministrazione del possesso dei requisiti in capo al cessionario.

La giurisprudenza, già prima del codice dei contratti pubblici, aveva ritenuto applicabile il principio anche alla locazione.

Ritiene dunque il Collegio che legittimamente l’amministrazione, con il provvedimento in data 09/11/2000 n. 283, abbia preso atto del subentro nella concessione richiamata della società Z srl, locataria.

La decisione di revoca ha comportato il venir meno della concessione in essere.

32. Il provvedimento del 24 maggio 2005, di revoca della concessione, risulta per ciò riconducibile a quella fattispecie di revoca che la dottrina qualifica come decadenziale, disposta cioè non per una nuova e diversa valutazione del pubblico interesse, ma per la perdita dei requisiti soggettivi (nel caso di specie era intervenuto il fallimento) o comunque per l’inadempimento del concessionario agli obblighi contrattuali derivanti dal rapporto concessorio.

In effetti, oltre ad inadempimenti della società Z srl, la motivazione del provvedimento di revoca richiama, a presupposto, l’art. 5 della convenzione che consente al Comune appunto la revoca della concessione prima della scadenza quando (punto a), la concessionaria venga dichiarata fallita.

33. Il successivo provvedimento del 29 dicembre 2005 configura dunque, anche se in esso non vien utilizzato un linguaggio univoco e si adducono argomenti motivazionali non tutti linearmente convergenti, una vera revoca.

A conclusione di una motivazione in cui si fa riferimento sia all’esistenza di un’impugnazione per illegittimità del provvedimento di revoca nei confronti della X spa, sia al miglioramento della situazione ambientale, si conclude ritenendo *“sussistenti esigenze di interesse pubblico concreto ed attuale, legate sia al mutamento della situazione di fatto che alla valutazione degli originari profili di detto interesse che, anche nella comparazione tra necessità primarie della corretta e sicura gestione della fase post mortem della discarica e la posizione soggettiva consolidata dell’originario concessionario ricorrente con le sue aspettative (aspettative nella fattispecie particolarmente consolidate trattandosi non solo di rapporti negoziali già perfezionati ma soprattutto di prestazioni per lungo tempo eseguito) unitamente*

all'esigenza del ripristino della legalità possano sorreggere e giustificare il presente provvedimento".

In forza di tali premesse l'amministrazione *"revoca e ad ogni effetto ritira nei confronti della società X spa in persona del legale rappresentante pro tempore il provvedimento prot. 9617 del 23/05/2005 con cui è stata disposta la revoca della concessione per la gestione della discarica..."*.

34. La determinazione è stata assunta dopo l'entrata in vigore dell'articolo 14 della legge 11 febbraio 2005, n. 15, con il quale, introducendo l'art. 21 *quinquies* alla legge 241 del 1990, il legislatore ha disciplinato la revoca del provvedimento amministrativo, statuendo che essa determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti.

D'altro canto la giurisprudenza aveva già avuto occasione di precisare che la revoca di un precedente atto di revoca non pone nel nulla gli effetti in precedenza prodotti poiché esso incide sul precedente provvedimento di secondo grado con efficacia *"ex nunc"*, con la conseguenza che *"a seguito della revoca del precedente atto di revoca, non rivive il provvedimento amministrativo revocato"* (Cons. Stato, Sez. III, 29/04/2003 n. 1352 in *Foro Amm. CdS* 2003, 1706).

35. Il Collegio è consapevole che la qualificazione dell'atto amministrativo in termine di *"revoca"* (per ragioni di merito, con effetto *ex nunc*) ovvero di *"annullamento"* (per vizi di legittimità, con effetto *ex tunc*) deve prescindere dalla qualificazione formale adottata dall'amministrazione ed avere riguardo unicamente all'effettiva volontà manifestata dalla PA attraverso l'atto stesso (Cons. Stato, Sez. V, 15 ottobre 2003, n. 6316).

Ritiene peraltro che nel caso di specie dal testo del provvedimento in data 29 dicembre non emerga quale motivo prevalente la volontà di rimuovere un atto illegittimo bensì la valutazione di opportunità, sulla base di acquisizioni successive, di revocarlo.

Posto dunque che il provvedimento di revoca non poteva che avere efficacia *ex nunc*, senza rimozione retroattiva degli effetti del provvedimento di revoca – decadenza nel frattempo emanato, ritiene il Collegio configurabile la fattispecie di un riaffidamento a X spa della concessione revocata in capo alla ditta Z. Il contratto, dal 29 dicembre 2005, è proseguito dunque in virtù, nella sostanza, di una domanda di riaffidamento del servizio, stante la revoca precedente, da parte della ditta X e del consenso prestato dall'amministrazione, con la previsione, nel dispositivo del provvedimento del 29 dicembre 2005, che il rapporto sarebbe proseguito tra il Comune Y e la concessionaria X spa ... *"nel rispetto degli obblighi e secondo le*

modalità e le prescrizioni contenute nelle condizioni in essere".

In una fattispecie in qualche modo assimilabile, il Consiglio di Stato, in un precedente di alcuni anni fa, ma in linea con un principio consolidato, ha avuto occasione di chiarire che *"i fatti sopravvenuti all'annullamento di un atto amministrativo non ne inficiano la legittimità, né giustificano la revoca dell'atto di rimozione, essendo quest'ultimo un atto ad efficacia istantanea e non prolungata"* (Sez. V, 29/04/1991, n. 689 in *Foro Amm.* 1991, 1160, fattispecie nella quale il Giudice Amministrativo ha chiarito che, in luogo della revoca di un precedente annullamento, l'amministrazione, nella sopravvenienza di nuovi elementi, deve adottare, con effetto *ex nunc*, un nuovo atto di esercizio della funzione amministrativa).

36. Il provvedimento del 29 dicembre 2005 è dunque efficace (senza che il Collegio debba pronunciarsi sul rispetto della normativa vigente in materia di affidamento delle concessioni). Ne deriva che, anche a prescindere dall'operatività dell'art. 6 della legge 205 del 2000 alle clausole compromissorie stipulate prima della sua entrata in vigore, comunque, la clausola compromissoria, nel caso di specie, è contenuta in atti convenzionali innovati dopo l'entrata in vigore della legge.

37. Anche per tale profilo, si conferma così l'arbitrabilità della lite.

P.Q.M.

Il Collegio arbitrale, avente sede in Verona, nello studio del Presidente Prof. Avv. Claudio Consolo, riunitosi in conferenza personale per deliberare in data 5 e 25 agosto,

- 1) rigetta le eccezioni svolte in via preliminare dal convenuto Comune di Y;
 - 2) dichiara l'arbitrabilità della controversia portata alla sua cognizione;
 - 3) dà atto che – in forza della pronuncia del presente lodo non definitivo – il termine per la pronuncia del lodo definitivo è prorogato di 180 giorni (art. 820, co. 4, lett. c, c.p.c.);
 - 4) rinvia per la condanna alle spese al lodo definitivo.
- Così deliberato, all'unanimità, in data 5 e 25 agosto, in Verona, via Leoncino 16, in conferenza personale e sottoscritto in tre, completi di motivazione, dai tre Arbitri nei luoghi e giorni da ciascuno appresso indicati

Prof. Avv. Claudio Consolo
Avv. Lamberto Lambertini
Prof. Avv. Giovanni Sala

MARCO MAMOLI

L'arbitrato fiscale... (palleggio a dribbling fugace tra i profili fiscali dell'arbitrato)

69

Finale di partita (*play off*): il pubblico pagante rumoreggia (una parte si prepara ad esultare più dell'altra), l'arbitro fiscale sta per dare l'ultimo fischio (e si comincia a temere ¹).

Flache: siamo a posto col fisco nell'arbitrato in chiusura per l'indomani? D'un tratto se lo chiedono, se non i difensori delle parti, gli arbitri virtuosi e i diligenti segretari di collegio arbitrale. Meglio controllare subito: passaggio in studio veloce (la partita ormai è andata). Nel frastorno dubitativo da dove cominciare? Qualcosa a memoria sovviene, ma insomma...

Ricerca urgente di fonti reperibili al volo: il giovane addetto allo studio è prontamente convocato e comincia a raccogliere febbrilmente appunti sintetici (un poco come questi: altro non aspettatevi di trovare nel seguito, se non tracce). Pur senza pretesa di completezza, ne emerge un discreto coro di voci, con trattazioni anche corpose (benché non sempre aggiornate²) ed inizia da qui un primo orientamento ³.

¹ Ogni riferimento a fatti accaduti, nel veronese ed il 2 giugno 2012 in specie, è puro accidente.

² Appuntiamoci subito che le fonti di commento anteriori alla riforma dell'arbitrato di cui al D.Lgs. n. 40 del 2006 risentono dell'età almeno quanto alle riflessioni (con riguardo in specie all'imposta di registro) per l'ipotesi allora dibattuta del lodo emesso dagli arbitri ma non ancora depositato per ottenere il decreto di relativa efficacia, oggi attribuita invece espressamente dall'art. 824 bis c.p.c. alla decisione sin dal tempo della sua finale sottoscrizione arbitrale, salvo poi il decreto di esecutività in Italia da richiedere ex art. 825 c.p.c. per i lodi nativi (per quelli stranieri v. art. 839 c.p.c.).

³ Cfr. F. ROSTI, *Arbitrato e adempimenti fiscali*, in *I Contratti*, 2011, fasc. 12, 1179 ss.; R. DOMINICI, *Arbitrato (Dir. Tributario)*, in *Digesto Pluris on line*, Utet, 2008 (e già Id., *Il regime fiscale dell'arbitrato*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1999, f. 3, 856 ss.); L. NICOTINA, *Il regime fiscale dell'arbitrato*, *Dir. Prat. Trib.*, 2006, I, 515; TESAURO-VOZZA, *Profili fiscali dell'arbitrato*, in Buonfrate-Giandominici-Orlando (a cura di), *Codice degli arbitrati, delle*

Occorre però essere concreti e darsi un ordine per stringere e andare al sodo (in ottica prudenziale, pensa subito il professionista). Mettiamoci nella prospettiva pratica: chi risponderebbe al fisco e per cosa? I difensori delle parti stanno per solito a guardare (ma qualche riflessione potrebbero farla anche loro, se non svolta prima, nel caso abbiano prodotto in lite arbitrale atti non registrati ed invece soggetti a registrazione...), salvo comunque dover esser pronti a spiegare agli assistiti perché l'organo arbitrale pretenda che si pensi anche al fisco in corso di procedimento ⁴. Palla agli arbitri ed a chi li assiste (il giovane

conciliazioni e di altre ADR, Torino, 2006, 595; BUONO, *L'imposizione indiretta sugli atti emanati dai collegi arbitrali*, in *Rass. Trib.*, 2003, 1524; C. SACCHETTO, *Profili fiscali dell'arbitrato*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2000, 29 ss.; A. STESURI, *Gli aspetti fiscali dell'arbitrato*, Padova, 1999; G. REBECCA, *Aspetti fiscali dell'arbitrato*, suppl. a *Quaderni Giovani Dott. Comm.*, 1998, f. 1, 38-49; A. FANTOZZI-G. TINELLI, *Il regime tributario del processo civile*, in *Il processo civile*, dir. Da E. Fazzalari, Torino, 1994, 207-223; G. SARTO-V. POVIA, *L'arbitrato e i suoi riflessi fiscali*, in *Il Fisco*, 1994, 2913-2923; G. TINELLI, *Profili tributari dell'arbitrato*, in *R. Arb.*, 1993, 29-44 (v. anche Id., *Profili tributari dell'arbitrato*, in E. Caterini-G. Chiappetta, *L'arbitrato, fondamenti e tecniche*, Napoli, 1995, 215-228); A. COMOLA-F. GRAZIANO, *Arbitrato rituale, profili fiscali*, in *Corr. Trib.*, 1992, f. 24 (inserto); M. CARBONARI, *Gli aspetti fiscali dell'arbitrato*, in *Foro Padano*, 1991, 1, 6; A. DE FALCO, *Arbitrato rituale ed irrituale. Problemi civilistici connessi al trattamento fiscale*, in *Il Fisco*, 1987, 1605-1607; R. NOBILI, *La nuova legge di registro e l'arbitrato*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1975, I, 713-748.

⁴ Lo stesso avverrà ovviamente anche in caso di arbitrato c.d. "amministrato" da appositi organismi o camere arbitrali strutturate: per quei casi cfr. *si vis* R. SALLI, voce *Arbitrato amministrato*, in *Digesto Pluris on line*, Utet, 2008 (nonché in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sez. civ., aggiornam., I, a cura di E. Gabrielli - A. Iannarelli - A. Zaccaria, Torino, 2007), nonché C. SACCHETTO, *Gli obblighi tributari nell'arbitrato amministrato*, Milano, 1996.

convocato, forsanche segretario arbitrale, comincia a preoccuparsi...).

Vediamo per prima cosa che tributi possono venire in considerazione per saggiare la relativa disciplina, dal punto di vista della responsabilità (e della prevenzione).

Poi vedremo che altro sovviene, ma intanto la risposta immediata dei pratici in *brain storming* è: imposta di registro (D.P.R. 26.4.1986, n. 131 e successive modificazioni) e imposta di bollo (D.P.R. 26.10.1972, n. 642 e successivi aggiornamenti).

Ancora lei? L'imposta di bollo di antica memoria, con marche da applicare ogni 4 pagine, al modo dello storico "uso bollo" (esclama stupito il giovane "informatizzato", al quale forse andrà spiegata – con parentesi quasi da "amarcord" – la necessità teorica di calcolare il numero di battute per riga, su 25 righe per pagina... mentre credeva si trattasse solo di un'estetica forma grafica tralatizia dei modelli per pc). Chi ci pensava più in epoca di contributo unificato per gli atti giudiziari (ormai in vigore persino nel contenzioso tributario⁵) e che pur si sarebbe potuto ritenere esteso all'arbitrato (ma non lo è⁶). Negli anfratti normativi si an-

⁵ Sia il Dl 6 luglio 2011, numero 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, numero 111, che il Dl 13 agosto 2011 numero 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011 numero 148, sono intervenuti sul Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia (T.U.S.G.), di cui al D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115, al fine di introdurre e regolamentare anche nel processo tributario il contributo unificato già ampiamente utilizzato nel processo civile ad amministrativo (cfr. *si vis* Direzione Giustizia tributaria Min. Economia e Finanze, Circ. 21.9.2011, n.1/DF, per i primi chiarimenti applicativi correlati).

⁶ In realtà la disciplina sul contributo unificato per gli atti giudiziari del 2002 qualche dubbio "liberatorio" per gli arbitri avrebbe potuto farlo sorgere, leggendo l'art. 3, co. I, lettera o), del T.U.S.G. laddove definisce processo in sé "qualunque procedimento contenzioso o non contenzioso di natura giurisdizionale", accedendo alla tesi secondo cui l'arbitrato (almeno e specie quello rituale) è un procedimento paragiurisdizionale. Tuttavia per ora almeno il dubbio speranzoso (per gli arbitri forse: per le parti non è detto che il contributo unificato convenga, alle tariffe odierne, specie se i loro avvocati sanno essere sintetici) risulta da accantonare. In base all'art. 2 del T.U.S.G. infatti: "le norme del presente testo unico si applicano al processo civile, penale, amministrativo e tributario, con l'eccezione di quelle espressamente riferite dal presente testo unico ad uno o più degli stessi processi". Dunque per includervi l'arbitrato occorrerebbe andare ben oltre l'affermazione della sua natura paragiurisdizionale, qualificandolo *tout court* come vero e proprio processo civile, andando però oltre il segno. Il tema sistematico è davvero interessante, ma supera le ridotte forze in campo. Valga a chiudere in "cate-

nida sempre quel balzellante tributo. Infatti l'art. 20 della Tariffa per l'imposta di bollo ancora si riferisce a: "atti e provvedimenti dei procedimenti giurisdizionali civili e amministrativi; atti e provvedimenti dei collegi arbitrali, per ogni foglio" (appunto il memorando foglio "uso bollo").

Quindi, per farla breve, ancora tutto da bollare al vecchio stile, sia gli atti di parte⁷, sia gli atti e provvedi-

naccio" difensivo (ed anche a incuriosire i cultori sui fondamenti) la sintesi per cui: "Anche dopo la novella del 2006, in effetti, l'arbitrato costituisce un procedimento di natura squisitamente privatistica, ontologicamente alternativo alla giurisdizione statale ed operante sul terreno dell'autonomia negoziale delle parti; sicché gli arbitri non possono dirsi sostituti dei giudici ordinari, tanto più che sono privi anche delle qualifiche di pubblici ufficiali o di incaricati di pubblico servizio, secondo la stessa lettera dell'art. 813, comma 2°, c.p.c.". Per più analitici argomenti v. meglio l'autore: C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2012, II ed., vol. I, specie nei passi dedicati ad illustrare "il regime dei rapporti tra arbitri e giudici ordinari dopo la <<svolta>> negoziale del 2000", pagg. 176-214 (e spec. pag. 198 per la sintesi testé citata). La menzionata svolta è riferita alla nota sentenza delle Sezioni Unite n. 527 del 3.8.2000 che orientò, sia pure incidentalmente, per il riconoscimento di natura e funzione contrattualistica all'arbitrato anche rituale (v. *Corr. Giur.*, 2001, 51 ss., con premessa di commento di C. CONSOLO e note di RUFFINI e MARINELLI, *Le sezioni unite fanno davvero chiarezza sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione?*; v. anche *Riv. Arb.*, 2000, 699 ss., con nota di FAZZALARI, *Una svolta attesa in ordine alla "natura" dell'arbitrato*; *Riv. Dir. Proc.*, 2001, 254 ss., con nota di RICCI, *La natura dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le sezioni unite*; *Giust. Civ.*, 2001, I, 761 ss., con nota di MONTELEONE, *Le sezioni unite della cassazione affermano la natura giuridica negoziale e non giurisdizionale del c.d. "arbitrato rituale"*). Per un riferimento più aggiornato alla rilevanza sistematica del tema cfr. altresì il commento a Cass. 30.8.2002, n. 12714, in *Corr. Giur.*, 2003, 632 ss., con ampia nota di CONSOLO-MARINELLI, *La cassazione e il "duplice volto" dell'arbitrato in Italia*, ivi, 678 ss.; più recentemente ancora C. CONSOLO, *Deleghe processuali e partecipazione alla riforma della Cassazione e dell'arbitrato*, in *Corr. Giur.*, 2005, 1189 ss.; per un quadro ancor più aggiornato, non essendovi pretesa qui di sviscerare il raffinato dibattito, a sintesi si veda la recente opera di PUNZI, *cit.*, spec. I, parr. 3.7-3.10, pagg. 109 ss.).

⁷ Per le memorie difensive delle parti occorreranno le marche da bollo applicate sull'originale (destinato alla conservazione nel fascicolo arbitrale), calcolate però a rigore (almeno duplicando le marche, in pratica) anche per la c.d. copia di scambio destinata alla controparte (mentre non necessita bollatura per le copie semplici destinate a ciascun arbitro o alla segreteria, essendo destinate a loro mero "uso interno": cfr. art. 20, nota 2, Tariffa). Nel caso di contraddittorio soggettivamente complesso (per quanto non così frequente in arbitrato) si porrà poi ancora l'antico problema di quali e quante siano le "controparti", ma qui sovengono le prassi ben note ai pratici di cancelleria (abilissimi a distinguere tra scam-

menti tutti (sì, tutti ⁸) che siano inerenti la procedura arbitrale (iniziando a ben vedere dalla stessa previsione negoziale fondante di “compromesso in arbitri” che pur sta a monte del procedimento ⁹), nonché poi ovviamente il lodo finale ¹⁰.

Semplice e chiaro, osserva l'arbitro: questo sì che è ragionare (il giovane che assiste è un poco sbigottito: per orientarsi ha sudato come Oriali, lì nel mezzo, tra

bi coi veri contraddittori da quelli “di cortesia” per le altre parti rispetto alle quali non pendano reciproche domande). Resta poi sempre da ricordare la bollatura della procura delle parti ai rispettivi difensori che sconta bollo, autonomo, ex art. 20 della Tariffa, punto 6.

⁸ Si bolleranno così ordinanze e provvedimenti arbitrali di qualsivoglia genere, come ad esempio la nomina di CTU e la sua accettazione, se non è contestuale, e poi la stessa CTU (meglio ricordarlo al perito), dato che è un atto del procedimento anch'essa (cfr. art. 20 Tariffa, parte I, e relative note in cui non figura esclusione per la CTU; le memorie dei CTP invece non sono da considerare atti del procedimento e dunque non si bolleranno). Anche i verbali? A ben vedere sì, in quanto atti del procedimento arbitrale per tali tassati, a differenza (merita evidenziarla) dei verbali che sotto giurisdizione ordinaria non lo sono (anzi, non erano) neppure al tempo delle storiche “marche” (è che per questi soli, e non per i verbali arbitrali, fu dettata la previsione espressa di cui all'art. 20, punto 2, della Tariffa sull'imposta di bollo: quella che lasciava in carta libera atti del giudice o del cancelliere, salvo le sentenze ed i verbali di conciliazione, ossia ciò che era destinato a divenire esecutivo).

⁹ In effetti ai fini dell'imposta di bollo anche tale dichiarazione di volontà delle parti (necessariamente scritta, quale che sia la natura dell'arbitrato voluto: cfr. artt. 807 e 808 *ter* c.p.c.) ricade nella previsione impositiva, quale atto fondante del procedimento. Tuttavia se si tratta propriamente di clausola compromissoria, contenuta cioè in negozio più ampio (che già avrà la sua naturale disciplina fiscale) non occorrerà bollatura apposita, a mente dell'art. 13, Co. III, n. 15 del D.P.R. n. 642/9172, trattandosi di negozio globale che ricade nella categoria degli “atti contenenti più convenzioni, istanze, certificazioni o provvedimenti, se redatti in unico contesto” (manifestazione questa del c.d. principio di “cartolarità” dell'imposta di bollo, per cui non conta quanto si esprime, la sua efficacia o validità, ma quanti fogli si usano per esprimere la dichiarazione). Se invece vi è un autonomo negozio per compromesso in arbitri l'esenzione si avrebbe solo nel caso di conclusione a mezzo di scambio di corrispondenza (combinato disposto dell'art. 2, co. I, D.P.R. 642/1972 e art. 24, parte II, della Tariffa correlata).

¹⁰ Opportuno è ricordare qui ai più giovani assistenti che il lodo si caricherà di bolli al triplo: per l'originale conservato in fascicolo arbitrale e per due copie attestata conformi da comunicare alle parti ex art. 824 c.p.c., bollate anch'esse poiché sono concretamente due altri originali (e proprio quelli destinati a circolare e ad essere verificati fiscalmente dall'Ufficio del Registro, almeno e specie in caso di deposito ex art. 825 c.p.c.).

appunti e note, arrivando ... ad essere “sintetizzato” così!).

Meglio segnarsi tutto e segnalarlo subito alle parti ¹¹, sin dal basilare atto costitutivo di “insediamento” (dell'arbitro singolo o del collegio) che disciplinerà il procedimento, anche per questi profili diciamo pure prosaici, sorvegliando nel seguito che i difensori adempiano: sarà utile sia per evitare discussioni poi – v. subito oltre – sia quale monito a sintetica brevità (forse), così da dedicarsi finalmente a questioni più amene, senza soverchi pensieri bollatori ¹².

Almeno per gli atti di svolgimento del procedimento arbitrale in sé un problema si può così accantonare ¹³.

¹¹ Con lo stesso stile efficace, preciso e alleggerente, con cui i maestri d'arbitrato accorti rammentano di chiarire sin da principio che sono a carico delle parti le spese d'eventuale CTU da anticipare, i costi di segreteria del collegio etc. etc., oltre a prenotare *ab initio* saggia elasticità per il fatidico termine di pronuncia del lodo e relative proroghe (che più di tutto ha da preoccupare, in fondo, ex artt. 813 *bis* e *ter* c.p.c.).

¹² Un minuzioso potrebbe qui soffermarsi (poco amenamente) a distinguere sulla debenza dell'imposta di bollo in termine fisso o solo in caso d'uso (analogamente a quanto rileva per l'imposta di registro, ma con identificazione diversa del “caso d'uso”: su ciò v. *infra*), il che tuttavia non pare di grande utilità per gli atti inerenti il procedimento arbitrale. La Tariffa relativa al D.P.R. 642 del 1972 indica che ai fini del bollo il rinvio di bollatura fino al caso d'uso varrebbe per atti formati all'estero (ipotesi che interesserà semmai solo per rare ipotesi di procedimenti con sede fuori dai confini e/o per atti del procedimento colà formati che abbiano poi a “compare” in Italia), oppure per atti formati a mezzo di corrispondenza (il che non può accadere certo né per le difese, né per gli atti degli arbitri: anche in caso di collegio che deliberi in “teleconferenza” l'atto sarà sempre quello che rappresenta il deliberato, a firma del presidente all'uopo delegato preventivamente).

¹³ Ricompare il “minuzioso” che già si è affacciato prima (probabilmente era in studio già ed anche durante la partita, lodevolmente...in agguato). Ma viene qui prontamente richiuso in altra nota, a confinamento (non se ne può già più in effetti): non venga a dire che c'è da considerare il regime di bollo degli atti anteriori all'arbitrato (ossia negozi a monte, anche del compromesso) per i quali occorrerebbe vagliare se siano “ricevibili” in arbitrato e/o debbano essere “regolarizzati”. *Vade retro!* Con ferma cortesia e olimpica calma lo si previene osservando che la produzione in arbitrato di atti pregressi non bollati non costituisce “caso d'uso” (che ex art. 2, co. II, del D.P.R. n. 642/1972 si ha solo quando “sono presentati all'ufficio del registro per la registrazione”). Mentre se mai fossero stati soggetti a bollatura originaria in termine fisso restano comunque utilizzabili in ambito arbitrale ex art. 19 del D.P.R. 642/1972 (secondo cui, come in Tribunale, anche “...i segretari, nonché gli arbitri non possono rifiutarsi di ricevere in deposito o accettare la produzione o assumere a base dei loro provvedimenti, allegare o enunciare nei loro atti, i docu-



Non tragga in tentazione invece, per inciso, l'accostamento dei due periodi della Tariffa ora citati (il primo che si riferisce ai procedimenti giurisdizionali ed il secondo alle fattispecie arbitrali, sì che queste paiono "affiancate" a quelli almeno ai fini del bollo). Anche se si trattasse di arbitrato irrituale o "libero" (volto a conseguire dagli arbitri "determinazione contrattua-

menti, gli atti e registri non in regola con le disposizioni del presente decreto" in materia di bollo). Semmai col "precisino" si sorvolerà, anche per non dargli esca, sul dubbio che sussista per gli arbitri quantomeno un obbligo di trasmissione degli atti all'ufficio del registro per la regolarizzazione (seconda parte dell'art. 19 cit. che rimanda poi al 31 per le modalità operative presso detto ufficio). Qui la dottrina ("minuziosa") distingue e si divide: L. Nicotina (*cit.*, 550) è più fiscale del tranquillizzante ed a mio avviso ampiamente condivisibile R. Dominici (*cit.* 1, passo 1.2, punto b) che esclude invece obblighi trasmissori (menzionando anche le posizioni intermedie di Tinelli e La china); il pratico comunque la fa breve ed osserva piuttosto semplicemente che norma obbligante non si rinviene e comunque la sanzione pecuniaria amministrativa ipotetica, semmai, non è certo esiziale (art. 24 D.P.R. n. 642/1972, come sostituito dall'art. 5, co. I, lett f, D.Lgs. n. 473/1997), a parte poi il calcolo (im)probabilistico di relativa applicazione.

le" sull'oggetto di lite, come dalla riforma del 2006 indica l'art. 808 *ter* c.p.c.) risulterebbe rischioso ritenere non dovuta l'imposta di bollo (oltre che per più salde ragioni sistematiche che escludono parificazione: v. già sopra in nota), poiché a ben vedere la disposizione tariffaria non distingue per natura dell'arbitrato¹⁴. Per tacer del fatto che assai spesso questa non è affatto chiara e predeterminata all'inizio ed in corso di procedimento, essendo profilo sovente sottoposto in

¹⁴ Si potrà dire semmai che anche nel caso dell'arbitrato irrituale è al giorno d'oggi incongruo continuare a pretendere bollatura per gli atti interni del procedimento, visto che in fondo quel che conta è il lodo negoziale che ne sortirà (come nel caso del rituale, peraltro, sul quale però incomberebbe alternativamente il contributo unificato), ma resta prevalente il pensiero pratico e prudenziale in questa sede. Specie poi se si tiene conto che gli arbitri liberi, operanti in concreto quali mandatari negoziali delle parti, andrebbero per taluno considerati responsabili per tali anche in proprio per il versamento dell'imposta di bollo dovuta (e così neppur solo per la sanzione da ritardata regolarizzazione, secondo L. NICOTINA, *cit.*, spec. 557), benché solo con riguardo agli atti del procedimento arbitrale (questo solo è loro mandato di ben svolgere, anche dal punto di vista fiscale: non rientra nel loro mandato invece "regolarizzare" atti negoziali a monte).

sé proprio alla decisione arbitrale: più arduo sarebbe poi (una volta deciso in lodo per la ritualità) recuperare eventuali “anticipazioni” per bollatura, non svolta dalle parti, esposte magari solo in occasione della liquidazione finale dei compensi arbitrali o nella correlata notula di uno dei membri del collegio (o, ancora peggio, in quella eventuale del giovane segretario: questo, già in ambasce da ricerca urgente per cui è stato convocato, comincia a calcolare febbrilmente, per numeri di pagine, importi per lui forse orrendamente insostenibili).

Messo “in bolla” il fascicolo arbitrale, la situazione comincia ad assestarsi e si può passare all’imposta di registro. Il giovane in studio prende fiato e si prepara ad altra parte titanica dell’impresa, ma coglie una certa, curiosa, serenità nell’esperto arbitro. Non dovrebbe essere la parte più complicata? Forse sì, forse no. Andando subito al sodo (se no si torni alla nota di bibliografia per curiosare nei molti e dettagliati contributi in materia, che non guasta mai) l’arbitro si può ben attestare sull’art. 65, co. VI, del D.P.R. n. 131 del 1986 che lo esonera da qualsiasi responsabilità qualora pur prenda a base delle decisioni atti anteriori soggetti a registrazione in termine fisso e non registrati (a differenza di quanto prevedeva invece l’anteriore art. 63, ult. co., del D.P.R. n. 634 del 1972 che imponeva un obbligo di trasmissione all’ufficio del registro, oggi non più esistente).

In sintesi, si dice l’arbitro, se non vi sono né divieti di utilizzo, né obblighi di segnalazione, siamo a posto ed abbiamo mano libera. “Time out”, chiama però, dato che un po’ ne ha viste: in quel caso trattato tempo fa per lite ereditaria non sorse una questione (accantonata poi perché l’imposta di successione non v’era più)? Prontamente il giovane cerca e trova: art. 48, co. 2, ultimo periodo, del D.Lgs. n. 346 del 31.10.1990, Testo Unico delle disposizioni concernenti l’imposta sulle successioni e donazioni¹⁵. Questa norma, prevedendo obblighi e divieti a carico di terzi (in sostanza come nel caso dell’imposta di registro, con espressa esclusione di oneri per giudici e arbitri), in effetti indica in chiusura che (giudici e) arbitri debbono “comunicare all’ufficio del registro competente, entro quindici giorni, le notizie relative a trasferimenti per causa di morte ap-

prese in base agli atti del processo”. Se di questa materia si tratta nell’arbitrato, che si fa? Si mantiene la calma e si legge anche il successivo art. 53 del T.U. che in tema di sanzioni... non ne prevede (almeno per gli arbitri e quanto all’obbligo di segnalazione testé evocato)¹⁶. Buono a sapersi dunque, ma via subito a *dribbling* veloce con passaggio oltre (il giovane ansioso oscilla, fra lo stordito e l’ammirato per una certa quale agilità del gioco¹⁷).

A questo punto resta solo da considerare il lodo che va ad essere confezionato (previa bollatura, come già s’è detto). Serve agli arbitri preoccuparsi dell’imposta di registro da liquidarsi poi, in relazione al contenuto della decisione? No in verità, risponderà l’assistente ormai allenato dallo studio, poiché se ne occuperanno (ex art. 10, co. I, lett. c, del D.P.R. n. 131/1986) semmai i cancellieri del Tribunale dove fu posta la sede dell’arbitrato, al tempo dell’eventuale deposito ex art. 825 c.p.c. del lodo che svolgerà la parte interessata a vederlo eseguito forzatamente in Italia previo apposito decreto (accompagnandovi il deposito anche dell’atto che contiene la convenzione d’arbitrato, come la norma richiede¹⁸), con seguito della relativa liquidazione

¹⁶ Testualmente la disposizione così recita: “Chi viola i divieti stabiliti dall’articolo 48, commi da 2 a 4, o non adempie all’obbligo di cui al comma 5 dello stesso articolo, è punito con la sanzione amministrativa dal cento al duecento per cento dell’imposta o della maggior imposta dovuta in relazione ai beni e ai diritti ai quali si riferisce la violazione”. Il punto è che gli arbitri in base al co. 2 non subiscono divieti (sanzionati), ma solo un obbligo di segnalazione (che è diverso da quello del co. 5, unico ad essere sanzionato).

¹⁷ Prende anzi davvero gusto e prova qualche passo da sé: ha pronto lui il placcaggio per il già confinato “solerte” che vorrebbe ancora intervenire ed evocare il caso di arbitrato irrituale, con dubbio d’eventuale responsabilità degli arbitri quali mandatarie delle parti. Qui non passa poiché l’obbligo della parte che rileverebbe è semmai quello di presentazione della dichiarazione di successione ex art. 28 del T.U., ma tale norma obbliga solo “i chiamati all’eredità e i legatari... ovvero i loro rappresentanti legali” (oltre a curatori d’eredità giacenti ed esecutori testamentari), sicché gli arbitri resterebbero esclusi, pur quando da considerarsi mandatarie negoziali.

¹⁸ Qui tornerà ad emergere la tematica della tassazione di registro per l’atto di convenzione arbitrale, ma a cura e carico delle sole parti (poiché il deposito presso le cancellerie giudiziarie costituirebbe “caso d’uso” ex art. 6 del D.P.R. n. 131/1986). Naturalmente i loro legali ci avranno semmai pensato prima, ad esempio facendolo stipulare per iscritto ex artt. 807 o 808 *ter* c.p.c., se in forma di compromesso a sé stante, ma (per prevenire sanzioni da ritardata registrazione rispetto a termine fisso, al tempo di deposito ex art. 525 c.p.c.) confezionato con modalità soggette a registrazione so-

¹⁵ L’imposta sulle successioni e donazioni, in effetti già soppressa dagli articoli da 13 a 17 della L. 18 ottobre 2001, n. 383, è stata nuovamente istituita dal comma 47 dell’art. 2, D.L. 3 ottobre 2006, n. 262, come sostituito dalla relativa legge di conversione, fatto salvo quanto previsto dai commi da 48 a 54 dello stesso articolo 2.

d'imposta da versare entro 60 giorni dall'avviso di liquidazione¹⁹. Se invece il decreto d'esecutività non viene richiesto, come è ben possibile (ad esempio in caso di esecuzione spontanea o quanto meno opportuna, a risparmio fiscale), il lodo resterà fiscalmente

lo in caso d'uso, ossia in forma semplice (non notarile, né autenticata) e a mezzo di corrispondenza (facendo riferimento all'art. 5 del D.P.R. n. 131/1986 ed alla relativa Tariffa, parte II, art. 1), oppure all'estero (per il principio di territorialità dell'imposta con riguardo al luogo di formazione dell'atto, a parte il caso di trasferimento di diritti reali "nazionali": art. 2 D.P.R. n. 313/1986) e curando comunque di non includervi riferimento espresso a prestazioni di contenuto patrimoniale (come avverrebbe nel caso di menzione del compenso arbitrale in presenza di contestuale accettazione negoziale). A parte sempre la soggezione dei rapporti invece all'Iva, naturalmente, che porta da sé ad imposta di registro solo in caso d'uso e sempre in misura fissa per il noto principio di alternatività tra le due imposte (art. 5, co. II). Queste però son quistulie, mentre l'attenzione dei legali, per far buon servizio anche dal punto di vista fiscale, dovrebbe cadere sull'astenersi dal menzionare in compromesso atti e contratti originariamente soggetti a registrazione (in misura proporzionale) e non registrati. Evitarlo è bene, poiché il compromesso andrà depositato assieme al lodo per ottenere il decreto d'esecutività, con conseguente trasmissione all'ufficio del registro da parte della cancelleria: magari il compromesso in sé sconterebbe la sola imposta fissa (quale negozio non riguardante prestazioni a contenuto patrimoniale), ma se in esso, magari in articolate e iper-diligenti premesse analitiche, si enuncia un negozio a monte da registrare e non registrato, l'ufficio non mancherà probabilmente di tassarlo per bene ex art. 22 del D.P.R. n. 131/1986, con tanto di pena pecuniaria per la mora. Si dirà che son cose note, giustamente, ma ricordarsele può esser utile per quando si chiudono le cose al volo (senza *memento fisci*).

¹⁹ Analoga sorte impositiva subiranno naturalmente, *mutatis mutandis*, anche i lodi stranieri che si vogliano far valere in Italia, a mente dell'art. 839 c.p.c.: anche qui vengono in considerazione fiscale infatti i conseguenti "provvedimenti che dichiarano esecutivi lodi arbitrali" (art. 8 Tariffa D.P.R. n. 131/1986) emessi stavolta dalle competenti Corti d'Appello. Utile può essere segnalarlo alla parte straniera che voglia eseguire in Italia un lodo ad esempio di "corposetta" condanna a pagamento, potendolo fare magari anche all'estero in parallelo (il "pressing" multi-fronte è certo soddisfazione bellica in sé, ma se sconta imposta proporzionale e vi sono alternative da saggiare prima...). Per i lodi stranieri il bollo verrà in considerazione? A rigore no, poiché è imposta cartolare su atti d'origine italiana, come vedemmo, ex art. 2 D.P.R. n. 642/1972. Meglio ricordare però che v'è sempre il caso d'uso (quando un atto si deposita per la registrazione) e che l'art. 30 della Tariffa di bollo, parte II, vi assoggetta gli atti provenienti dall'estero aventi contenuti corrispondenti a quelli degli atti soggetti all'imposta nello Stato (se il decreto di "riconoscimento" va all'ufficio del registro assieme al lodo cui accede: zac?!). Stimolato dall'udire la chiosa si

"latente" e verrà tassato semmai solo alla prima occasione effettiva di successivo "caso d'uso"²⁰.

A patto che si tratti di arbitrato rituale... (il giovane assistente, ormai stanco e stordito, fatica a gustare la chiosa allusiva, presentatagli al modo del classico colpo di teatro).

Ma come, non è ancora finita? No, in effetti, perché nell'arbitrato irrituale gli arbitri potrebbero forse considerarsi solidalmente responsabili con le parti in lite per il versamento dell'imposta di registro relativa all'atto (il lodo) che essi per mandato delle stesse formano, si dice da taluno (cfr. L. Nicotina, cit., spec. 546²¹), facendo riferimento ad interpretazione della Cassazione (che un poco a fatica si trova citata dall'A. a pag. 541, nota 79: Cass. 7.5.11975, n. 1761 e Cass. 24.1.1981, n. 544) secondo cui rientrerebbero nel concetto di "parti contraenti" anche i mandatari delle

riaffaccia l'inesausto "precisino" (prendersi un aperitivo fuori no?) ed osserva che il lodo sarà straniero di massima se la sede d'arbitrato è all'estero, questo essendo il criterio di fondo (per orientarsi in breve cfr. il commento all'art. 839 c.p.c. in *Cod. Proc. Civ. commentato*, a cura di C. CONSOLO, Ipsos, 2010, III, 2107, nonché in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, a cura di M. BENEDETTELLI - C. CONSOLO - L. RADICATI DI BROZOLO, collana *Breviaria Iuris* Cedam, Padova, 2010). Ma se il lodo viene confezionato (ossia infine firmato) in Italia, come ben potrebbe avvenire anche in caso di sede "formale" all'estero, si potrebbe dover dire che esso andrebbe a rigore bollato *ab origine* (sì, certo, tuttavia...: "grazie caro, vai pure che è tardi").

²⁰ Il combinato disposto dell'art. 37 del D.P.R. n. 131/1986 e dell'art. 8, parte I, della relativa tariffa sottopone a tassazione in termine fisso di registro solo i provvedimenti che dichiarano esecutivi i lodi arbitrali, mentre si applicherebbe qui l'art. 2, co. 2, della parte II della Tariffa sul caso d'uso (come da art. 6 del D.P.R. n. 131) riguardante i "lodi arbitrali non dichiarati esecutivi". Piuttosto merita segnalare (come mero cenno a temi semmai da approfondire a sé) che secondo taluno, anche il deposito del lodo in Corte d'Appello per l'impugnazione ex art. 828 c.p.c. sarebbe un "caso d'uso" (cfr. L. NICOTINA, cit., spec. 538-539), ma altri lo nega (R. DOMINICI, cit., par. 1.4), osservando che si tratterebbe semmai di caso di produzione correlata alla richiesta di esercizio di funzioni statali giurisdizionali, e non amministrative, sicché non ricorrerebbe il presupposto di cui all'art. 6 del D.P.R. n. 131/1986 (che si avrebbe invece, ad esempio, qualora ne venga richiesta la trascrizione per trasferimento di diritti reali).

²¹ Afferma l'A. che si tratterebbe di "soluzione congruente" con la ricostruzione della natura dell'arbitrato libero quale sostanziale espressione, tramite il lodo, di un accordo transattivo, con l'effetto che necessiterebbe di norma assoggettamento all'imposta di registro a mente dell'art. 29 del D.P.R. n. 131/1986, in termine fisso ed a prescindere da eventuale esecuzione spontanea (a differenza dal lodo rituale), ma sul punto molto vi sarebbe da discutere sin dalla radice.

parti stesse, e così anche gli arbitri irrituali, facendoli ricadere nella disciplina di cui all'art. 57 del D.P.R. n. 131/1986 sui "soggetti tenuti al pagamento"²². La perplessità del giovane assistente a questo punto è somma. In effetti quella tesi solidaristica estensiva non convince ed andrebbe esclusa, come altri autori opportunamente notano²³. Tuttavia, poiché si tramanda che nella prassi gli uffici del registro abbiano talora inviato avvisi di liquidazione anche agli arbitri irri-

²² L'art. 57 del D.P.R. n. 131/1986 al co. 1 indica in sé che: "sono solidalmente obbligati al pagamento dell'imposta le parti contraenti, le parti in causa, coloro che hanno sottoscritto o avrebbero dovuto sottoscrivere le denunce di cui agli artt. 12 e 19 e coloro che hanno richiesto i provvedimenti di cui agli artt. 633, 796, 800 e 825 del Codice di procedura civile". Gli arbitri con le denunce di cui agli artt. 12 e 19 non hanno a che fare (trattasi di denunce di eventi successivo al contratto, come l'avveramento di condizione sospensiva, oppure di contratti verbali). L'aggancio per la solidarietà degli arbitri irrituali si fonderebbe così tutto e solo sulla loro pura e totale equiparazione alle parti mandanti (come si riterrebbe anche da parte di TINELLI-FANTOZZI, cit., 222), il che lascia appunto non poco perplessi. Il lettore attento avrà piuttosto notato pocanzi il riferimento solidaristico dell'art. 57 a "coloro che hanno richiesto i provvedimenti di cui agli artt. ...825 del codice di procedura civile" (parti a parte, poiché esse compaiono nell'esordio della disposizione!): il pratico anche qui subito si annota, prima ancora di studiare ad approfondimento (meriterebbe, ma è sempre maledettamente poco il tempo...) che la parte assistita il decreto di esecutività è meglio se lo chiede a firma propria, come sembra possa ben fare (e comunque almeno con ampia e rassicurante manleva o meglio con congrua anticipazione di fondo spese ad uso registro!).

²³ Cfr. per questa posizione negativa A. STESURI, cit., 172-174 (nonché In., *Gli arbitri – mandato, responsabilità e funzioni*, Milano, 2001, 163-166), e REBECCA, cit., 42, in base al rilievo che l'arbitro, ancorché irrituale, non agisce quale puro mandatario delle due parti, ed ancor meno di una sola, per una "negoiazione", ma quale giudice in veste imparziale. Per una prospettiva diversa ma interessante e che valorizza argomento analogo cfr. la decisione della Corte di Giustizia CE del 16.9.1997, C. 145/96, in *Riv. Arb.*, 1998, 79, con nota di TINELLI, *Prestazioni professionali e prestazioni d'arbitrato nella disciplina dell'imposta sul valore aggiunti*, in *Riv. Arb.*, 1998, 83 ss.; l'attenzione cadeva qui peraltro sul profilo della territorialità della prestazione dell'arbitro in relazione al luogo (Stato) d'abituale esercizio professionale e/o a quello della sede dell'arbitrato di cui viene investito (qui solo ad assaggio: la Corte CE ha infine indicato che per l'arbitro prevale su ipotizzabili deroghe, che valgono solo per l'attività di avvocato, il criterio generale di territorialità Iva riferita al domicilio o residenza del soggetto che rende la prestazione; cfr. *si vis* anche un richiamo a sintesi in A. BRIGUGLIO-L. SALVANESCHI, *Commentario al regolamento di arbitrato della Camera di Commercio Internazionale*, Milano, 2005, 542-544, commentato all'art 31 del regolamento ICC).



tuali, si coglie la logica di talune clausole di salvaguardia che arbitri prudenti (troppo?) farebbero inserire sin dal momento dell'accettazione della nomina, anche se poi è difficile darvi sostanza operativa²⁴. Va pe-

²⁴ Un metodo praticato si dice sia quello di condizionare sospensivamente l'emanazione del lodo, ed il decorso del relativo termine, al preventivo deposito ad onere delle parti delle somme che si possano prevedere necessarie per la registrazione dell'emettenda decisione: non poco macchinoso come ognuno vede (specie se solo con la stessa si andrà a stabilire se l'arbitrato è rituale o no, per tacer delle modalità di deposito e custodia della somma etc.). Non si potrebbe trovare un modo di emettere lodo irrituale evitando – in via di fatto – che sia soggetto a tassa di registro in termine fisso dalla data di sottoscrizione degli arbitri (come nuovo negozio che regola i rapporti *inter partes* sottostanti alla lite: cfr. Ris. Min. 25.11.1983, n. 249964, in *Boll. Trib.*, 1984, 49), e così anche l'interpretazione ne ipotizza responsabilità fiscale diretta? Forse sì, con un poca d'immaginazione pratico-combinatoria (il giovane ci prende sempre più gusto e mette del suo, a *divertissement*): se ci si ingegnasse appena a confezionare il lodo-negozio a mezzo scambio di corrispondenza? Ad esempio, in caso di deliberazione collegiale, il presidente invia il testo-proposta agli altri due arbitri che rispondono in due righe che dichiarando di accettarlo e farlo proprio come lo-



raltro rammentato anche, un poco consolatoriamente (specie per chi si occupa di commerciale), che in base al co. V dello stesso articolo 57: *“Per gli atti soggetti a registrazione in caso d’uso e per quelli presentati volontariamente alla registrazione, obbligato al pagamento dell’imposta è esclusivamente chi ha richiesto la registrazione”*. Il che consente di escludere obblighi solidali, per arbitri ed altre parti, nel caso di lodo irrituale che riguarda prestazioni soggette ad Iva, dato il principio di alternatività di essa all’imposta di registro (che resta dunque limitata al caso d’uso, sotto la responsabilità di versamento tutta in capo solo a chi vi da luogo). Si può andare infine a chiusura, dedicandosi alla discussione collegiale e alla stesura della motivazione

do definitivo (con l’arbitro singolo va pensato il modo, ma volendo ci si arriva). Si avrebbe in effetti un atto negoziale a contento “lodevole”, ma soggetto a tassa di registro solo in caso d’uso ex art. 6 DPR n. 131/1986, almeno nelle fattispecie (peraltro limitate e da controllare bene di volta in volta) previste dall’art. 1, co. I, lett. a, della parte II della Tariffa di registro (evidentemente in simili ipotesi il caso d’uso si verificherà poi solo per successiva scelta di una delle parti, quando ormai le funzioni arbitrali sono sicuramente cessate e dagli arbitri non si può pretendere più alcunché).

senza pensieri fiscali eccessivi ²⁵, se non proprio totalmente rasserenati dalla rapida verifica abbozzata. “Premio partita meritato”, si sente dire e – per un attimo, minimo – il giovane di studio pensa che sia concreto moto d’affetto riferito a lui (anche per quella persa... causa fulminea convocazione), benché, tra sé e sé, noti che sinceramente non ha capito punto se tutti i suoi appunti erano puntuali e centravano il punto (ormai è andato!). Riflessivo e sornione, l’arbitro “fiscale”... fischietta.

²⁵ Nel motivare, semmai, arbitri un poco accorti anche sul piano fiscale potranno, con tocco d’eleganza, evitare di dare luogo in motivazione, se possibile, all’enunciazione di atti non registrati dalle parti a tempo debito, prodotti in arbitrato ma non direttamente oggetto della loro decisione né fondativi per essa, onde non far scattare il rischio poi di liquidazione sanzionatoria ex art. 22 del D.P.R. n. 131/1986: non si tratta qui però certo di obbligo verso le parti, i cui legali han prodotto quegli atti che ben potranno ovviamente essere in tutta libertà menzionati in motivazione (saranno i difensori a meditare semmai sull’utilità della produzione prima e sull’opportunità di evitare decreti d’esecutività ed impugnazioni poi).

Home > Avvocato d'Affari > News dagli Studi - **Belluzzo & Lambertini con 3A Antonini nella cessione del marchio Lumberjack**

Belluzzo & Lambertini con 3A Antonini nella cessione del marchio Lumberjack

09 maggio 2012



Si è conclusa in data odierna l'operazione di cessione di un marchio storico nel mondo calzaturiero italiano: Lumberjack al gruppo turco Ziyilan.

L'operazione si inserisce nel progetto di riorganizzazione delle attività familiari di Antonini ed in particolare ha visto la cessione del marchio "Lumberjack" da parte di 3A Antonini SpA.

L'operazione è stata strutturata e condotta con l'ausilio professionale dello Studio Belluzzo&Associati, incaricato della negoziazione con controparte per le questioni commerciali e finanziarie, e con l'assistenza dello dallo Studio

Lambertini&Associati che ha curato gli aspetti contrattuali della cessione.

Per lo Studio Lambertini&Associati hanno operato gli avvocati **Lamberto Lambertini, Debora Cremasco (in foto) e Francesco Stocco**, mentre per Belluzzo&Associati hanno prestato consulenza **Umberto Belluzzo, Arianna Alessi e Luigi Belluzzo**.

Il gruppo turco Ziyilan, assistito da Erkan Kurt di EFG Istanbul Equities per la negoziazione e il corporate finance e dallo studio legale NCTM, con gli **Avv. Paolo Quattrocchi, Piero Corigliano e Barbara Aloisi**, per le questioni contrattuali italiane e dallo studio turco Balcioglu Selçuk Akman Keki, con gli avvocati **Galip Selçuk e Gokce Balcioglu**.

I patti di famiglia: un fallimento annunciato

L'inutile strumento giuridico e il difficile soddisfacimento
dei legittimari non assegnatari

Introduzione

I patti di famiglia sono uno strumento giuridico relativamente nuovo, introdotto in Italia dal 2006 (L. 14/2/2006 n. 55, entrata in vigore il 16 marzo 2006) su istanze del mondo imprenditoriale.

L'obiettivo primario era quello di consentire agli imprenditori un passaggio generazionale delle loro aziende facile e senza troppi intoppi.

Il patto di famiglia nasce con riferimento a raccomandazioni della Comunità Europea (94/1069).

Come sempre, e a maggior ragione quando è tirata in ballo l'Europa, è interessante leggere il contenuto di quanto richiamato.

Ora, al di là della vetustà delle raccomandazioni, appunto del 1994 (per 12 anni tutti se ne erano dimenticati, salvo qualche Commissione di Studio, come ad esempio quella del Prof. Rescigno), la stessa è per lo più indirizzata a dare indicazioni di agevolazioni fiscali. E queste, in parte, già erano state da tempo recepite dall'Italia.

Manca ancora, invero, l'esenzione, anche solo parziale, della plus su cessione di azienda da imprenditori over 55 anni e le agevolazioni per il reinvestimento della plus, come pure le agevolazioni per la cessione dell'azienda ai dipendenti, previsioni che la raccomandazione fa.

Quanto al patto di famiglia, l'unico richiamo possibile è solo allo spirito generale, quello cioè di agevolare il passaggio delle aziende, nulla più.

La successiva comunicazione europea (98/C 93/2002) è entrata più nello specifico, a tutela dell'impresa e del suo passaggio, sempre però senza toccare la questione delle quote di legittima.

La situazione di base è nota e da tutti condivisa; quando le aziende passano ai figli, molto spesso si vengono a creare problematiche di vario tipo, e ben oltre metà

delle aziende non superano il primo passaggio, mentre solo il 15% supera il secondo.

Questo accade in Italia, ma non solo da noi. Le statistiche note danno più o meno gli stessi risultati anche all'estero.

Ciononostante il patto di famiglia non decolla, tra gli imprenditori, un po' per caratteristiche proprie degli imprenditori stessi, un po' per le problematiche che in ogni caso ancora sussistono ed un po' anche perché, in definitiva, pare non tutelare sufficientemente i legittimari non assegnatari. Escluso che essi, partecipanti all'atto, rinuncino a quanto loro spettante (non si vede poi perché la stessa norma – art. 768 *quater*, 2° comma – preveda tale ipotesi, tra l'altro unico caso possibile in materia di diritto successorio, quasi come fosse il caso normale o comunque il più frequente in presenza di aziende), si possono venire a creare delle situazioni critiche, ai fini della riduzione e/o collazione, quando la liquidazione dei legittimari è fatta direttamente dal disponente, oppure in presenza di donazioni a terzi. Parrebbero problematiche non risolvibili, ad oggi.

Quali le cause di questo insuccesso dell'istituto dei patti di famiglia?

Molteplici, e di diversa origine. Si possono riassumere in due macro aspetti:

- da una parte, la complicata applicazione pratica;
- dall'altra, e soprattutto, si potrebbe dire, il mancato coordinamento con la riforma del diritto successorio. Senza una variazione di questo, il patto di famiglia non potrà mai sicuramente decollare.

Il difficile passaggio

Le difficoltà nel passaggio sono spesso imputate alle norme o meglio alla carenza di norme che agevolino appunto questo passaggio.

Si tratta di una tesi diffusa, ma a nostro avviso errata e comunque in ogni caso fuorviante.

È pacifico come una buona legge possa agevolare il passaggio generazionale, ma da sola non costituisce certamente elemento sufficiente.

Il momento del passaggio di una azienda è caratterizzato da così tante problematiche, di tutti i tipi, che l'aspetto normativo a noi pare il meno importante di tutti.

Ai figli è richiesto desiderio di subentrare, sono richiesti entusiasmo, competenza, carattere, e in caso di fratelli, predisposizione all'accordo o comunque una divisione di competenze e, se possibile, anche del patrimonio.

E qui si tocca un tasto che potrebbe essere il problema di base.

Il patto di famiglia ha rappresentato, come si è detto, il primo tentativo senza successo¹, in Italia, di agevolare giuridicamente il passaggio delle aziende ai figli, o meglio, a un figlio.

Da un punto di vista fiscale, la questione era già da tempo stata affrontata in modo adeguato, così da non costituire più un problema.

Ora si può ritenere *“condivisibile l'idea che l'intervento del legislatore in materie afferenti il diritto dell'impresa debba sottrarsi alla retorica della liberazione delle energie naturali dell'impresa da vincoli legislativi che ne restringono la libertà (secondo lo slogan “meno diritto, più mercato”), non possiamo allora condividere il messaggio “promozionale” che ha salutato l'introduzione del patto di famiglia nel 2006, in base al quale la novella avrebbe avuto il pregio di liberare le imprese dai vincoli del diritto ereditario italiano offrendo loro uno strumento con cui liberamente programmare i destini dell'impresa in previsione della morte dell'odierno imprenditore”*².

La normativa sul patto di famiglia è complicata, e comunque senza la revisione del diritto successorio rimane di pratica impossibile applicazione. È di tutta evidenza come l'estensore della norma non si sia mai posto nei panni delle parti possibilmente interessate ad un patto di famiglia. Allora il dibattito dovrà verte-
re sul diritto ereditario e sulla sua possibile riforma. Se ne parlerà più avanti.

La struttura del patto di famiglia

Generalità

Con il patto di famiglia si è consentito all'imprenditore, o al titolare di partecipazioni (si ritiene di controllo), di cedere in vita la propria azienda o le partecipazioni a un figlio, e ciò con effetto immediato (salvo condizioni particolari, pur possibili) con obbligo del figlio di procedere alla liquidazione, eventualmente anche differita, degli altri eredi chiamati appunto “non assegnatari”.

Già in questa previsione sta tutto l'insuccesso dell'istituto, e non poteva che essere così.

Da quanto risulta, pochi sono i patti di famiglia stipulati in Italia, dal 2006. Abbiamo avuto occasione di analizzarne qualcuno, ed erano più un tentativo di soluzione che una soluzione vera e propria. Intanto si cedevano solo in parte le partecipazioni della società di famiglia, e solo per la nuda proprietà, trattenendo quindi quota parte in usufrutto e poi, in via del tutto cautelativa, era stata inserita anche una clausola che dava al proponente la possibilità di recesso. Tenuto conto dell'andamento aziendale, ove entro un periodo di qualche anno successivo alla stipula del patto i risultati economici non fossero stati sufficientemente remunerativi, era stata prevista la revoca del patto; i risultati erano legati ad una serie specifica di indici e di parametri, non superando i quali il disponente si era riservato appunto di “riprendere” le partecipazioni. Non pare esser questo lo spirito dei patti di famiglia.

Le disposizioni

L'imprenditore (titolare di azienda oppure di quote di controllo di società) può assegnare l'azienda o le partecipazioni a uno o più eredi, escludendo gli altri legittimari, tra cui in ogni caso il coniuge.

Così prevedono gli articoli dal 768 *bis* al 768 *octies* del codice civile, introdotti dalla legge n. 55/2006.

La norma così precisa: *“è patto di famiglia il contratto con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti”*.

Il disponente può così attribuire, in vita, l'azienda e/o le partecipazioni a uno o più legittimari, ponendo a carico di questi la liquidazione degli altri legittimari, i cosiddetti legittimari non assegnatari. È così consentita, per la prima volta, in Italia, una specifica deroga al divieto dei patti successori.

¹ Dello stesso avviso, Avv. Giuliano Zanchi, Il patto di famiglia, Quaderno n. 2, Centro Studi De Poli, 2011.

² Avv. Giuliano Zanchi, cit.

La struttura, come anticipato, non ha avuto alcun successo.

Ne analizziamo qualche aspetto problematico, per poi, nelle conclusioni, riprendere varie ipotesi di riforma.

I punti controversi ancor oggi sono i seguenti:

- 1) a chi compete effettuare la liquidazione ai legittimari non assegnatari? Può sostituirsi il disponente, al beneficiario?;
- 2) i beni oggetto di patto di famiglia sono da ricomprendere o meno ai fini del calcolo di eventuali lesioni della quota dei legittimari?;
- 3) quali effetti su donazioni precedenti?;
- 4) altri aspetti.

Li analizziamo specificatamente.

A chi compete effettuare la liquidazione ai legittimari non assegnatari?

Nel patto di famiglia il disponente destina l'azienda a un erede legittimario. A chi spetterà liquidare gli eredi legittimari non assegnatari dell'azienda? La norma prevede che ciò spetti all'assegnatario; potrà essere sostituito dal disponente?

Taluno sostiene la tesi della possibilità di liquidare i legittimari non assegnatari da parte del disponente, facendo riferimento alla relazione al disegno di legge, che appunto ciò prevede.

Però, ove questo fosse l'orientamento, la problematica della valutazione dell'azienda e/o delle azioni o quote societarie che, ai fini del patto famiglia, deve essere fatta con riferimento alla data della stipula dello stesso patto di famiglia, e nemmeno potrebbe essere diversamente, mal si concilia con questa impostazione. Il procedimento proposto dal patto di famiglia (i legittimari non assegnatari, se non rinunciano, sono liquidati dei loro diritti) funziona bene solo con liquidazione da parte del beneficiario; l'istituto non potrà invero mai funzionare, da un punto di vista pratico, con la liquidazione da parte del disponente, anche se in realtà così si sta facendo, nella pratica. E ciò non per gli effetti del momento, ma per quanto potrà accadere all'apertura della successione.

Relativamente alla compensazione così prescrive la norma (art. 768 *quater*, 2° comma, c.c.): *“Gli assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni societarie devono liquidare gli altri partecipanti al contratto, ove questi non vi rinunzino in tutto o in parte, con il pagamento di una somma corrispondente al valore delle quote previste dagli articoli 536 e seguenti; i contraenti possono convenire che la liquidazione, in tutto o in parte, avvenga in natura”*.

Ne consegue che dapprima si dovrà determinare il valore dei beni oggetto della liquidazione (azienda e/o partecipazioni), dopodiché si dovranno calcolare le correlate quote spettanti ai legittimari per legge ed infine determinare le modalità di liquidazione (denaro e/o natura). Pacificamente la liquidazione è obbligatoria, e non poteva che essere così, anche se ne è consentita, e a dire il vero non se ne comprende appieno la ragione, la rinuncia, in tutto o in parte, da parte dei legittimari.

La norma prevede che la liquidazione ai legittimari non assegnatari spetti agli assegnatari.

Questa ipotesi è stata subito criticata dalla dottrina, poiché nella realtà il beneficiario potrebbe non possedere risorse sufficienti per provvedere alla compensazione. L'assegnatario, anche per la prevedibile giovane età, di norma ha un patrimonio limitato. È ben vero che gli è comunque concesso un determinato lasso di tempo per reperire cespiti da monetizzare o somme di danaro da destinare alla liquidazione dei non beneficiati dal patto, risorse che potrebbe anche trovare nella stessa azienda oggetto del patto, ma ciò, al di là dell'eventuale impoverimento dell'azienda, non sarà certamente facile.

Un problema in più sono le garanzie che l'erede assegnatario può dare agli altri eredi in caso di differimento dell'onere. Che garanzie potrà avere l'erede non assegnatario, in sede di sottoscrizione del patto? Infine da non sottovalutare l'aspetto temporale. Il legittimario assegnatario viene, di norma, in possesso dell'azienda (in tutto o in parte) dal momento della stipulazione del patto, salvo accordi diversi; gli altri eredi potrebbero trovarsi nella condizione di dover attendere. Appare evidente che potrebbero crearsi situazioni non sostenibili, proprio per impossibilità pratica di raffrontare valori temporali molto diversi tra loro, e con rendimento differito dei quali non si è tenuto conto, salvo esplicito accordo in tal senso. Troppa disuguaglianza per i legittimari non assegnatari.

Si ritiene che la compensazione possa essere effettuata anche dal disponente stesso attraverso il cosiddetto patto verticale, opposto allo schema orizzontale nel quale l'imprenditore attribuisce l'azienda o le partecipazioni ad un discendente e sarà poi quest'ultimo a compensare i legittimari. In estrema sintesi, nel patto verticale l'imprenditore assegna l'azienda o le partecipazioni societarie ad un discendente e provvede a liquidare gli altri. E questo è proprio il caso, da taluni peraltro ritenuto anche non corretto, che come si è visto può dare origine a problematiche di assegnazione agli eredi.

Nel caso in cui la liquidazione fosse effettuata diret-

tamente dal disponente, non necessariamente si dovrà verificare la corrispondenza tra il valore del credito vantato dagli eredi verso l'assegnatario dell'azienda e il valore del bene trasferito dal disponente stesso. Secondo alcuni, pertanto, ove tale valore (al netto di quanto attribuito ai legittimari non assegnatari) dovesse superare la quota di legittima sull'azienda o sulle partecipazioni societarie, l'eccedenza andrebbe trattata come liberalità. E come tale soggetta comunque a collazione e all'azione di riduzione, al momento dell'apertura della successione. In caso contrario, infatti, ne potrebbe derivare un pregiudizio per l'assegnatario; quest'ultimo, però, ove dovesse ritenere lesi i suoi diritti, molto semplicemente avrebbe potuto non partecipare all'atto, astenendosi dalla richiesta sottoscrizione. In base alla norma attuale, infatti, è richiesta la sottoscrizione contemporanea da parte di tutti i legittimari, ed anche del coniuge, per la costituzione del patto di famiglia.

Nel caso in cui, invece, il valore liquidato dovesse essere inferiore rispetto alla quota di legittima sull'azienda o sulle partecipazioni societarie, il partecipante non assegnatario, accettando di ricevere quanto dategli, manifesterà così in modo del tutto inequivocabile l'intenzione di rinunciare alla liquidazione della sua quota di legittima, relativamente (e limitatamente) all'oggetto del patto di famiglia.

In conclusione, i partecipanti non assegnatari dell'impresa, ex art. 768 *quater*, secondo comma, c.c., avranno diritto sul valore di questi beni a una quota pari a quella individuata, in misura diversa a seconda della qualità e del numero dei legittimari, dagli artt. 537 e ss. c.c. La base di calcolo per determinare il valore delle quote riservate ai non assegnatari dell'azienda è rappresentata esclusivamente dai beni attribuiti *ex pacto*.

Pertanto, una volta stabilito il valore dell'impresa, valore che appunto si considera quale parametro per la liquidazione della legittima spettante ai non assegnatari, al momento della stipula del patto di famiglia, i mutamenti di valore dell'azienda successivamente intervenuti non potranno ovviamente acquisire rilievo alcuno.

I partecipanti non beneficiati dal patto avranno così diritto a tale liquidazione. La base di calcolo è coincidente con la massa patrimoniale costituita dai soli beni alienati tramite il patto e il valore della massa è da intendersi ancorato, anche nei confronti di legittimari sopravvenuti, alla valutazione effettuata dai contraenti al momento della stipula del patto stesso.

Ciò mal si concilia, ovviamente, con ipotesi di future azioni di riduzione, essendo necessariamente diversa la base di riferimento temporale.

Beni ricompresi o meno ai fini del calcolo di eventuali lesioni delle quote dei legittimari non assegnatari?

Nel patto di famiglia rileva il “*valore attribuito in contratto*” (art. 768 *quater*, terzo comma, c.c.). Non si applicano infatti le norme sulla determinazione del valore “*al tempo dell'aperta successione*” ex artt. 747 – 750 c.c..

Questo valore (che può riguardare l'azienda o le partecipazioni sociali), valore necessario per effettuare i conteggi ai fini della liquidazione delle quote, è liberamente determinabile dalle parti al momento stesso della stipula del patto. È indubbiamente consigliabile far predisporre anche una perizia da un esperto, meglio se asseverata, da allegare al patto stesso. Ciò potrebbe rivelarsi utile, in futuro, anche nell'eventualità in cui, successivamente alla stipula, dovessero, tra l'altro, sopravvenire dei legittimari.

Nello stesso patto di famiglia è certamente opportuno menzionare il criterio di determinazione del valore adottato³, prestando anche attenzione all'eventuale opportunità di attribuire un premio di maggioranza alle partecipazioni oggetto di trasferimento che dovesse integrare in capo all'assegnatario il controllo dell'impresa.

Per specifica previsione di legge, quanto abbiano ricevuto i contraenti del patto di famiglia non è soggetto a collazione né a riduzione (art. 768 *quater*, ultimo comma, c.c.).

Si verifica così il definitivo passaggio della proprietà dell'azienda, o delle partecipazioni sociali, in capo all'assegnatario, essendo appunto precluso l'assoggettamento alle azioni di riduzione e collazione di tale attribuzione.

Si ritiene altresì che non sia peraltro soggetto a collazione e riduzione nemmeno quanto i legittimari non assegnatari abbiano eventualmente ricevuto ex art. 768 *quater*, terzo comma, c.c., indipendentemente dal fatto che le assegnazioni siano avvenute tramite il pat-

³ Nella comunicazione della Commissione Europea 98/C 93/02 è stato ricordato che “*in caso di donazione all'interno della famiglia, il problema è rappresentato dalla mancanza di un prezzo di mercato e dalle numerose stime da cui dipende la valutazione. D'altra parte, la valutazione dell'impresa sarà comparata con quella di altri beni dati ai membri della famiglia come anticipi della successione. Perciò, la valutazione dell'impresa dovrà soprattutto tener conto dei rischi specifici e delle potenziali debolezze di un'impresa rispetto agli altri beni trasferiti, come gli immobili, il cui valore tende ad essere meno volatile*”.

to di famiglia o per mezzo di successivi contratti collegati. Anche questi soggetti, infatti, sono qualificabili come contraenti, le cui attribuzioni patrimoniali non sono dunque soggette a collazione e riduzione (art. 768 *quater*, ultimo comma, c.c.).

Ma il patto di famiglia non è invece esentato dalla riunione fittizia⁴.

La questione di base è se il trasferimento dell'azienda con il patto di famiglia debba o meno essere considerato per determinare la quota di cui il testatore può disporre.

Ove la risposta fosse affermativa, nel caso specifico analizzato in note non ci sarebbe alcuna lesione di legittima, come visto sopra.

Ci sono due teorie in merito, contrapposte.

Secondo la prima teoria, l'esclusione da riduzione e collazione, prevista dall'art. 768 *quater*, ult. co., c.c., non determina l'irrilevanza del trasferimento ai fini della riunione fittizia⁵ e dell'imputazione *ex se*, salvo dispensa⁶.

Ed allora non si vede perché riconoscere al beneficiario anche l'ulteriore vantaggio costituito dall'esen-

zione legale dall'imputazione *ex se*, salvo dispensa da parte del disponente, e dalla riunione fittizia⁷.

Ovviamente, nell'imputare *ex se*, rispetto al patrimonio del disponente, il valore del bene produttivo trasferito, si dovrà detrarre quanto eventualmente corrisposto ai legittimari *ex art.* 768 *quater*, secondo comma, c.c.

Secondo l'altra teoria⁸, invece, il bene produttivo non può essere preso in considerazione ai fini della riunione fittizia, e non deve essere imputato alla quota di legittima del disponente⁹.

Secondo i sostenitori di questa tesi, ove così non fosse, la riunione fittizia avrebbe ad oggetto beni valutati in modo disomogeneo, secondo diversi criteri temporali: i beni trasferiti con il patto in base al valore attribuito al momento della stipula, mentre gli altri beni, quelli trasferiti durante la vita del *de cuius*, con strumenti diversi, e il *relictum* dovrebbero esser valutati al momento dell'apertura della successione¹⁰.

La tesi trova sostegno nell'art. 564, quinto co., c.c., in forza del quale "ogni cosa che, secondo le regole contenute nel capo II del titolo IV di questo libro, è esente da collazione, è pure esente da imputazione". Si può così ritenere, in base a questo principio, che l'esenzione da collazione, contenuta nell'art. 768 *bis*, quarto comma, c.c., determini anche l'esenzione da imputazione *ex se*.

"Siccome l'imputazione delle liberalità in conto presuppone la riunione fittizia alla massa, ciò che è esente da impu-

⁴ Un caso pratico molto semplice, tratto da Carlo CICALA, *Patto di famiglia e riunione fittizia del bene produttivo*, in *Fam., Pers. Succ.*, 2009, 622, può agevolare la comprensione della problematica:

- padre vedovo con due figli trasferisce con patto di famiglia l'azienda che vale 30 ad un figlio, il quale a sua volta liquida il fratello con 10;
- al decesso, il patrimonio *relictum* è di 30, attribuito al fratello non assegnatario dell'azienda.

L'autore dell'esemplificazione si è chiesto: può il fratello assegnatario dell'azienda proporre azione di riduzione per lesione di legittima (nel caso 1/3 di 30? *ex art.* 537, secondo comma, c.c.)?

Il fratello che ha ereditato ben può eccepire che è necessario riunire quanto già trasferito con il patto di famiglia (azienda di 30, anche se si tratta di valore attribuito con un riferimento temporale diverso) per cui non c'è lesione di legittima (in realtà può effettuarsi il seguente conteggio: 30 - 10 + 30 = 50; quota di legittima 1/3, pari a 16,334; il fratello assegnatario ha percepito 30 - 10 = 20, e quindi non ci sarebbe lesione, rapportato ad una quota di 16,334).

⁵ DELLE MONACHE, *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patto di famiglia*, in *Riv. Not.*, 2006, 906 ss.; PETRELLI, *La nuova disciplina del "patto di famiglia"*, in *Riv. Not.*, 2006, 456; MERLO, *Appunti sul patto di famiglia*, in *Società*, 2007, 953 ss.; BALESTRA, *Prime osservazioni sul patto di famiglia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 376; LUCCHINI GUASTALLA, in *Il patto di famiglia* (Commentario alla l. 14 febbraio 2006, n. 55 « Modifiche al codice civile in materia di patto di famiglia »), in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, 57 ss.

⁶ V. però MERLO, op. cit., 954, secondo il quale non è dispensabile l'imputazione *ex se* del bene produttivo.

⁷ Si pronunciano in questo senso DELLE MONACHE, op. cit. 906 ss.; LUCCHINI GUASTALLA, op. cit., 58; PETRELLI, op. cit., 450; sul punto v. CACCAVALE, *Il patto di famiglia*, in *Trattato del contratto*, Milano, 2006, 603, il quale osserva come sia astrattamente sostenibile che l'efficienza dell'impresa non richieda di garantire all'assegnatario l'ulteriore privilegio dell'esenzione dalla riunione fittizia, ma, per altro verso, sempre l'efficienza dell'impresa richiederebbe di garantire non solo la stabilità dell'attribuzione del bene, ma anche quella dell'intero assetto economico realizzato attraverso il patto di famiglia.

⁸ ZOPPINI, *Profili sistematici della successione "anticipata" (note sul patto di famiglia)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, 287; DI MAURO, *Art. 768 quater c.c. Partecipazione*, in Minervini (a cura di), *Il patto di famiglia. Commentario alla l. 14/2/2006, n. 55*, Milano, 2006, 127; GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in *Giust. Civ.*, 2006, 218 e 225.

⁹ Nell'esempio formulato in nota, evidente sarebbe il vantaggio per la posizione dell'assegnatario, il quale avrebbe così diritto ad una porzione di legittima pari a 10, determinata sul valore del *relictum*, senza riunire fittiziamente quanto disposto con patto di famiglia.

¹⁰ VALERIANI, *Il patto di famiglia e la riunione fittizia (una, due... mille riunioni fittizie?)*, in AA.VV., *Patti di famiglia per l'impresa*, Milano, 2006, 123.



tazione è escluso anche dalla riunione fittizia, e, viceversa, ciò che è oggetto dell'una è incluso anche nell'altra¹¹. Ne consegue così l'inapplicabilità della riunione fittizia.

È stato però obiettato che l'esenzione dalla collazione, prevista dalla disciplina sul patto di famiglia, non si trova, come prevede l'ultimo comma dell'art. 564 c.c., nel Capo II del Titolo IV del Libro II del Codice Civile, il quale non contiene alcun richiamo al nuovo Capo V bis, introdotto dalla legge n. 55/2006. Ne deriva che il bene produttivo, trasferito attraverso patto di famiglia sarebbe oggetto di imputazione *ex se* e, di conseguenza, di riunione fittizia, pur essendo escluso da collazione, in quanto, nel sistema delineato dalla legge 55/2006, sarebbe in vigore una regola diversa da quella per cui, all'esenzione da collazione, si accompagna quella da imputazione *ex se*¹².

Volendo confutare questa conclusione, non varrebbe l'obiezione secondo la quale l'art. 768 *quater*, terzo comma, c.c., prevede l'imputazione *ex se* esclusivamente con riguardo alle attribuzioni fatte in favore degli ipotetici legittimari non assegnatari del bene produttivo. Il motivo per cui la legge non dispone tale effetto in relazione all'azienda starebbe infatti nella possibilità che il beneficiario non assuma la qualifica

di legittimario, pur dovendo essere un discendente del disponente¹³.

L'istituto della riunione fittizia e quello dell'imputazione *ex se* hanno ad oggetto, per espressa previsione di legge, i beni di cui il defunto abbia disposto, in vita, a titolo di donazione. L'adesione all'una o all'altra teoria riguardante l'applicazione dell'imputazione *ex se* e della riunione fittizia al bene produttivo trasferito con patto di famiglia, sembra così fortemente correlata all'interpretazione che si dà alla natura stessa del patto di famiglia. Qualora si ritenga trattarsi di donazione modale, nella quale il donante-disponente trasferisce al donatario-beneficiario un bene, gravando costui dell'onere di corrispondere agli ipotetici legittimari la quota loro spettante, in base all'art. 768 *quater*, primo comma, c.c.¹⁴, ne consegue che il trasfe-

¹³ Sotto questo profilo il patto di famiglia può essere accostato al testamento, che non è considerato un atto di liberalità in quanto l'istituzione di erede può non solo non arrecare alcun vantaggio patrimoniale al chiamato, "ma risolversi addirittura in un grave pregiudizio per costui": così CARNEVALI, *Donazione*. Diritto civile, in Enc. Giur., Roma, 1989, XII, 1.

¹⁴ CACCAVALE, op. cit., 586; Idem, *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in *Notariato*, 2006, 304; LANDINI, *Il c.d. patto di famiglia: patto successorio o liberalità*, in *Famiglia*, 2006, 853; MERLO, *Appunti sul patto di famiglia*, in *Società*, 2007, 947.

¹¹ DI MAURO, op. cit., 128.

¹² MERLO, op. cit., 954.

rimento tramite patto di famiglia ne è esentato (art. 768 *quater*, quarto comma, c.c.); si pone come effetto tipico della donazione.

Tuttavia appare più persuasiva l'opinione secondo la quale il patto di famiglia non sia un negozio liberale. Sembrerebbe così più valida l'opinione secondo la quale l'oggetto del patto non possa essere riunito fittiziamente al patrimonio del disponente, in quanto l'art. 536 c.c. non può trovare applicazione, vista la natura non liberale del patto¹⁵.

Quali effetti sulle precedenti donazioni del disponente

Il patto di famiglia può avere effetti anche su precedenti donazioni fatte in vita.

Non pare facile, in questo caso, trovare una soluzione condivisibile¹⁶.

¹⁵ Nel caso più sopra illustrato l'assegnatario, pur avendo già ottenuto con il patto un beneficio netto pari a 20, valore dell'azienda detratta la somma corrisposta al fratello, potrebbe quindi agire vittoriosamente in riduzione attraverso la disposizione testamentaria che lo esclude dalla successione del padre. Avrà infatti diritto ad ottenere la propria quota di legittima, pari a 10, calcolata sul *relictum* di valore pari a 30, senza che si debba tener conto di quanto già assegnatogli con il patto. Questa conclusione è la tesi espressa dal citato Carlo Cicala; può sembrare spinta, ma è sostenuta da valide ragioni argomentative, anche se non equitative.

¹⁶ Una esemplificazione può essere di ausilio. Imprenditore vedovo con due figli effettua in vita due donazioni, ad estranei alla sua famiglia. Successivamente stipula il patto di famiglia con i suoi due figli, attribuendo l'azienda, che vale 21, ad uno dei figli con l'obbligo di dare all'altro fratello 7, corrispondente alla quota di legittima.

Al momento dell'apertura della successione, si rivalutano le due donazioni fatte in vita, imputabili a 10 e 9. In ipotesi che non vi siano altri beni né passività, si deve calcolare il patrimonio del *de cuius* ex art. 556 c.c.

Questo il calcolo: patrimonio compressivo = 40 [(10 + 9) valutati oggi + (21 valutati al momento dell'atto)]

- legittima = 40: 3 = 13,33 (art. 537, secondo comma, c.c.)
- quota attribuita all'assegnatario dell'azienda, al netto del pagamento al fratello = 14 (21 - 7)
- lesione di legittima per l'altro fratello = 6,67 (13,33 - 7)

Il primo figlio è stato interamente soddisfatto, mentre non così per il secondo figlio, il quale avrà, come unica possibilità, quella di agire nei confronti del beneficiario della seconda donazione, non perciò, si ritiene, contro il fratello. Potrà richiedere il reintegro fino al totale della quota di 14 (10 + 9 = 19; 19 - 13,33 = 5,67). Resterà insoddisfatto per 1 (6,67 - 5,67).

Altri aspetti

Ma ci sono anche altri aspetti che hanno concorso al fallimento dei patti di famiglia.

Uno riguarda le imposte; la norma prevede l'esclusione da imposte per i trasferimenti attuati in seguito del patto di famiglia (per le partecipazioni, solo ove si passi il controllo) con l'obbligo di proseguire nell'attività per almeno 5 anni.

Ma le questioni sorgono per i legittimari non assegnatari. Come trattarli, fiscalmente?

Inquadriamo i tre casi che possono verificarsi:

- la liquidazione è a loro effettuata dal disponente;
- la liquidazione è a loro effettuata dal beneficiario;
- rinuncia a quanto loro spettante.

La norma non prevede nulla di specifico, per quanto riguarda il trattamento fiscale dei legittimari non assegnatari. Ci si dovrà quindi riferire ai principi generali, anche se le soluzioni che si possono proporre non trovano uniformità di vedute.

Nel primo caso (liquidazione degli assegnatari non legittimari da parte del disponente) si applicano le imposte sulle successioni e donazioni, con l'applicazione delle imposte ipotecarie e catastali se del caso.

Nel secondo caso (liquidazione da parte del beneficiario), tenuto conto che non si tratta più di donazione, ma dell'adempimento di un *modus*, dovrebbe applicarsi l'imposta di registro con aliquota del 3%, trattandosi di "*atti diversi da quelli indicati aventi ad oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale*". Nessuna franchigia, quindi. Anche qui, applicazione eventuale delle imposte ipotecarie e catastali.

Per quanto concerne il terzo caso (rinuncia), l'imposta di registro è dovuta in misura fissa.

Infine, sempre per restare in ambito tributario, esaminiamo le problematiche relativamente all'eventuale scioglimento del patto.

Sono state avanzate due ipotesi, ambedue valide.¹⁷

Qualora lo scioglimento del patto abbia effetto *ex tunc*, e quindi sia "eliminato" con efficacia retroattiva, non ci sarebbe alcuna imposta; "il ritrasferimento non sarebbe oggetto dello scioglimento ma conseguenza dello stesso".¹⁸

Qualora invece si consideri lo scioglimento come ritrasferimento, si applicherà l'imposta sulle donazioni. E

¹⁷ Andrea De Magistris e Alberto La Manna, "I patti di famiglia: aspetti generali e disciplinari fiscali", Il Fisco n. 13/2012 p. 1930

¹⁸ Andrea De Magistris e Alberto La Manna, *idem*

questa tesi è quella che pare prevalere, al momento. L'art. 28 del DPR 131/1986 sottopone all'imposta la risoluzione del contratto e la stessa Agenzia delle Entrate, come la Cassazione, si sono pronunciate per la tassazione dei trasferimenti per effetto di rimborso dei crediti per mutuo dissenso¹⁹.

Le prospettive di riforma

Le attuali norme sui patti di famiglia non facilitano i passaggi generazionali, questo è pacifico.

Ecco perché AIDAF (Associazione Italiana Delle Aziende Familiari), gruppi di pressione e qualche parlamentare si sono fatti portavoce di nuove norme, che potrebbero agevolare appunto il passaggio.

Sintetizziamo queste proposte, senza esimerci dall'osservare come per lo più si tratti, in definitiva, di rendere possibile una maggiore disparità di trattamento tra i figli. Può darsi che ciò, in effetti, risponda a criteri sostanziali e validi, legati al moderno mondo dell'economia, ma resta il fatto che così aumenta la disparità di trattamento.

È ben vero che siamo di fronte a tanti fallimenti di passaggi generazionali, ma non per questo, a nostro avviso, regole meno tutelanti degli interessi di tutti gli eredi possono farne cambiare l'esito. Altre sono le motivazioni dei fallimenti dei passaggi di aziende, o comunque non solo i vincoli normativi, che peraltro rispondono ad un criterio di equità che ci ha accompagnato per decenni.

Il decreto Sviluppo (2011) inizialmente prevedeva una possibilità di ripartire la quota di legittima tra i figli

¹⁹ Si osserva in proposito che l'Agenzia delle Entrate, con la ris. n. 329/E del 14 novembre 2007, in riferimento ad una fattispecie di risoluzione di contratto di donazione per mutuo dissenso, ha osservato che ai fini delle imposte indirette l'atto di risoluzione consensuale è da considerarsi un autonomo negozio dispositivo mediante il quale il bene oggetto di donazione viene trasferito a titolo gratuito al donante e che, come tale deve essere sottoposto all'imposta sulle successioni e donazioni. Nello stesso senso la Suprema Corte ha stabilito che "in tema di imposta di registro, il contratto con il quale viene convenuta la risoluzione del contratto di vendita con riserva di proprietà di un immobile, comportando la retrocessione del bene oggetto del contratto risolto (cosa che per la legge di registro si verifica anche nella ipotesi di vendita con riserva di proprietà, dato che tale normativa considera detta vendita immediatamente produttiva dell'effetto traslativo), deve essere assoggettato alla imposta proporzionale da applicarsi con la aliquota prevista per i trasferimenti immobiliari" (Cass. 21 maggio 1998, n. 5075).



in quote non uguali tra loro, ma uguali solo per metà, restando quindi disponibile appunto metà della quota loro pertoccante, da assegnare però tra loro stessi.

Prevedeva anche che la compensazione ai legittimari non assegnatari fosse effettuata dal disponente e la possibilità di differimento del trasferimento dell'azienda anche dopo la stessa morte.

All'ultimo momento tutto è stato espunto. Presumibilmente perché gli argomenti non erano stati oggetto di adeguato e doveroso, aggiungiamo noi, approfondimento. Alla Camera dei Deputati, infine, è stata presentata la proposta di legge n. 4463 datata 28 giugno 2011²⁰. Tale proposta prevede l'intervento obbligatorio dei legittimari non assegnatari anche successivamente al contratto, non necessariamente alla costituzione dello stesso, e che la liquidazione può essere effettuata dal disponente.

Abbiamo poi la proposta di riforma del Notariato, che però non tocca la questione della quota di legittima²¹.

di Giuseppe Rebecca, Dottore Commercialista,
Studio Rebecca & Associati di Vicenza

²⁰ Proposta di Legge Marinello, Alfano ed altri "Modifiche al codice civile in materia di disciplina del patto di famiglia"

²¹ La riforma dei diritti riservati ai legittimari - 2011



Basta coi piatti da lavare!

Un cucchiaino di TRIM CASA
e aprite il rubinetto.

Una magnifica schiuma as-
sorbe immediatamente tutto
l'unto.

Una risciacquata e i piatti
asciugano da soli.

Ogni cattivo odore (pesce,
uova, ecc.) sparisce imme-
diatamente.

Il TRIM CASA fa inoltre liscie
e candide le mani.

Con 50 lire alla settimana vi
siete liberata del meno sim-
patico lavoro domestico!

**TRIM
CASA**

lava i piatti in un attimo!

**LIRE
50**
basta una
settimana

Ufficio vendita del TRIM
VIA PIRANESI 2 - MILANO

27 - SPINNA - MILANO

1951

ARIANNA SEGALA

Quando si dice che possesso vale “titolo”...

Usciamo in stampa forse un po' in ritardo sui tempi, ma mentre mi accingo a scrivere queste poche righe posso dire di... “essere sul pezzo”!

Aprile, maggio, giugno: mesi di bilanci e, per i più fortunati di questi tempi (o forse bravi), mesi di utili.

Il caso, ovviamente pratico, che ha dato origine a questo approfondimento vedeva un socio rimasto membro della compagine di una società di capitali sino al termine dell'esercizio (31.12), il quale sceglieva di cedere la propria quota di capitale nelle more dell'approvazione del bilancio e della conseguente delibera assembleare di distribuzione dei dividendi ai soci.

Per il noto principio per cui chi getta il sasso, poi, speso, ritrae la mano, si rivolgeva a noi per comprendere se, essendo rimasto socio per tutto l'esercizio, avrebbe potuto vantare qualche diritto verso l'interessante decisione della società di distribuire il frutto del duro anno di lavoro della società, cui Lui aveva, di fatto, partecipato.

Quid iuris? Esiste o meno nel nostro ordinamento un diritto del socio a percepire la parte di utili proporzionale alla sua partecipazione? E se sì, fino a quando?

Le risposte non sono scontate.

In tema di società di persone, l'art. 2262 c.c. prevede espressamente che “*salvo patto contrario, ciascun socio ha diritto di percepire la sua parte di utili dopo l'approvazione del rendiconto*”. Nelle società personali, pertanto, il diritto ad incassare la quota di utili sorge in capo a ciascun socio già e solo per effetto dell'approvazione del rendiconto. Una certezza c'è!

Nelle società di capitali (tratteremo nello specifico delle S.p.A., ma la disciplina deve ritenersi applicabile per analogia anche alle s.r.l.), invece, l'art. 2350 c.c.

prevede più sibillinamente che “*ogni azione attribuisce il diritto a una parte proporzionale degli utili netti*”.

La divergenza è evidente. La società capitalistiche attribuiscono al socio una sorta di astratto diritto agli utili, ma non riconoscono anche un concreto (ed economicamente più interessante) diritto di incassare tale utili per il solo effetto dell'approvazione del bilancio.

Serve, infatti, un qualche cosa in più: una ulteriore e specifica delibera dell'assemblea che decida in merito alla distribuzione degli utili ai soci. “*La delibera assembleare di distribuzione è dunque la condizione per la trasformazione dell'interesse legittimo (secondo alcuni) o della semplice aspettativa (secondo altri) al dividendo in diritto soggettivo a percepirlo, nel limite della parte di utile di cui l'assemblea stessa ha deciso la distribuzione*” (B. QUATRARO, *Commento sub. art. 2433 c.c.*, in *La Rifoma del diritto societario*, G. Lo Cascio (a cura di), Giuffrè Editore, Milano, 2003, 335).

In altre parole, in tema di società di capitali, l'assemblea è sovrana nel decidere se, come, quando e in che quantità destinare gli utili; i quali rimangono nel patrimonio sociale ed appartengono alla società in via esclusiva sino al momento della decisione.

All'assemblea spetta quindi il potere di concedere “la grazia”; ai soci di per sè, invece, non spetta nulla. “*Non è configurabile un diritto del socio agli utili senza una preventiva deliberazione assembleare in tale senso*” (Cass. civ., sez. I, 29.01.2008, n. 2020, in *Vita not.* 2009, 1, 141) e, di conseguenza, tanto meno è configurabile un diritto ad una distribuzione annuale degli stessi.

Le conseguenze sono sillogisticamente chiare: se prima della delibera non esiste diritto (o quantomeno un diritto c.d. perfetto) del socio agli utili e se al momento della delibera il socio non è più tale perché ha ceduto le proprie azioni, logica vuole che il socio uscito dalla società prima della decisione assembleare non possa pretendere alcunché dalla società stessa.



“Il dividendo, quindi, deve essere pagato a colui che è azionista nel momento in cui la società dispone l'erogazione: costui, se non era socio quando è stata adottata la delibera di distribuzione oppure alla fine dell'esercizio, pur essendo il soggetto legittimato ad incassare il dividendo, può eventualmente avere l'obbligo di riversarlo, in tutto od in parte, a chi era socio in uno di quei momenti” (P. BALZARINI, *Commento sub art. 2433 c.c.*, in *Commentario alla riforma delle società*, a cura di P. Marchetti, Egea, Milano, 2006, 636)

In tal senso si è espresso, con una pronuncia futuristica, il Tribunale di Milano già nel lontano 1992: “[i]l diritto del socio alla erogazione degli utili nasce nei confronti della società con la delibera che ne ha stabilito la distribuzione; nel caso di cessione di quote nel corso dell'esercizio, gli utili di chiusura spettano al solo cessionario, verso il quale e non verso la società potrà rivalersi il cedente per la quota di sua eventuale spettanza” (Tribunale Milano, 27/02/1992, in *Giur. it.* 1992, I, 2, 424).

Ma...la giurisprudenza citata lascia forse aperta in capo al socio uscente una qualche speranza di incassare, per altra via, gli anelati denari? Forse sì, ma ritengo molto teorica!

È inutile negare che, nella prassi, il prezzo pattuito per il trasferimento delle azioni o delle quote comprende anche il dividendo non ancora esigibile. La contraria volontà delle parti, volta a far nascere l'obbligo di rivalsa nel cessionario, nuovo possessore dei titoli, dovrebbe essere esplicitata (cfr. P. Balzarini, *Commento sub art. 2433 c.c.*, cit., e in *Commento sub art. 2433 c.c.*, in *Codice commentato delle società*, 2011, 1318). Tanto basti ad eliminare ogni residuo di speranza!

In conclusione, avere o non avere in mano (oggi ovviamente in senso figurato) il noto “pezzo di carta” fa la differenza e mai come in questo caso il “possesso” del titolo deve essere osannato!

ILARIA MILLER

Omnia mutantur, nihil interit: il mutamento di destinazione d'uso in materia edilizia

89

Il decreto legge 13 maggio 2011 n. 70, come convertito in legge 12 luglio 2011 n. 106 (c.d. decreto sviluppo) ha contribuito la scorsa estate ad allietare le nostre letture sotto l'ombrellone, avendo introdotto talune significative innovazioni anche in materia urbanistico-edilizia.

Tra queste, hanno suscitato notevole interesse le previsioni contenute nell'articolo 5, comma 9, del decreto sviluppo, relative alla misure incentivanti per la razionalizzazione del patrimonio edilizio esistente e che consentono alle Regioni di approvare specifiche leggi anche per le modifiche delle destinazioni d'uso.

Prima di dedicarci all'approfondimento di tali disposizioni, è bene anzitutto premettere quale sia il rapporto tra le misure in materia edilizia ed urbanistica contenute nel decreto sviluppo e la disciplina regionale. Detta verifica dev'essere compiuta in relazione al disposto dell'articolo 117 della Costituzione che regola la potestà legislativa di Stato e Regioni.

L'articolo 117 infatti, dopo avere individuato al comma 2 le materie soggette alla legislazione esclusiva dello Stato, elenca invece al comma 3 quelle soggette a legislazione concorrente, ricomprendendovi pure il *"governo del territorio"*. Per queste ultime, il medesimo comma 3 precisa che *"spetta alle regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato"*. Il dato normativo costituzionale è stato poi confermato sul punto dalla legge 131 del 2003 (c.d. Legge La Loggia).

Non v'è dubbio pertanto che nella materia del governo del territorio, lo Stato possa dettare i principi fondamentali e tali devono ritenersi, per espressa previsione del legislatore, quelli contenuti nell'articolo 5 del decreto sviluppo, mentre alla Regione resta riservata la disciplina di attuazione e dettaglio.

Fatti questi cenni sul regime delle fonti, è possibile ritenere che la previsione del comma 9 dell'articolo

5, contenente misure incentivanti per la razionalizzazione del patrimonio edilizio esistente, trovi senz'altro applicazione in ambito regionale, come d'altra parte dispone il successivo comma 12 del decreto sviluppo allorché appunto prevede che *"le disposizioni dei commi 9, 10 e 11 si applicano anche nelle regioni a statuto speciale (dando per scontata, ovviamente, l'applicazione per le regioni a statuto ordinario, n.d.r.) e nelle province autonome di Trento e Bolzano compatibilmente con le disposizioni degli statuti di autonomia e con le relative norme di attuazione"*.

Occorre inoltre evidenziare che, la normativa nazionale trova immediata applicazione in ambito regionale, senza che sia necessario il previo recepimento o l'attuazione da parte del legislatore regionale, tanto che, il legislatore nazionale ha previsto espressamente che trascorso il termine di 60 giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione del decreto sviluppo le previsioni del comma 9 divengano senz'altro efficaci. Il legislatore regionale, tuttavia, resta comunque titolare della potestà legislativa di dettare la disciplina di dettaglio in coerenza con i principi contenuti nel medesimo comma 9.

Le misure contenute nel comma 9 e le finalità che si intendono perseguire sono estrinsecate in maniera chiara dallo stesso legislatore, allorché parla di *"incentivare la razionalizzazione del patrimonio edilizio esistente"*, *"promuovere e agevolare la riqualificazione di aree urbane degradate"* ove si riscontri la presenza di funzioni diverse e di tessuti edilizi disorganici ovvero di edifici a destinazione non residenziale dismessi o in via di dismissione.

In presenza anche di una sola delle predette condizioni, l'intervento può essere assentito ai sensi del comma 9 e quindi godere delle possibilità, anche in termini di mutamento di destinazione d'uso, offerte dalla predetta norma. La ratio sopra individuata deve

ispirare l'interprete in sede di applicazione concreta della disciplina e quindi condurlo ad un'interpretazione favorevole all'intervento tutte le volte in cui questo persegue gli obiettivi posti dal legislatore.

Il legislatore nazionale affida a quello regionale il compito di adottare specifiche leggi, finalizzate al raggiungimento dei predetti obiettivi, che prevedano in particolare il riconoscimento di una volumetria aggiuntiva, la delocalizzazione delle relative volumetrie, le modifiche delle destinazioni d'uso, purché tra loro compatibili o complementari, le modifiche della sagoma, prevedendo altresì che trascorso il termine di 60 giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione del decreto sviluppo e sino all'entrata in vigore della normativa regionale di dettaglio, gli interventi previsti dal comma 9, trovino diretta applicazione, anche per il mutamento delle destinazioni d'uso, secondo la procedura prevista dall'articolo 14 del Testo Unico Edilizia in tema di permessi di costruire in deroga.

Lo strumento del permesso di costruire in deroga, rilasciato previa deliberazione del Consiglio comunale, si giustifica per la mancanza di una disciplina regionale di dettaglio.

Il legislatore nazionale, dunque, ha voluto affidare alla verifica del Consiglio comunale le misure incentivanti previste nel comma 9, che in mancanza della disciplina regionale, hanno in effetti un contenuto molto ampio. Non v'è dubbio quindi che con il permesso di costruire in deroga, in attesa della normativa regionale, il Consiglio comunale – verificato il rispetto delle finalità del comma 9 – potrà autorizzare la realizzazione di volumetrie aggiuntive o la delocalizzazione di quelle esistenti e potrà ammettere cambi di destinazione d'uso ovvero consentire la modifica delle sagome.

Con riguardo in particolare alle modifiche della destinazione d'uso, deve ritenersi che in mancanza della legge regionale che chiarisca quali siano le destinazioni tra loro compatibili o complementari, i mutamenti possano oggi essere assentiti tout court. D'altra parte, non avrebbe senso ammettere il cambio di destinazione d'uso soltanto in presenza di una destinazione compatibile con lo strumento urbanistico vigente, perché altrimenti non si capirebbe in cosa consista la misura incentivante. Il mutamento in questo caso potrebbe infatti essere autorizzato in via ordinaria senza ricorrere al permesso di costruire in deroga.

Il riferimento all'articolo 14 del T.U. Edilizia si giustifica proprio in relazione al fatto che, in attesa della di-

sciplina regionale, tutti i cambi di destinazione d'uso sono ammessi anche se non compatibili o complementari con la destinazione esistente.

Questa lettura è peraltro confermata anche dal disposto del comma 11, che nell'ammettere gli interventi di cui al comma 9 (in attesa della disciplina regionale) secondo la procedura di cui all'art. 14 del T.U. Edilizia, cita espressamente quelli finalizzati al mutamento delle destinazioni d'uso, senza tuttavia aggiungere (e la circostanza assume valore determinante ai nostri fini) l'inciso "*purché si tratti di destinazioni tra loro compatibili o complementari*" che invece è presente alla lettera c) della prima parte del comma 9.

Occorre evidenziare inoltre che il richiamo all'articolo 14 del T.U. Edilizia deve intendersi fatto alla procedura in esso prevista e non anche ai presupposti contemplati dalla predetta norma. È chiaro in altre parole che detta procedura si applicherà a tutti gli interventi e non solo a quelli relativi a "*edifici ed impianti pubblici o di interesse pubblico*", così come risulta chiaro che il diniego non potrà fondarsi sulla non compatibilità dell'intervento rispetto alla disciplina urbanistica vigente, perché questa è la condizione che giustifica la deroga.

Va da sé che, quando il legislatore regionale adotterà la disciplina di dettaglio, gli interventi conformi ad essa dovranno essere assentiti mediante il titolo edilizio ordinario. Gli uffici comunali quindi, come è accaduto e sta accadendo per il piano casa, si limiteranno a verificare la compatibilità dell'intervento proposto con le misure (anche derogatorie rispetto alla vigente disciplina urbanistica) previste dall'articolo 5 del decreto sviluppo, come attuate dal legislatore regionale. Il comma 10 è poi chiarissimo nell'escludere dalle misure incentivanti contemplate nel comma 9 gli edifici abusivi, ad eccezione di quelli destinatari di un titolo edilizio in sanatoria e quelli ubicati nei centri storici od in aree soggette ad inedificabilità assoluta. Risulta così evidente la volontà del legislatore di non premiare con le misure incentivanti gli immobili abusivi e quelli ricadenti all'interno dei centri storici o comunque in aree inedificabili in termini assoluti.

Si può dunque infine ritenere che, in attesa che il nostro legislatore regionale adotti la disciplina di dettaglio, tutti i mutamenti di destinazione d'uso possano essere assentiti a condizione che gli interventi siano finalizzati a perseguire uno degli obiettivi previsti dal legislatore nazionale.



giugno
6
2012

ET.CONTRIBUTE/7 - LA RIFORMA HA FALLITO: NON C'È CONTROLLO

Fondazioni, la crisi del centenario



I temi della **governance** delle fondazioni bancarie e della loro **politica di investimento** sono di chiara attualità in questi giorni (domani, peraltro, si apre la due giorni di Congresso a Palermo, nel quale l'associazione, l'Acri, celebra i cento anni di attività). Si tratta di aspetti strettamente connessi, come dimostra una lettura dei bilanci delle fondazioni dove, con tutta evidenza, l'assetto "proprietario" si ripercuote sul piano dei soggetti finanziati e della politica di impiego.

Il giudizio generale di sostanziale fallimento del modello "fondazioni" pone una domanda tanto semplice quanto sottovalutata: **cosa non ha funzionato nell'impianto del legislatore?**

Gli input del legislatore

Va precisato che il disegno normativo (principalmente del dlgs 153/99) poteva considerarsi, di primo acchito, valido e ancora oggi attuale. Esso prevedeva che le fondazioni bancarie fossero persone giuridiche senza fine di lucro, con l'esclusiva "mission" di perseguire l'utilità sociale e la promozione dello sviluppo economico (art. 2 dlgs. cit.), **dismettendo, in un periodo originario di quattro anni, la loro partecipazione di controllo nelle banche conferitarie.** Con una opportuna dote di prabiltà, il legislatore si premurava anche di presidiare lo scopo delle fondazioni bancarie ponendo **il divieto per queste di svolgere attività creditizia** e di finanziare enti con fini di lucro, ad eccezione delle imprese strumentali (art. 3). Prevedeva, infine, con formula apparentemente ambigua, che **il patrimonio dovesse essere totalmente vincolato al perseguimento degli scopi statutari** e che fosse gestito in modo da conservarne il valore e mantenerne una redditività adeguata (art. 5).

Il nodo sostanziale, quindi, era quello di conciliare l'assenza di fine di lucro con una gestione economica del patrimonio, intendendo - almeno per buon senso - che l' "adeguata redditività" fosse un presidio prudenziale al mantenimento di valore più che un obiettivo speculativo. Tale nodo, in realtà, era già stato sciolto e si presentava come modello collaudato sia nel settore privato sia in quello bancario (banche di credito cooperativo e banche popolari).

Cosa non ha funzionato

Cosa, dunque, non ha funzionato in un modello normativo tutto sommato semplice e collaudato? La risposta, forse, si ricava dalla "lettura" dei bilanci delle fondazioni. Valgano a tal fine due esempi tra loro significativi e replicabili per la generalità: **l'uno quantitativo, relativo alla Fondazione Monte dei Paschi di Siena, l'altro qualitativo, offerto dalla Fondazione Cariplo.**

Il bilancio della Fondazione Monte dei Paschi di Siena al 31.12.2010 vede (pag. 20) «un patrimonio di € mln 5.406,99 investito per € mln 4.805,96 nella partecipazione della Conferitaria (45,68% delle azioni ordinarie, 98,56% delle azioni di risparmio e 100,00% delle privilegiate): tale voce rappresenta attualmente l'88,88% del patrimonio». A fronte di immobilizzazioni finanziarie per circa 6 miliardi di euro nella banca di fatto controllata, le erogazioni deliberate sono state appena 250 milioni (Includendo anche il Fondo per il Volontariato e il Fondo Progetto per il Sud) ossia circa il 4% del patrimonio totale.

Il bilancio di questa fondazione ci pare dimostri, in primo luogo, che **l'obiettivo di dismettere le partecipazioni di controllo sia stato ampiamente disatteso** (al di là dei molteplici interventi normativo-regolamentari in merito) e per di più tradito, considerando che con l'acquisto delle azioni di risparmio e di quelle privilegiate la fondazione ha incrementato il suo potere sulla banca e per giunta si è posta in **sostanziale disarmonia con il divieto di finanziare enti commerciali:** nel caso di specie, la banca conferitaria. In secondo luogo, costituendo le erogazioni appena il 4% del patrimonio, **vale davvero chiedersi se, in rapporto alle risorse disponibili, la società abbia perseguito in via esclusiva uno scopo di utilità sociale** e di promozione dello sviluppo.

Il secondo esempio, di tipo qualitativo, trae spunto dal bilancio della Fondazione Cariplo. Questa fondazione, avvalendosi dell'opzione legislativa prevista dall'art. 3 del dlgs 153/99, ha effettuato una forte esternalizzazione del proprio asset management affidando «la quasi totalità dei suoi attivi non immobilizzati, pari a **5.306.000.000 euro, alle gestioni individuali di Polaris Investment Sgr»** (pag. 31 del bilancio). Oltre a tale scelta generale, la Fondazione ha sottoscritto un aumento di capitale della conferitaria e ha deciso, in accordo con lo statuto, di effettuare investimenti Mission Connected partecipando in fondi di private equity o venture capital. Il risultato finale di tale scelta si riflette, anche in questo caso, in una **netta sproporzione tra interventi**

"diretti", pari a circa 170 milioni di euro, e patrimonio affidato (più di 5 miliardi), con l'ulteriore tema relativo al controllo che gli investimenti *Mission Connected* siano effettivamente coerenti con l'esclusivo scopo di utilità sociale che la Fondazione dovrebbe perseguire: in altri termini, se **il fondo di private equity partecipato dalla Fondazione effettivamente si comporti da "operatore etico"**, realizzando solo l'economicità di gestione.

Il problema del controllo

Questi due esempi portano a individuare **nell'assenza di un controllo efficace la risposta finale al quesito di cosa non abbia funzionato** nel modello del legislatore. Il controllo sulle fondazioni bancarie **non è, ad oggi, di competenza di Banca d'Italia, ma del ministero delle Finanze**. Tale competenza era originariamente prevista in via transitoria «fino alla nuova disciplina dell'autorità di controllo sulle persone giuridiche» e fino a che le fondazioni bancarie avessero detenuto partecipazioni di controllo nelle banche.

Il disegno di riforma delle autorità sulle persone giuridiche era un'idea del legislatore di fine anni 90, poi abortita (a eccezione del DPR 361/2000 che ha delegato al Prefetto e alle Regioni e alle Province il controllo sulle fondazioni di diritto privato), mentre – come visto – alcune fondazioni ancora controllano le banche.

Nella sostanza, quindi, **ad oggi non esiste un impianto organico di controllo dell'operato delle fondazioni**, mentre la realtà di questi giorni mostra come da parte del Ministero non ci sia stato alcun efficace supervisione di rispetto sostanziale e dei fini della normativa. Quale soluzione offrire, quindi, per presidiare una corretta e sana operatività da parte delle fondazioni bancarie? **I controlli "endosocietari" ad oggi non sembrano aver funzionato** e il loro rimedio (l'azione di responsabilità contro gli amministratori) può essere un deterrente a condotte non ortodosse, ma non una soluzione efficace da un punto di vista "pubblicistico".

Pare quindi che **non resti che aspettare un intervento del legislatore**, fuori da logiche di lobby, **che deleghi a un soggetto terzo** – in ipotesi anche il prefetto indicato dal DPR 361/2000 (mentre sarebbe impensabile, per identità tra controllato e controllore, delegare questo delicato compito agli enti territoriali) – **il controllo della gestione della fondazione** e, a livello di rimedi, ribadisca la scelta di poter procedere a un commissariamento in presenza di violazione normative e scelte gestionali non coerenti con lo scopo sociale; al pari di quanto accade in merito alla verifica del requisito della prevalente mutualità delle società cooperative.

In altre parole, la scelta del legislatore dovrebbe muoversi verso **l'individuazione di organi di controllo e presidi, oggettivamente e soggettivamente, indipendenti**: prevedendo, da un lato, che la verifica del rispetto della normativa e della mission sia fatta sulla base di dati di bilancio e parametri finanziari certi e, dall'altro lato, che il controllo sia effettuato da soggetti depurati di conflitti di interesse o da relazioni di necessaria cointeressenza con le fondazioni bancarie.

Francesco Stocco

Categorie: [ETcontributi](#)

LAMBERTO LAMBERTINI

La responsabilità da investimento “vanitoso” degli amministratori di fondazioni di origine bancaria

93

1) Mentre si plaudiva da parte della Banca d'Italia al ruolo svolto dalle fondazioni di origine bancaria per la stabilità del loro investimento nelle aziende di credito conferenti (plauso peraltro giustamente e prontamente criticato)¹¹ l'adeguamento delle banche italiane agli obiettivi di capitalizzazione individuati dall'autorità europea (EBA) riduceva drasticamente le aspettative dei dividendi da parte degli azionisti, già penalizzati dal crollo degli utili bancari a cui si assiste dal 2009 in poi.

Riduzione peraltro di non breve periodo, se si considera la necessità di autofinanziamento, in misura molto rilevante, degli stessi istituti di credito.

Questo effetto della crisi dei mercati finanziari pesa soprattutto sul bilancio delle fondazioni di origine bancaria, le quali, nella loro generalità, non hanno sufficientemente diversificato l'investimento del loro patrimonio ed oggi hanno visto ridursi drasticamente l'importo della cedola annuale, staccata dagli istituti di credito partecipati, conseguentemente riducendo, con altrettanta drasticità, l'importo delle elargizioni e così parallelamente riducendo l'utilità degli impieghi sociali sul territorio.

Il fenomeno ha proporzioni molto significative: le principali fondazioni d'origine bancaria (Fondazione Monte dei Paschi di Siena, Compagnia di San Paolo, Fondazione Cariplo, Fondazione Caripadova, Fondazione Caritorino, Fondazione Cariverona) ricevevano nel 2008 dividendi complessivi per 1,455 miliardi di Euro e, nel 2011, hanno ricevuto 333 milioni di euro,

perdendo così 1,122 miliardi in quattro esercizi. In passato e nell'esercizio appena chiuso, molti istituti non hanno distribuito dividendi o hanno distribuito azioni e non finanza (come è avvenuto nel 2009 per i soci di Banca Intesa San Paolo e di Unicredit).

E così la Compagnia di San Paolo, che nel 2007 aveva ricevuto 350 milioni di euro, nel 2011 ha visto ridursi il dividendo a 98 milioni di euro; Fondazione Cariverona, nello stesso periodo, è passata da 112 milioni a 24 milioni di euro²².

E le previsioni per il 2012 sembrano ancora più negative. Dunque, l'aver mantenuto l'investimento nelle imprese bancarie di provenienza si è rivelato perdente (almeno sul piano finanziario, che è però quello che dovrebbe contare di più) e solo chi ha diversificato (Cariplo, in venti anni, ha ridotto la partecipazione nella banca conferente al 21% dei propri impieghi) ha conservato una buona patrimonializzazione, mentre gli altri enti hanno pesantemente patito il protrarsi della crisi di questi cinque anni.

Non sembra più possibile affermare che: *“La crisi del biennio 2009-2010 ancora non è stata registrata, ma le indicazioni che provengono dalle fondazioni che hanno partecipazioni maggiori nelle banche tendono a rassicurare sulla stabilità dell'attività istituzionale...La previsione quindi è che il calo o l'azzeramento dei dividendi bancari non andrà ad intaccare in modo significativo l'attività delle fondazioni e la loro positiva ricaduta sul territorio”*³³.

Al contrario: le erogazioni da parte della Fondazione Caritorino, ad esempio, sono passate da 157 milioni di euro nel 2007 a 65 milioni di euro nel 2011; le ero-

Questo articolo apparirà con alcune implementazioni sul volume degli scritti in onore del prof. Giovanni Gabrielli di prossima pubblicazione.

¹ Costi, *Le fondazioni bancarie: un nuovo governo dell'economia? ne Il diritto delle società oggi, innovazioni e persistenze* diretto da Benazzo-Cera-Patriarca, Utet, 2011, 57

² Fonte, *Comunicazioni societarie*, raccolte di *Corriere Economia*, 12 marzo 2012, con commento di Stefano Righi.

³ Corsi-Messa, *Da Frankenstein a principe azzurro. Le Fondazioni bancarie tra passato e futuro*, Marsilio, 2011, 71-72

gazioni di Caripadova sono passate da 200 milioni nel 2007 a 150 nel 2011.

Questo significa naturalmente sacrificare interessi importanti della collettività, ma significa anche mettere a rischio la finalità medesima della fondazione.

Poiché gli accantonamenti effettuati da questi istituti negli anni al fondo di stabilizzazione delle erogazioni, che non ricevono corrispettivo economico, per quanto significativi, non vengono evidentemente ripagati dalle erogazioni, occorre quindi che vengano apportati sempre nuovi mezzi finanziari che assicurino la continuità della finanza da erogare⁴, pena la perdita del patrimonio della fondazione.

Questa elementare osservazione definisce lo scopo degli investimenti del patrimonio che gli amministratori della fondazione debbono perseguire, per realizzare un'attività erogativa effettivamente utile per settori socialmente rilevanti.

Date queste premesse, occorre dunque chiedersi se la partecipazione delle fondazioni nelle banche conferenti realizzi la tutela degli interessi di carattere generale che tali istituti debbono perseguire.

Infatti: *“La decisione di non disfarsi delle partecipazioni bancarie nel momento della crisi mette in luce una scelta strategica adottata per la miglior valorizzazione del proprio investimento.... È stata forse favorita la stabilità del sistema bancario, ma non necessariamente risulta dimostrata la coincidenza tra questo interesse pur apprezzabile e gli scopi della fondazione”*⁵.

2) È dunque evidente *“un pericolo: la logica della società partecipata può imporsi alla fondazione e rivelarsi incompatibile con la funzione di utilità sociale della fondazione stessa”*⁶, funzione scambiata con la massimizzazione del profitto economico che costituisce lo scopo primario di qualunque azienda, tanto più di quelle bancarie.

Tanto più se le fondazioni maggiori detengono partecipazioni rilevanti e spesso decisive per determinare i componenti degli organi di governo delle imprese bancarie partecipate, incidendo in tal modo nelle scelte strategiche di queste imprese.

⁴ Leardini, *L'amministrazione della fondazione bancaria*, Cedam, 2005, 19. L'autrice ricorda che nelle Fondazioni coesistono due aziende: una che gestisce il patrimonio e l'altra che gestisce le erogazioni. La distinzione qui accennata sarà ripresa successivamente, per verificare le eventuali responsabilità degli amministratori.

⁵ Costi, *Le fondazioni bancarie*, cit., 56

⁶ Costi, *Le fondazioni bancarie*, op. cit. 57

Si potrebbe obiettare che l'investimento della Fondazione nella banca conferitaria mira a conservare il valore del patrimonio ed ottenere una redditività adeguata⁷, tramite il contributo alla *governance* delle società partecipate.

Si può osservare anche che le fondazioni *“non sono soggette alle norme di frazionamento e diversificazione del rischio che caratterizzano la disciplina degli investitori istituzionali”*⁸.

Ma *“la disciplina delle fondazioni...” “non autorizza affatto a ritenere che, nella gestione del patrimonio, esse non siano tenute a perseguire obiettivi di efficienza. Ne è conferma l'enfasi con cui viene più volte sottolineata la necessità del conseguimento di un'adeguata redditività, mentre il collegamento strumentale con i fini sociali dell'ente non significa, come si è cercato di dimostrare, subordinazione a tali fini dei risultati gestionali”*⁹.

Se allora per l'amministratore della Fondazione diviene prevalente un ruolo (che definiremo eufemisticamente “vanitoso”) giocato nel salotto più o meno buono, ma sempre autoreferenziale ed asfittico della finanza italiana, rispetto alla redditività dell'investimento nell'impresa bancaria, e si arriva – come nel caso della Fondazione Monte dei Paschi di Siena – ad un inaudito stato di insolvenza, dobbiamo ritenere che quell'amministratore sia sottratto ad un controllo di merito sui risultati della sua gestione?

3) Tralasciamo peraltro ogni considerazione in ordine al sindacato giurisdizionale sulle responsabilità degli amministratori ed in particolare se esso debba limitarsi ad un sindacato di legittimità o possa spingersi sino al merito, limitandoci a ricordare che: *“Un atto di gestione, che per il suo contenuto comporti sicuramente violazione al dovere di agire nell'interesse sociale è un'irregolarità; un atto gravemente incompatibile, per il suo contenuto economico, con il dovere di gestione diligente e fedele è, non solo un cattivo affare, ma una illegalità; in tali casi, non si tratta, da parte del giudice, di sostituire il proprio giudizio economico, le proprie preferenze, a quelle dell'amministratore; si tratta di constatare che nessun giudizio economico è compatibile con l'atto compiuto, il quale ha quindi una finalità extra-sociale”*¹⁰.

⁷ Art. 5, co. 1°, Dlg. n. 153/99

⁸ Onado, *Aspetti di controllo del sistema bancario. Prime riflessioni in Banca, impresa, società*, 1999, p. 485 e segg.

⁹ Calandra-Buonaura, *Le fondazioni bancarie come investitori di lungo periodo*, in *Banca, Impresa, Società*, Il Mulino, 2010, 396

¹⁰ Appello Milano, 26 ottobre 1979, *Giur. comm.* 1980, II, 745



Una volta accertato il “cattivo affare” quell’amministratore potrà essere sottoposto ad una sorta di sanzione sociale o ad una vera e propria sanzione giuridica. Chiaramente non si può “escludere che il deterrente di un giudizio negativo e della conseguenze perdita di credibilità e del consenso della comunità locale rappresenti un serio incentivo per i gestori ad operare secondo criteri di efficienza e, per chi li sceglie, rispettare quei requisiti di professionalità, competenza ed esperienza che sono richiesti dalla legge”¹¹.

Ciò varrà però solo per le nomine future, giacché, come è peraltro giusto, i consiglieri della Fondazione non possono essere revocati da chi li ha eletti. A meno che la revoca non provenga dagli organi interni (come previsto, tra l’altro, dall’art. 8, secondo alinea, lettera d) dello statuto della Fondazione Monte dei Paschi di Siena) e sia accompagnata da un’azione di responsabilità (azione che curiosamente lo statuto di quella fondazione non prevede).

Risulta evidente la complessità giuridica di un’azione di responsabilità basata sul cattivo investimento da parte degli amministratori, così come risulta difficile

delineare il confine tra interesse extrasociale dell’amministratore e causazione del danno.

La difesa di quegli amministratori, che stiamo criticando, potrebbe infatti ragionevolmente sostenere che “le condizioni del mercato non consentirebbero, all’evidenza, l’assorbimento di significative quote da dismettere nelle società bancarie partecipate (condizione per diversificare) se non a danno in primis delle fondazioni stesse, sia sotto il profilo del prezzo, sia sotto quello degli effetti negativi sul corso del titolo, a decremento del valore della partecipazione residua”¹².

E lo dimostra la vendita “forzata” che sta operando oggi la Fondazione Monte dei Paschi delle proprie partecipazioni nella banca conferente e in quelle controllate. Ma è anche vero che, a questa situazione, si è arrivati perché molte fondazioni sono rimaste esposte con investimenti in un solo titolo (15 su 88 possiedono oltre il 50% della banca conferitaria e altre 23 ne possiedono una quota tra il 20 e il 50%)¹³.

¹² Benessia, *Le fondazioni di origine bancaria tra etica e politica. Divagazione in tema di stakeholder value*, in *Banca, impresa, società*, 2010, 419

¹³ Aciri, *14° rapporto sulla fondazione di origine bancaria*, 2010, 28

¹¹ Calandra-Buonaura, op. cit., 397

Dunque quello che passa per un investimento previdente e duraturo ha determinato: a) una falcidia radicale dei ricavi¹⁴; b) un conseguente proporzionale taglio delle erogazioni sul territorio; c) l'imporsi alle fondazioni della logica delle società bancarie partecipate, logica incompatibile con la funzione di attività sociale delle fondazioni stesse¹⁵.

4) Nonostante le difese possibili e sopra anticipate, la responsabilità degli amministratori sembra configurarsi in modo netto.

Chi ha preferito giocare sul tavolo della *governance* della banca conferente e così perdendo la maggior parte delle proprie entrate, dovrebbe rendere conto di scelte manifestamente dannose¹⁶.

Senza ripercorrere l'analisi sull'interesse sociale e sul conflitto di interesse dell'amministratore basterà ricordare infatti che è *"nella prospettiva della buona gestione dell'impresa che vanno considerati gli interessi personali degli amministratori e le loro posizioni, anche esterne alla società e alla sua attività"*¹⁷.

Ora la buona gestione di una fondazione deve essere meramente conservativa¹⁸ del proprio patrimonio per garantire l'erogazione o è quella di un ente che continua ad esercitare un'importante influenza sul mercato, tramite la gestione indiretta della banche conferenti? Se fosse così, la Fondazione dovrebbe essere assoggettata a normale tassazione per imprese commerciali e non avrebbe diritto, secondo la nostra Suprema Corte¹⁹, ai benefici fiscali degli enti no profit. E ciò de-

terminerebbe un'ulteriore falcidia del patrimonio da erogare.

Se è vero allora che l'interesse sociale è diverso a seconda del modello societario²⁰, è vero che le fondazioni di origine bancaria debbano perseguire la conservazione del proprio patrimonio e l'adeguata redditività dello stesso²¹.

Facendo prevalere la vanità del "grande elettore" dei board bancari, sembra a chi scrive che siano venuti meno i criteri di perizia professionale, previsti dagli statuti e dalla legge²².

Naturalmente non saranno coloro che li hanno designati a muovere "un rimprovero giuridico". Dovrebbe essere semmai il Consiglio Generale della Fondazione (o l'organo corrispondente, comunque si chiami), ad esercitare l'azione di responsabilità per manifesta imperizia e per un conflitto di interessi, sottile a descriversi sul piano giuridico, ma molto evidente sul piano dei risultati concreti.

Stante peraltro la nota e criticata autoreferenzialità delle Fondazioni di origine bancaria, vedremo mai un amministratore rendere conto giuridico delle proprie scelte e risarcire il danno da incauto investimento?

Probabilmente no, perché, per concludere con le parole di un saggio e corrosivo osservatore della realtà italiana della seconda metà del secolo scorso: *"Essere pessimisti circa le cose e la vita in generale è un pleonasmo, ossia anticipare quello che accadrà"*²³.

¹⁴ Comunicazioni societarie, raccolte in *Corriere Economia*, 12 marzo 2012, cit. p. 4

¹⁵ Costi, *Le Fondazioni bancarie*, op. cit., 57

¹⁶ L'organo di controllo interno, pur non potendo sindacare le scelte gestionali deve accertare, tra l'altro, che *"non sia compromessa l'attività patrimoniale della fondazione"*, *Il controllo indipendente nelle fondazioni di origine bancaria*, Acri, settembre 2011, 18

¹⁷ Cera, *Indipendenti: interlocking ed interessi tra modelli societari e realtà*, in *Diritto delle società oggi*, cit., 624

¹⁸ Come ritiene la Corte di giustizia europea, 10 gennaio 2006, causa C-222/04 (punto 111), in *Fisco*, 2006, 743

¹⁹ Sezioni Unite, Corte di Cassazione 29 dicembre 2006, n. 27619, in *Foro it.*, 2008, I, 1278, si veda anche: Savino, *Verso fondazioni bancarie meno "speciali"* in *Giorn. amm.* 2006, 7, 739 e segg.; De Giorgi, *Fondazioni bancarie e linee evolutive della disciplina comune*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 643

²⁰ Sacchi, *L'interesse sociale nelle operazioni straordinarie*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale ed interesse degli stakeholders*, Milano, 2010, 138

²¹ Si veda, per tutti, lo statuto della Fondazione Cariverona che, all'art. 5 del co. 3°, prevede che gli amministratori operino *"nel rispetto dei principi di economicità della gestione, secondo criteri prudenziali di rischio, in modo da conservare il valore economico ed ottenere un'adeguata redditività"*.

²² Art. 18 codice civile: *"Gli amministratori sono responsabili verso l'ente secondo le norme del mandato"*. La responsabilità degli amministratori secondo le norme sul mandato non esclude che l'attività debba essere svolta in modo professionale, sulla base di cognizioni tecniche adeguate, di cui l'amministratore deve essere in possesso. Dominedò, voce *"mandato"* *Nuovissimo Digesto*, X, Utet, 1968 (ristampato), 125. D'altra parte si ritiene che la natura dell'incarico implichi il richiamo all'art. 1176, 2° co., Bonelli, *Gli amministratori di società di capitali*, Giuffrè, 1995, 180.

²³ Ennio Flaiano, *Diario notturno*.



FINIS TERRAE

NUMERO 10 - GIUGNO 2012



L'Italia è «mobile». Nel 2011 spesa a + 52%

Unipol

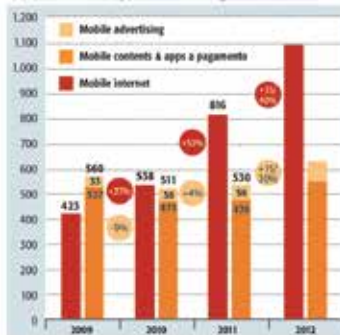
I *Financiers Times*, nella sua Lex Columna che verrà pubblicata oggi, torna a parlare del dossier Unipol-FonSai. E a mettere in luce la caratteristica spesso barocca delle operazioni italiane, in cui però almeno stavolta, ammette il quotidiano della City, si assiste a un esempio di «takeover competitivo», visto che per il gruppo assicurativo si sono sfilati da una parte il gruppo bolognese Unipol, spallato da Unicredit e Mediobanca, e dall'altro il tandem rappresentato da Sator e Palladio. La fusione a quattro proposte da Unipol, osserva la Lex Columna, avrebbe anche un senso industriale: cioè, quello di creare un gruppo con le spalle larghe abbastanza da fare concorrenza a Generali (sul fatto che Mediobanca sia anche controllante del gruppo triestino il giornale glosa). I problemi però sono due: da una parte il fatto che FonSai, Promafin e Unipol si stiano dibattendo sotto il peso del debito. Il secondo è che l'operazione è globalmente complessa, per soddisfare gli interessi in competizione delle parti coinvolte, ed è sbilanciato a favore di Mediobanca (che ha 1 miliardo di esposizione verso FonSai) e Unicredit, il principale creditore di Promafin. Senza contare che non si conosce ancora il valore di mercato del portafoglio di bond strutturati di Unipol, iscritti in bilancio per circa 5 miliardi di euro, che potrebbe penalizzare il suo solvency ratio, una misura chiave della solidità finanziaria dei

gruppi assicurativi, e che la fusione avrebbe l'obiettivo di rafforzare. Come dire: alla fine tutto questo pasticcio avverrebbe per nulla. Mentre l'offerta di Sator «è più semplice, anche se ci sono dubbi sulla possibilità di finanziarla in condizioni di mercato difficili». L'FT conclude dicendo che il board di FonSai, messo al centro della scena, «deve agire nell'interesse di tutti gli investitori». E ignora la cafoneria capace di distorcere che proviene dalla finanza italiana.



EVOLUZIONE DEL MOBILE INTERNET

Fonte: Osservatorio Mobile Internet promosso dalla School of Management del Politecnico di Milano



Accea

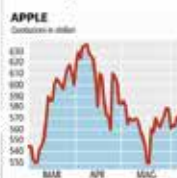
La scelta sulla vendita del 21% di Accea in mano al Consorzio di gestione è diventato anche fatto politico. Ieri, in Aula Giulio Cesare sono volati schiaffi e addirittura pugni. La scintilla è scoccata quando in aula è stato letto il parere del segretario generale che rimanda all'assemblea stessa il voto sulla sospensione, ovvero la possibilità di «sbattere» tutti i 50 mila ordini del giorno, collegati alla delibera, rimandandoli a dopo l'approvazione del bilancio. Così, mentre il presidente del consiglio apriva la votazione, stato l'elenco: gli schiaffi della presidenza assediata dai movimenti per l'acqua pubblica e da alcuni consiglieri, badge per il voto elettronico sottratti, spintoni e schiaffi fino ad arrivare a veri e propri pugni. «Sono sconcertato dalla gravità dell'incidente di stasera, ma che è colpa di chi ha impedito la votazione», ha detto il sindaco di Roma, Gianni Alemanno. Botte da orbi? Non si sa, ma sicuramente botte.

fair@finanzaonline.it

DA EST A OVEST

STATI UNITI

Apple
È la prima Worldwide developer conference senza Steve Jobs. Ma le novità non sono mancate. Tim Cook, l'ai del gruppo, ha presentato la nuova generazione di computer portatili, macbook air e macbook pro. In Borsa tuttavia non vi è stato un effetto novità: il titolo ha veleggiato infatti sulla parità, intorno ai 580 dollari. Cook ha anche approfittato dell'evento



per rimarcare come gli utenti di iCloud siano più 125 milioni, quelli di app store 400 milioni sparsi in 120 Paesi del mondo (entro il mese diventavano 132). E dalla piattaforma virtuale che offre ormai 650 mila applicazioni ne sono state scaricate 30 miliardi. In arrivo inoltre anche la nuova versione del sistema operativo per iPhone e iPad.

PUNTO DI VISTA

Fondazioni, irrocervi senza controllo

In questi ultimi mesi si è riacceso il dibattito sulle fondazioni di origine bancaria, con toni all'apparenza softisti ma, in realtà, con contenuti sarnali. Softisti perché ai cusi protagonisti della vita di queste particolari istituzioni (Giuseppe Guzzetti e Angelo Benenati in testa) ne hanno rilevato la funzione di investitori di lungo termine nelle banche di provenienza e dunque di salvatori di una realtà compromessa sul piano finanziario ed economico.

Non c'è dubbio, peraltro, che l'aiuto prestato dalle fondazioni nei delicati momenti di intervento sul capitale sociale si sia rivelato essenziale, così come non vi è dubbio che, con quegli interventi finanziari, le fondazioni hanno cercato di realizzare almeno uno degli scopi statutari e cioè la conservazione del valore del proprio investimento (art. 5 D.Lgs. 153/99). Se non fosse che poi quegli interventi sono stati accompagnati anche dalla manifesta ingerenza nelle economie dei board delle banche e non solo per questo riguardo i rappresentanti delle Fondazioni, ma anche i presidenti e gli amministratori delle

I critici di questo operato hanno rilevato come si sia privilegiato un ruolo che consta con un altro e più importante scopo statutario delle fondazioni e cioè di ricavare, dal proprio investimento, una redditività adeguata. Le perdite di ricavi da investimenti negli istituti bancari degli ultimi quattro anni sono evidenti: le principali fondazioni di origine bancaria hanno riscosso nel 2008 dividendi complessivi per 1.455 miliardi di euro e nel 2011 ne hanno rice-



Michela Vitti, Fabrizio Saccomanni, Giuseppe Guzzetti, Giovanni Puglisi e Giovanni Pizzarello

ti soltanto 333 milioni di euro, perdendo così 1.122 miliardi in quattro esercizi. Si obietterà che negli interventi delle fondazioni le banche avrebbero avuto problemi assai gravi e quindi le quote e l'aspetto «softistico» della discussione? L'investimento delle Fondazioni sarebbe andato perso. Ma, come dicevamo, questo dibattito è, in realtà, sarnale. Innanzitutto perché il dispendio normativo in particolare il già richiamato D.Lgs. 153/99 prevedeva la di emissione in quattro anni della partici-

azione di controllo nelle banche conferenziate, mentre ancora oggi 15 Fondazioni su 88 possiedono oltre il 50% del capitale della banca e altre 23 ne possiedono una quota compresa tra il 20 e il 50% del capitale sociale. Se, nei primi anni del 2000, si fosse disinvestito all'epoca era sicuramente possibile, peraltro con eccellenti performance finanziarie, oggi le fondazioni controllerebbero forse poco nella scena dei vertici bancari, ma sicuramente potrebbero meglio realizzare il proprio scopo e cioè per-

seguire, con le proprie erogazioni, l'utilità sociale e la promozione dello sviluppo economico (art. 2 D.Lgs. 153/99). La realtà attuale è destinata a peggiorare, come è probabile. L'autorità bancaria europea costringerà a chiudere ancora di più i cordoni della borsa, mettendo a patto il rilascio di utili di esercizio. Ma, come dicevamo, il dato sarnale è costituito dal fatto che, sulle attività delle Fondazioni, manca una qualunque forma di controllo efficiente. Se gli amministratori dovessero infatti

venire meno ai loro compiti, il riapporto nei loro confronti potrebbe venire soltanto da organi interni, spesso composti dalle stesse persone che amministrano. In questo sistema autoreferenziale è impossibile dunque prevedere un'autodisciplina morale ed efficace e il dibattito sulle finalità di ragionevolezza non ha più alcun aggancio con la realtà.

Se manca una norma che consenta a un'autorità predefinita di procedere a un commissariamento in presenza di violazioni normative e scelte gestionali non coerenti con lo scopo sociale, ogni testo e ogni operato ha diritto di cittadinanza e non c'è critica che possa cambiare lo stato delle cose. Con questo rilievo non si vuole la creazione di una nuova autorità garante, ma piuttosto indurre a una riflessione: la mancanza di controllo e di sanzioni, come si persegue l'obiettivo per cui le fondazioni sono state create e cioè l'erogazione continuativa sul territorio a sostegno dell'utilità sociale? Come si può evitare che le fondazioni si concentrino nell'esercizio di un'importante influenza sul mercato, tramite la gestione indiretta delle banche conferenziate? Come si persegue l'obiettivo di conservare il patrimonio e l'adeguata redditività dello stesso? Solo il legislatore può sciogliere questo nodo gordiano, con un intervento preciso, non tanto sulla natura e la finalità di questo particolare intervento, quanto per non consentire che l'autoreferenzialità degli amministratori delle Fondazioni si risolva in un danno per la società.

*Studio Lambertini & Associati

volpe che, non riuscendo ad acchiap- un rialzo del 15,48% a 1,07 euro.

sui destini della società assicurati-

finis@finanzaemercati.it | spalle da possibili takeover.

PUNTO DI VISTA

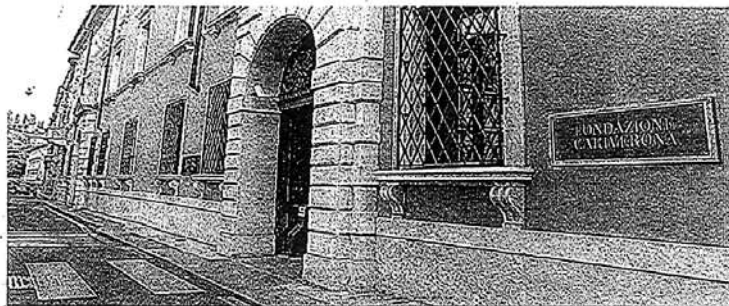
Le Fondazioni bancarie tra fantasia e realtà

Giovanni Sala*

A volte, assistendo al dibattito in corso sulle fondazioni bancarie, si avverte forte l'impressione che la discussione, e le critiche, prendano a oggetto una rappresentazione sempre più lontana dalla realtà. Così, ad esempio, è successo nella recente polemica sulla presunta esenzione dall'Inps: nessuna esenzione, come è stato chiarito, non venendo trattate le fondazioni diversamente dagli altri enti privati che perseguono finalità di riconosciuto interesse pubblico. Le fondazioni bancarie sono poi accusate a volte di essere autoreferenziali - corpi refrattari a ogni controllo sociale che operano solo secondo interne pulsioni - e altre volte, invece, di costituire il cavallo di Troia del ritorno della politica nelle banche.

Le due censure si elidono a vicenda. Insieme, però, dimostrano la difficoltà di comprendere una realtà che non è pienamente riconducibile né agli schemi della politica né a quelli del mercato. Probabilmente perché, se l'ultima veste giuridica è relativamente recente - la legge Amato del 1990 e il decreto Ciampi del 1999 - le radici affondano in una storia remota. Le Casse di risparmio, da cui molte fondazioni traggono origine, sono sorte nella prima metà dell'Ottocento per l'erogazione del credito ai ceti popolari, per sostenere, si direbbe oggi, le economie locali. Promosse dai comuni o da associazioni di privati, erano qualificate corpi morali; non erano riconducibili dunque né allo Stato; perché non erano amministrazioni pubbliche, né al mercato, perché non avevano scopo di lucro. Acquisirono poi la natura di ente pubblico economico, sempre per l'idea che la presenza di istituti di credito fosse indispensabile allo sviluppo economico dei diversi territori.

Con la legge Amato, lo scopero dell'azienda bancaria e il conferimento della partecipazione alle fondazioni, queste sono diventate titolari di un patrimonio che è un bene collettivo, creato dall'attività delle Casse e vincolato dal decreto Ciampi al perseguimento degli scopi di utilità sociale; nei settori indicati dal legislatore, e di promozione dello sviluppo



Il vicepresidente di Fondazione Cariverona risponde alle critiche contro il sistema delle Casse sostenendone la validità sia per ragioni storiche sia per la fondamentale importanza delle banche nell'opera di sostegno allo sviluppo del territorio

economico. La vicenda storica spiega, dunque, la ragione legislativa della presenza ancora oggi nell'organo di indirizzo delle fondazioni, come prescrive il decreto Ciampi, di personalità che «per professionalità, competenza ed esperienza, nei settori nei quali è svolta l'attività della fondazione possano efficacemente contribuire al perseguimento dei fini istituzionali». Gli statuti delle fondazioni, innestando le nuove disposizioni del decreto, hanno attribuito le designazioni a comuni, province e regioni, ma anche a camere di commercio, Università, associazioni, diocesi. Per questo la Corte costituzionale ha rico-

sciuto che le fondazioni, soggetti privati che perseguono scopi di utilità sociale, costituiscono la realizzazione del principio di sussidiarietà quali strumenti di organizzazione delle libertà sociali. Sono i moderni corpi morali, espressione della società nel suo complesso, che, con l'attribuzione dei poteri di designazione alle sue diverse espressioni, pubbliche e private, gli amministratori delle fondazioni valuta, conferma o sostituisce.

L'affermazione, poi, che le fondazioni sarebbero senza controllo non pare corretta nemmeno sul piano giuridico. Il controllo è infatti affidato al ministero dell'Economia,

che deve vigilare sul rispetto della legge e degli statuti, sulla sana e prudente gestione, nonché redigere annualmente una relazione al Parlamento sull'attività delle fondazioni per lo sviluppo economico dei territori in cui operano. Il ministro può sciogliere gli organi e nominare commissari in loro sostituzione anche per promuovere l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori che abbiano violato la legge o gli statuti, o abbiano commesso gravi irregolarità nella gestione.

Altra critica formulata è quella della scarsa diversificazione dei patrimoni, con il mantenimento di posizioni rilevanti nelle banche con-

feritarie, addirittura, secondo un punto di vista, per la vanità degli amministratori delle fondazioni di continuare a ingerirsi nelle nomine bancarie. Anche tale prospettiva pare dimenticare una delle ragioni d'essere delle fondazioni. Diversificare è certo prudente e tecnicamente non difficile: si può differenziare sostituendo le partecipazioni bancarie con altre: per una copertura maggiore è consigliato uscire dall'Italia e dai suoi Btp e pure dall'area euro. Ma ciò vuol dire anche sostenere l'altro sviluppo economico, il rafforzamento patrimoniale, per rimarcare l'effettiva perdita di valore, dovrebbe poi essere operato non con riferimento al momento in cui il mercato azionario ha raggiunto il picco della crescita, ma al momento in cui le fondazioni hanno iniziato a operare. Nel tempo, a lungo, gli investimenti bancari con i corsi di Borsa si sono rivoltati e soprattutto hanno consentito, con i generosi dividendi, assai importanti interventi erogativi sul territorio. Far venir meno il sostegno alle banche nel momento della crisi, sarebbe stato assai più l'idea, parte del dna originario derivante dalle Casse, che le banche vanno sostenute perché servono allo sviluppo. E d'altro canto prevista una rigorosa e giusta disciplina della incompatibilità fra le funzioni di amministrazione delle fondazioni e delle banche. Ciò non significa, peraltro, che, come tutti i titolari di partecipazioni societarie, anche le fondazioni non debbano preoccuparsi che le società partecipate siano affidate ad amministratori capaci e prudenti, attenti al valore nel tempo degli investimenti e anche alle esigenze dello sviluppo. È quello che han cercato di fare se il direttore generale della Banca d'Italia ha di recente riconosciuto che le fondazioni bancarie hanno «finora contribuito positivamente alla stabilità e alla governance delle banche». Non dunque strani mostri senza controllo ma l'affinamento di un modello antico per esigenze collettive sempre attuali.

*Vicepresidente della Fondazione Cariverona e docente di Diritto amministrativo all'Università di Verona





IL QUOTIDIANO DI INFORMAZIONE ECONOMICA



Mps getta la spugna: «L'aumento si farà»

prestito di 4 mld finanziato dal Tesoro non basta a salvare l'istituto. Profumo vara un piano lacrime e sangue che prevede la chiusura di 400 filiali e il taglio di 4.600 posti di lavoro. In più Siena cerca nuovi soci per ricapitalizzare ed estinguere 1 mld di Tremonti bond

FONDAZIONI BANCARIE

STARE A PARLARE DEL SESSO DEGLI ANGELI

di Lamberto Lambertini

I toni lodevolmente pacati del rinomato dibattito sulle Fondazioni di origine bancaria non riescono a mascherare le ragioni di fondo del conflitto. Sembra infatti di parlare di una partita ancora lontana. Si discute di redditività dell'intervento delle Fondazioni, per lasciare alla finanziaria gestione delle banche, da cui le Fondazioni prelevano. Si parla di mercato degli investimenti, per non accennare alle regole necessarie per governare, a livello nazionale, la specializzazione finanziaria e la sua gestione regolare. Si discute di finanza, per non parlare della ingenuità della politica che ha messo in discussione la centralità del ruolo di un capitalista, che cambia lavoro, che invoca libertà di azione, ma non preoccupatamente a chiedere protezione quando è incapace di rendersi da solo.

Se vogliamo chiudere le questioni di fondo, possiamo certamente fare una accurata analisi sulle peculiarità delle Fondazioni, eredi delle Confindemie dell'età di mezzo, dei Monti di pegno dell'età moderna. Possiamo forse dobbiamo pensare all'effettiva rilevanza dell'attività del loro intervento sul territorio, compensata dalla necessità della loro esistenza quali finanziatori di lungo periodo del sistema bancario. Possiamo fare alcune cose, ma forse non a caso. E forse, se non si vorrà, si dovrà lasciare il finanziamento nella proprietà più vasta e chiedere non si davvero un'eterogeneità del fini la trasformazione delle Fondazioni di origine bancaria in elementi di stabilizzazione del sistema.

La storia, soprattutto quella economica, dimostra come il tempo e le sue istituzioni sopravvivano quando siamo in grado di adattarci al cambiamento, quando torniamo nella trasformazione la conferma dell'utilità della proprietà collettiva. Ma la mutazione gestionale delle Fondazioni è un'evoluzione e un'evoluzione periodica? Nel mondo più vasto abbiamo assistito a un mercato del capitale. Il loro di creare disastri o profitti delle responsabilità di tutti, di cui, decise, hanno rinunciato della propria sfera di libertà, quando gli stati tornano si sono trovati costretti a intervenire per salvare le loro banche e le loro più importanti istituzioni finanziarie.

SENEA PAG. 20

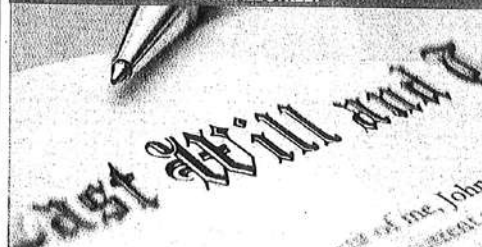
PANORAMA

Russia, agenzia S&P conferma rating BBB con outlook stabile

S&P ha confermato il rating di triple B sul profilo creditizio lungo termine della federazione russa con outlook stabile. Anche la posizione finanziaria della Russia che riflette i pro e contro sui flussi e gli aiuti contenuti dei dati di bilancio. Inoltre resta positivo il bilancio tra il debito lordo e netto, gli aiuti esterni liquidi. Restano le debolezze strutturali dell'economia russa come la forte dipendenza da risorse e le altre commodities che le istituzioni politiche ed economiche deboli che impediscono la crescita della competitività e un clima poco favorevole a investimenti e affari.

Cina, Ue chiama Wto su caso terre rare
Ue chiede all'Organizzazione mondiale del commercio Wto di creare un panel d'arbitro che esamini la controversia a carico della Cina sulle esportazioni di terre rare. La decisione è arrivata in seguito all'impossibilità di raggiungere un accordo con Pechino per quanto riguarda la riduzione dell'esportazione della Cina di terre rare e metallo.

L'ORA DEL TESTAMENTO A WALL STREET



LIVING WILL IN ARRIVO. Entro il 1° luglio Morgan, Cit, Goldman, Bank of America e Morgan Stanley dovranno presentare a Fed e Fdc il loro Living will, piani per lo spezzamento delle attività nel caso non si dissolvano too big too fail. Lo prevede la Dodd-Frank che può imporre ai singoli istituti di vendere asset, ma non in modo sistematico come dopo la Grande Depressione.

PAG. 10

Salini: «Rischio inciucio su Impregilo»

Il manager del gruppo romano, Ferrarini, sfida le banche azioniste: «Scoprite le carte». Continua la battaglia tra Ferrarini e Salini per il controllo di Impregilo, la via dell'autostrada del 12 luglio. Il direttore alla generale di Salini, Ferrarini, spiega l'AMT per spiegare all'angolo gli istituti di credito azionisti di Impregilo. «Le banche lasciano la sfida» che attraversano una fase molto delicata.

CAROTTA SOCIETÀ PAG. 9

Ok al Dl Lavoro, Monti più forte sullo spread

Oggi premier più credibile davanti all'Ue: «Si alla Tobin tax solo se si tutelano i titoli sovrani». Sui 12 Mario Monti più forte quello che si presenterà oggi al governo dell'Ue dove il premier si batte per i titoli sovrani. L'Italia, ha avvertito, «dall'Ok alla cooperazione nazionale sulla Tobin tax, a tutto che lo stesso principio valga anche sul fronte dei meccanismi a tutela dei titoli sovrani».

FRANCESCO TULLA PAG. 3

DIARIO DEI MERCATI



PUNTO DI VISTA

Il credit crunch fa ancora tanta paura
Molto Stadio
Il 2012 sarà un anno difficile per le imprese di Confindustria. Anche dopo la crisi 2011, l'assemblea annuale è stata l'occasione per presentare un bilancio fatto sugli iscritti da cui emerge che il credit crunch è ancora lo spettro più temuto dalle imprese elettriche ed elettroniche italiane. Segue l'alta pressione fiscale, la burocrazia e la mancanza di un efficace politica industriale.



SEGUE DALLA PRIMA

Parlare del sesso degli angeli

Questi salvataggi, secondo commentatori qualificati (Zingales per tutti) non sono la soluzione del problema, ma la sua origine: se i Cee dei più importanti gruppi finanziari sono diventati ministri o consiglieri dei governi, il salvataggio delle istituzioni da cui provengono non deve meravigliare. Meraviglia semmai che nessuno consideri che quei salvataggi non sono al servizio dell'istituzione finanziaria, ma di coloro che l'hanno portata al fallimento, senza subire alcuna conseguenza negativa. Gli stessi che si oppongono all'emanazione di regole certe e di sanzioni concrete contro una speculazione autodivorante e più feroce, più piano economico, di tutte le guerre che abbiamo conosciuto. In Italia, per fortuna nostra, le banche non sono fallite, pur facendo pagare alla collettività la follia corsa dei primi anni di questo secolo all'acquisto di prodotti finanziari sconosciuti e avvelenati. E la salvezza del sistema bancario italiano ha una ragione precisa, ben diversa dalla presunta abilità di chi lo ha gestito in questi anni. E la ragione, come tutti sappiamo, ma ci dimentichiamo di dire, è data dalla grande capacità di risparmio delle famiglie italiane, dalla scorsa propensione a rischiare i propri risparmi, da quel cosiddetto «mulo del mallore» che consente al 65% degli abitanti del nostro Paese di possedere una casa, pagando fino in fondo i mutui contratti per acquistarla. Se non avessimo un debito pubblico così mostruoso (anche questo creato dalla politica e spesso per salvare mercati o grandi imprese traballanti), saremmo noi la locomotiva d'Europa e non dovremmo inchinarci al sogno tedesco. E allora, forse, non è vero che le Fondazioni siano state l'elemento stabilizzante del nostro sistema bancario. Sono diventati sicuramente la stampella che ha sorretto gli errori di quel sistema, offrendo il proprio patrimonio per sanare le gravi ferite inflitte dalla finanza criminalmente fantasiosa e dalla politica inerte, quando non complice di questa stessa finanza.

E così le banche sono salve, almeno per ora! Ma quel sostegno miliardario da parte delle Fondazioni è stato tolto al territorio, proprio quando le nuove povertà bussano alla porta, una volta dei conventi, poi delle Confindemie e dei Monti di pegno e oggi delle Fondazioni.

Ma questa volta, dopo secoli, rischiamo di bussare invano, perché i soldi stanno finendo. Siamo davvero sicuri che non vi siano responsabilità nel sottrarre alla società e ai cittadini, che si impoveriscono risorse per pagare i debiti dei derivati assai? Siamo davvero sicuri che liquidare l'amministratore delegato di una banca con qualche decina di milioni, accollandosi i debiti della sua gestione, sia un modo lodevole di sostenere il sistema? Siamo sicuri che il vero ruolo delle Fondazioni bancarie non sia invece lo stesso che le associazioni dei cittadini svolgono quotidianamente nella società, per supplire alla mancanza della politica (intesa come gestione della cosa pubblica), aiutando chi si è impoverito a sopportare il disagio di una crisi economica, che non è il flagello di Dio, ma il frutto amaro delle opere e dell'incapacità di una cerchia ristretta di uomini avidi?

Lamberto Lambertini



FINIS TERRAE



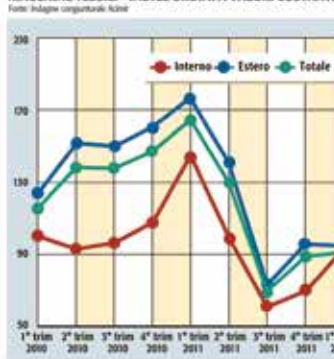
Ordini in ripresa per il meccanotessile

Mps

Rocca Salimbeni termometro delle tensioni della città senese, che ieri ha subito un nuovo colpo. Dopo il blitz della scorsa settimana della Gdf nei palazzi del potere di Siena, ieri il sindaco Franco Cecuzzi (Pd) si è dimesso, proprio nel giorno in cui era in programma il consiglio comunale che avrebbe dovuto discutere il bilancio consuntivo 2011, già bocciato una prima volta lo scorso 28 aprile con i voti contrari di sette esponenti del Pd. Le dimissioni di Cecuzzi, a distanza di un anno dall'inizio del mandato, sono conseguenza della spaccatura della maggioranza in consiglio che ha portato alla prima bocciatura del bilancio. La crisi della giunta guidata da Cecuzzi è iniziata dopo la partita delle semine per il rinnovo del cda di Mps nel segno della discontinuità. Violenza che ha portato a una spaccatura tra il sindaco, da un lato, e gli esponenti locali ex Margherita dall'altro, ed è sfociata con le dimissioni al vertice della Rocca di Alessandro Piremo alla presidenza (al posto di Giuseppe Muscarelli) e di Fabrizio Viola, ex (al posto del dg Antonio Vignoli). Nominare che il sindaco stesso riteneva, ma che gli sono costate la poltrona. Queste hanno portato infatti al tramonto della maggioranza - al comune di Siena, ha detto ieri Cecuzzi, ma «nonostante tutto ciò che ha comportato, continuerò a non avere dubbi. Probande era e lo è ancora più oggi, l'uomo giusto». Insomma, «chi ha criticato la scelta di Piremo (...) lo ha fatto solo perché lo ritene-

A dispetto della crisi il settore meccanotessile cresce nel primo trimestre in Italia. In base all'indagine congiunturale condotta da Aicim, l'Associazione dei costruttori italiani di macchinario tessile, l'indice complessivo degli ordini nel periodo gennaio/marzo 2012 segna un incremento del 2% sul trimestre immediatamente precedente e si attesta ad un valore di 91,2 punti. Si registra, tuttavia, un andamento differenziale tra la raccolta ordini in Italia e quella sui mercati esteri. Sul mercato italiano l'indice è aumentato del 34% rispetto all'ultimo trimestre 2011. All'estero, invece, il calo osservato è pari all'1%. Resta ancora deficitario il confronto con il medesimo periodo 2011: l'indice è diminuito del 45% rispetto all'anno precedente (-46% per gli ordini interni e -35% all'estero). Gli ordini in portafoglio al 30 marzo 2012 assicurano lavoro per un periodo di poco inferiore ai 3 mesi. Le previsioni per il secondo trimestre dell'anno in corso indicano una complessiva stazionarietà per quanto riguarda il mercato interno. Per il 79% delle aziende, infatti, non vi saranno sostanziali variazioni rispetto alla raccolta ordini realizzata nel primo trimestre. Maggiormente differenziate appaiono le indicazioni per l'estero. Solamente il 41% delle imprese reputa plausibile una situazione stazionaria rispetto ai primi mesi dell'anno. Per il 37% delle aziende le previsioni sono al ribasso con una riduzione della raccolta ordini rispetto al precedente trimestre. L'indebolimento della domanda estera rende ancora più urgente definire le piccole e medie imprese italiane degli strumenti necessari per competere sui mercati internazionali. Da Aicim dunque chiedono di sostenere le piccole aziende impegnate a farsi largo sui mercati esteri.

MACCHINE TESSILI - INDICE ORDINI A VALORI COSTANTI

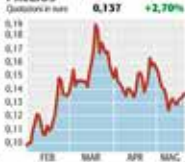


nesso inadatto a una realtà come la nostra, ma perché lo riteneva fin troppo adeguato e quindi indisponibile a sottrarre a qualsiasi forma di condizionamento». Mentre si alza così la tensione nei palazzi del potere di Siena e attorno alla banca, sono in tanti a chiedersi cosa succederà ora nella città del Palio.

Prelios

Altro che luce in fondo al tunnel. Il settore immobiliare dovrà attendere almeno altri due anni per risollevarsi. Parola di Mediobanca se-

PRELIOS



condo cui «non si vede alcun segno di recupero del comparto a causa delle difficili condizioni del credito; dello scenario macro negativo che farà salire l'indice delle disponibilità abitative nei mercati chiave; e dell'austerità che farà aumentare le tasse sul settore immobiliare, innalzando a mordere nella seconda parte dell'anno». Prevedendo un calo dei prezzi degli immobili dell'11,5-20% quest'anno, per Mediobanca gli investitori dovrebbero continuare a mantenere una bassa esposizione sul settore. Sono tube leg-

che è a buon mercato e offre un alto rendimento, ma è esposta al calo dei tassi dei consumi italiani. Prelios che ha ancora molta strada da fare nel suo processo di deleveraging. Aedes e Risanamento che hanno capitalizzazioni molto modeste, un'elevata leva e profitti poco stimolati a livello di utili. L'unica che si salva è Bani Stabili grazie a un portafoglio di alta qualità, un leverage sostenibile e un management valido. Spiraglio per l'investitore, ma una consolazione per il settore.

finanza@finanzamercati.it



Nasdaq

Sì i dubbi sull'eccessivo valore attribuito a Facebook in Ipo sono stati confermati dalla performance sul listino. Il protagonista, in negativo, del collocamento è stato il Nasdaq, che aveva strappato a fatica al Borse il debutto del social network. Il chief executive del Nasdaq si è detto «imbarazzato» per quanto successo. Il Ipo è partito con memoria di ritardo ma per molte ore gli operatori

NASDAQ OMX GROUP



non sapevano se gli ordini fossero effettivamente stati registrati, che ha messo in discussione la capacità del listino di gestire un'operazione di tale portata. La Sec ci si è mossa di mezzo ma il «malfunzionamento» del sistema di trading potrebbe costare caro al Nasdaq. In un momento in cui le quotazioni guardano sempre più alle alternative asiatiche.

PUNTO DI VISTA

Se l'omissione può costituire responsabilità

La primavera delle assemblee per l'approvazione dei bilanci delle società commerciali riserva ogni anno qualche novità. Questa stagione 2012 si caratterizza per le prime tinte rosse delle Fondazioni di origine bancaria nei confronti delle banche di provenienza, che hanno fatto mancare loro la maggiore parte dei ricavi, mettendo a rischio il loro ruolo di erogatori di risorse finanziarie sul territorio. Al fianco di questa un'altra novità: di quest'anno sembra costituita dalle richieste di promuovere particolari azioni di responsabilità sociale nei confronti degli amministratori. Richieste che nelle assemblee per l'approvazione del bilancio non debbono necessariamente essere poste all'ordine del giorno per poter essere votate, consentendo così azioni di filantropia anche da parte della minoranza. Così, nel corso dell'assemblea di Telecom, si è deliberato di agire nei confronti di due amministratori per fatti dolosi (falsificazione carte Sim e spionaggio telefonico). È stata invece respinta l'azione che un'associazione di piccoli azionisti (Asati) avrebbe voluto promuovere contro gli amministratori attuali per aver omesso di agire in responsabilità contro l'ex presidente della società scaduto nel 2006, Marco Tronchetti Provera.

La singolarità della richiesta sta nel considerare l'omissione quale vera e propria responsabilità nell'amministrazione della società, ritenendo dannosa un'inerzia rispetto a un'iniziativa che avrebbe potuto apportare nuovi mezzi finanziari, rinverdire il risarcimento del danno. In que-



sto caso, evidentemente non si discute di quella competenza professionale e di quella particolare perizia che implica il possesso delle cognizioni tecniche necessarie per gestire senza errori l'attività della società in modo profittevole. E neppure si discute di quegli errori gestionali che, pur non integrando conflitti di interesse o di strutturali del patrimonio, implicano comunque una deviazione dal dovere di gestione diligente sul piano tecnico.

Questo tema è quello subordinato, di secondo grado. Il primo tema è se omettere di richiedere all'assemblea il promulgamento dell'azione di responsabilità, lasciandola prescrivere, costituisca o meno una colpa, una mancanza di diligenza tecnica, un danno per la società.

L'azione, di cui si discuteva il promulgamento si sarebbe basata sull'incapacità gestionale e sul pessimo risultato economico che aveva contraddistinto la gestione di Telecom in quegli anni. Nel nostro ordinamento, si discute se possa essere rimproverato all'amministratore «fortunato» l'incapacità gestionale a raggiungere un punto di equilibrio patrimoniale e finanziario, che consenta all'impresa di guadagnare o, per lo meno, di non perdere. E la discussione nasce dal fatto che l'osservanza formale delle regole richieste agli amministratori non garantisce affatto il buon risultato dell'attività economica. Perché un

cattivo affare spesso integra un illecito, quando nessun giudizio economico sia compatibile con l'atto compiuto. Dunque i cattivi risultati non costituiscono sempre ed automaticamente il presupposto per un'azione di responsabilità. Questi sono stati probabilmente i dubbi degli amministratori di Telecom, dubbi legittimi anche da due divergenti pareri legali. Il più autorevole dei quali sconsigliava l'azione. Certo, un'azione infondata avrebbe esposto la società a una pessima figura e a un esborso sicuramente elevato per spese processuali. Ma non agire significa precludersi la possibilità di verificare giudizialmente il corretto comportamento degli am-

ministratori di una società che aveva, per non solo gran parte della sua redditività, ma anche una buona parte di patrimonio. Bisogna ricordare che l'azione di responsabilità sociale è deliberata dall'assemblea dei soci o dal Collegio sindacale. C'è da chiedersi allora: se gli amministratori intrinsecamente incerti nell'opportunità o meno di promuovere l'azione, perché non presentarsi la questione all'assemblea e rimettere la decisione alla maggioranza dei soci?

A quanto sembra dunque, i piccoli azionisti di Asati avevano ragione a richiedere di promuovere l'azione di responsabilità verso gli attuali amministratori rimasti inerti. E se trovarono l'1/40° di capitale sociale, faranno bene a promuovere l'azione di responsabilità esercitata dai soci (art. 2393 bis), anche se non sarà facile quantificare il risarcimento da richiedere.

Studio Lambertini

Lamberto Lambertini*

Franco Bernabè

L'amministratore non risponde di *mala gestio* per la sottoscrizione di derivati

Tribunale di Torino, sentenza 25 maggio 2012

Con atto di citazione, notificato in data 3 febbraio 2011, il fallimento C. di G. spa evocava in giudizio gli amministratori S., G., A., T. e F.

Esponeva parte attrice che la società era stata dichiarata fallita con sentenza del 15 febbraio 2007, che le verifiche e gli approfondimenti svolti dalla curatela avevano evidenziato profili di responsabilità nell'operato degli amministratori sotto due profili e cioè per aver stipulato contratti finanziari derivati con Unicredit, che avevano comportato ingenti perdite pari ad € 7.949.256,77, senza avere la competenza necessaria, senza alcuna preventiva assunzione di informazione adeguate, senza farsi coadiuvare da un consulente finanziario, non tenendo conto che tali contratti non erano compresi nell'oggetto sociale e per aver effettuato pagamenti preferenziali a C. per € 1.943.241,44. Con riferimento ai contratti derivati asseriva il fallimento che la responsabilità per *mala gestio* era da ascrivere in primo luogo allo S., che aveva siglato i contratti con superficialità, in secondo luogo agli altri componenti del consiglio di amministrazione, per omessa vigilanza e per aver attribuito allo S. poteri amplissimi; con riferimento ai pagamenti preferenziali a favore di C. di F. la responsabilità era da ravvisarsi in capo allo S. essendo il predetto anche amministratore delegato di C. ed agli altri componenti A. e G.. Chiedeva quindi di condannarsi gli amministratori al risarcimento del danno.

Il convenuto T., costituitosi, contestava le allegazioni attoree.

Il merito

Parte attrice eccepiva la responsabilità di tutti gli amministratori evocati, individuando come causa di *mala gestio* l'aver stipulato a partire dal 2002 contratti di derivati.

Nella primavera 2002 la C. G. aveva aperto presso U. B. d'I. una linea di credito di 1.500.000,00 euro fra e/c ed apertura export e import e nel contempo aveva stipulato più contratti di derivati ed è parimenti pacifico

sebbene sul punto la difesa incorra in contraddizioni atteso che a pag. 11 della comparsa di risposta scriveva che si trattava di contratti *"connotati da un'oggettiva incomprensibilità e dall'esito sempre (e preordinatamente) a favore dell'istituto di credito, salvo poi assumere a pagina 15 che "all'epoca della sottoscrizione, non risultavano sussistere ragioni di pericolo e di allarme con riferimento ai contratti derivati proposti dalle banche quali semplici moduli standard"*, che si trattava di contratti di difficile comprensione sotto il profilo finanziario.

È pacifico che i contratti sono stati sottoscritti dal solo S., al quale erano stati attribuiti ampi poteri dal consiglio di amministrazione. In particolare lo S. stipulava nel corso del 2002 e nei primi mesi del 2003 diversi contratti variamente denominati rientranti nell'ambito forward fx transaction (cfr. doc. 119 att.), contratti derivati aventi ad oggetto una compravendita a termine di una divisa contro un'altra, sottoposta a particolari condizioni e contratti derivati swap (in particolare in data 2 luglio 2002 un contratto denominato Atlantic CMS swap con capitale nozionale di € 6.000.000, poi revocato in data 17 dicembre 2003 con addebito della somma di € 4.500,00 – cfr. doc. 119-262 att e un contratto IRS stipulato in data 17.1.2003 con capitale nozionale di € 2.724.431 – cfr. doc. 7 att) in assenza di contratto quadro, in quanto il contratto quadro veniva concluso sottoscritto solo in data 10 marzo 2003 (cfr. doc. 15 e 16 att) ed in pari data lo S. aveva sottoscritto la dichiarazione ex art. 31 Reg. Consob 11522/98

A sua volta nel corso del 2003 venivano conclusi sia contratti forward, sia swap (cfr. doc. 119 att)

Di tali contratti non si faceva menzione nella relazione degli amministratori al bilancio al 31.12.2002 (né nella relazione o nella nota integrativa) ma si evidenziava semplicemente che gli oneri finanziari sostenuti nel periodo ammontavano complessivamente ad € 979.552,00 (di cui € 61.874 per perdite su cambi). Nella nota integrativa al bilancio al 31.12.2003 a pagina 9 si dava atto che *"a copertura dell'oscillazione dei tassi*



di interesse sui contratti di locazione finanziaria e sui conti bancari sono stati stipulati alcuni contratti di finanza derivata di tipo Sunrise swap e Interest Swap con scadenze 17.12.2008 e 1.9.2012, importo di riferimento rispettivamente pari ad € 12 milioni ed € 3.1 milione. A copertura dell'oscillazione del cambio della valuta EDS in relazione agli acquisti delle materie prime fibrose sono stati stipulati alcuni contratti di finanza derivata tipo Forward...". La stipulazione di tali contratti aveva portato al tracollo della società, come ammesso dagli amministratori in occasione della presentazione della richiesta di concordato.

Si tratta di accertare se sussista una responsabilità dello S. e degli altri amministratori relativamente alla conclusioni di tali contratti.

Infatti, contrariamente a quanto asserito dalle difese T. e F., la circostanza che i predetti non avessero deleghe è irrilevante, in quanto la disciplina anteriore alla novella del 2003 (avente effetto dal 1 gennaio 2004) prevedeva un obbligo di vigilanza, con la conseguenza, che, secondo la costante opinione della giurisprudenza di legittimità, è ravvisabile la loro responsabilità anche in caso di attribuzioni di funzioni al comitato esecutivo o a singoli amministratori delegati, salva la prova che gli altri consiglieri, pur essendosi diligente-

mente attivati, non abbiano potuto in concreto esercitare della vigilanza a causa del comportamento ostatico degli altri componenti del consiglio. Neppure vale ad escludere la responsabilità degli amministratori sprovvisti di delega la circostanza che essi abbiano ricoperto della carica per breve tempo, stante la natura solidale della responsabilità di cui alla norma citata, sicché l'entità del contributo causale fornito da ciascun amministratore e la graduazione delle rispettive colpe possono assumere rilievo esclusivamente ai fini della commisurazione dell'eventuale sanzione amministrativa nonché ai fini dell'azione di regresso (Cass. 9384/11, 11646/10).

La responsabilità degli amministratori deve essere inquadrata nell'ambito di alcuni principi tenuto conto che nell'ambito dell'organizzazione sociale, la centralità del ruolo spettante agli amministratori (ai quali non è soltanto demandata l'esecuzione delle delibere dell'assemblea, svolgendo essi anche una funzione propulsiva dell'attività di quest'ultima, oltre ad avere la gestione dell'attività sociale e a poter compiere, nello svolgimento della stessa, tutte le operazioni che rientrano nell'oggetto della società) comporta una loro responsabilità qualora la loro condotta sia riconducibile all'esercizio di un'attività non autorizzata;

sussiste quindi responsabilità nel caso di violazione di legge, dello statuto ovvero dei parametri di una gestione diligente. Ed in tema di responsabilità degli amministratori di società, occorre distinguere tra obblighi gravanti sugli amministratori che hanno un contenuto specifico e già determinato dalla legge o dall'atto costitutivo tra i quali rientra quello di rispettare le norme interne di organizzazione relative alla formazione e alla manifestazione della volontà della società e obblighi definiti attraverso il ricorso a clausole generali, quali l'obbligo di amministrare con diligenza e quello di amministrare senza conflitto di interessi. Per questi ultimi la responsabilità dell'amministratore deve essere collegata alla violazione del generico obbligo di diligenza nelle scelte di gestione, sicché la diligente attività dell'amministratore è sufficiente ad escludere direttamente l'inadempimento, a prescindere dall'esito della scelta (Cass. 5718/04).

Il giudice, cioè, una volta accertata la compatibilità delle scelte effettuate con le finalità dell'oggetto sociale non può estendere il proprio sindacato all'articolazione concreta e minuta dell'iniziativa intrapresa, rientrando nell'ambito di quelle scelte discrezionali di cui la legge stabilisce l'insindacabilità.

All'amministratore di una società, quindi, non può essere imputato a titolo di responsabilità ex art. 2392 cod. civ. di aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico, atteso che una tale valutazione attiene alla discrezionalità imprenditoriale e può pertanto eventualmente rilevare come giusta causa di revoca dell'amministratore, non come fonte di responsabilità contrattuale nei confronti della società. Ne consegue che il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non può mai investire le scelte di gestione (o le modalità e circostanze di tali scelte), ma solo l'omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità (3652/97).

Alla luce di tali principi deve essere valutata la condotta dello S. e, conseguentemente degli altri amministratori.

Le operazioni effettuate erano consentite dall'oggetto sociale, potendo la società compiere tutte le operazioni finanziarie per il raggiungimento dell'oggetto sociale. Ora considerato che la società C. di G. acquistava materie prime dall'estero e che tali materie prime venivano pagate in dollari, i contratti forward avevano quale scopo quella fronteggiare le oscillazioni dei cambi, con la conseguenza che la conclusione di tali contratti non può considerarsi inopportuna.

Sul punto le censure che potrebbero essere elevate nei confronti dello S. sono di aver sottoscritto tali contratti in assenza di contratto quadro, stipulato solo nel marzo 2003 e per non essersi informato adeguatamente sulla natura dei contratti. Sul punto peraltro osserva il Collegio che le caratteristiche dei contratti risultavano di semplice percezione, a prescindere dalla lettura contenuta nel contratto quadro e la scelta della società e degli amministratori trovava la propria giustificazione nella necessità di tutelarsi dal rischio di variazione del cambio. All'amministratore non può imputarsi di non aver previsto un andamento anomalo della variazione dei cambi.

Dall'altra parte la società (e quindi la curatela) ben avrebbe potuto (e dovuto: contestare ad Unicredit la nullità di tali contratti stipulati in assenza di contratto quadro ai sensi dell'art. 23 TUF, recuperando integralmente le somme investite circostanza questa che consentirebbe (o avrebbe consentito) di elidere il danno derivante dalla conclusione di tali contratti.

Per quanto concerne la conclusione di swap, osserva il Collegio che tali contratti, che contrariamente a quanto asserito dai convenuti sono pienamente leciti, avevano una funzione prevalentemente di copertura dei tassi di interesse che la società era tenuta a corrispondere al sistema bancario per effetto delle linee di credito che aveva accesso: trovavano, quindi, una loro giustificazione e non possono considerarsi inopportuni, ancorché si fossero poi rivelati antieconomici.

Si tratta di accertare se la condotta dello S. potesse essere considerata negligente per non aver richiesto approfondimento su un prodotto finanziario di difficile comprensione, come dallo stesso ammesso e soprattutto per aver sottoscritto la dichiarazione di operatore qualificato.

Infatti, contrariamente a quanto asserito dalle difese dei convenuti secondo la più recente giurisprudenza di legittimità (Cass. 12138/09) la natura di operatore qualificato discende da due requisiti: uno di natura sostanziale, vale a dire l'esistenza della specifica competenza in valori mobiliari in capo al soggetto (società o persona giuridica) che intenda concludere un contratto avente ad oggetto operazioni su detti valori; l'altro di carattere formale, costituito dalla espressa dichiarazione. Lo S. quindi si era trovato nell'alternativa tra concludere i contratti, contratti che apparentemente avrebbero comportato vantaggi alla società ovvero rinunciare alle linee di credito, con esiti disastrosi per la società stessa.

Per quanto concerne la sottoscrizione della dichiarazione di operatore qualificato, sottoscrizione che



esimeva la banca da fornire informazioni sul prodotto finanziario oggetto di negoziazione, se è vero che, contrariamente a quanto asserito dalle difese dei convenuti, secondo la più recente giurisprudenza di legittimità (Cass. 12138/09) la natura di operatore qualificato discende da due, uno di natura sostanziale, vale a dire l'esistenza della specifica competenza in valori mobiliari in capo al soggetto (società o persona giuridica) che intenda concludere un contratto avente ad oggetto operazioni su detti valori, altro di carattere formale, costituito dalla espressa dichiarazione di possedere la competenza ed esperienza richieste, sottoscritta dal soggetto medesimo, la ratio della norma in esame, come affermato dalla Suprema Corte, è quella di chiamare l'attenzione del cliente circa l'importanza della dichiarazione ed a svincolare l'intermediario dall'obbligo generalizzato di compiere un accertamento sulla corrispondenza tra la dichiarazione e la situazione di fatto, anche perché tale accertamento non è richiesto da alcuna norma, con la conseguenza che *"in mancanza di elementi contrari emergenti dalla documentazione già in possesso dell'intermediario in valori mobiliari, la semplice dichiarazione, sottoscritta dal legale rappresentante, che la società disponga della competenza ed esperienza richiesta in materia di operazioni in valori mobiliari – pur non costituendo dichiarazione confessoria, in quanto vota alla formulazione di un giudizio e non all'affermazione di scienza e verità di un fatto obbiettivo – esoneri l'intermediario stesso dall'obbligo di ulteriori verifiche sul punto e, in carenza di contrarie allegazioni specificamente dedotte e dimostrate dalla parte interessata, possa costituire argomento di prova – che il giudice può porre a base della propria decisione"*, è altresì vero che la semplice sottoscrizione della dichiarazione di operatore qualificato non costituisce una violazione del dovere di diligenza, anche considerato che lo S. aveva comunque una vasta esperienza essendo amministratore anche di C. di F. una società che

operava con l'estero e, quindi un'esperienza tale da consentirgli di adottare le scelte di investimento in perfetta autonomia. D'altra parte il contratto quadro indicava tutti gli aspetti caratterizzanti l'operazione, operazione che in astratto sarebbe stata assolutamente idonea a fronteggiare le esigenze della società, tanto è vero che negli anni 2003 ed nella prima part del 2004 (cfr: conto economico pag. 16 - doc. 7 att) gli swap non avevano generato una grande esposizione, essendo la situazione precipitata solo nella seconda metà del 2004 e nell'anno successivo allorquando la società aveva risolto sei contratti forward subendo passività significative (cfr: doc. 119-65 att).

E le operazioni effettuate a partire da tale momento erano consequenziali, cioè volte ad arginare le perdite dei precedenti contratti ed in quanto tali, pur avendo profili speculativi, non possono considerarsi inopportune. Pertanto alla luce di tali considerazioni si ritiene che la stipulazione di contratti derivati non possa considerarsi atto di mala gestio, con la conseguenza che nessuna responsabilità è ravvisabile in capo agli amministratori.

Parte attrice nei confronti degli amministratori S., A. e G. individuava quale ulteriore fonte di mala gestio l'aver effettuato pagamenti preferenziali nei confronti di C. di F. di cui lo S. era amministratore.

Premesso che sostanzialmente i predetti amministratori non hanno contestato di aver effettuato tali pagamenti e, per il vero, neppure che tali pagamenti fossero "preferenziali", pur allegavano una giustificazione agli stessi, individuata nella possibilità per C. di G. di ottenere materie prime con facilità, osserva il Collegio che tale condotta non comporta alcun danno per la società in quanto i pagamenti erano comune dovuti.

Per quanto concerne i creditori i pagamenti preferenziali potrebbero comportare un danno per i creditori privilegiati che non risultino soddisfatti dalla realizzazione dell'attivo e per i chirografari ai quali potrebbe venire attribuita una percentuale inferiore a quella attribuita a C. di F.

Senonchè osserva il Collegio che parte attrice non ha allegato in modo specifico (né a maggior ragione ha provato) che vi è stato danno sia per i creditori privilegiati, sia per i creditori chirografari che si vedono attribuita una somma inferiore a quanto avrebbero diritto in mancanza di tali pagamenti, con la conseguenza che mancano l'allegazione prima e la prova che i creditori hanno subito in concreto un danno da tali pagamenti la domanda deve essere respinta.

Tali conclusioni comportano l'assorbimento delle ulteriori questioni.

LEGAL

MARTEDÌ 11 MAGGIO 2012

DECRETO LIBERALIZZAZIONI

Project bond, le previsioni fiscali diranno se avrà avuto successo

FRAPPALE VILLA*

Con il decreto liberalizzazioni (Dl n.1 del 24 gennaio 2012), convertito in legge lo scorso 24 marzo, è stata modificata la disciplina in materia di emissione di obbligazioni da parte delle società di progetto. Tale intervento è finalizzato a favorire la costruzione di opere infrastrutturali in un momento in cui il finanziamento delle opere pubbliche è diventato più difficile. La normativa si caratterizza per una serie di novità apportate al testo dell'art. 157 del Codice dei Contratti Pubblici. Il D.L. liberalizzazioni introduce alcune novità tese anche a superare le criticità che rendevano lo strumento poco appetibile soprattutto a causa della caratteristica assenza di cash flow nella fase di sviluppo del progetto. Nelle specifiche la norma deroga al limite di emissione di obbligazioni e titoli di debito al massimo, tra l'altro, la previsione che le obbligazioni debbano essere garantite qualora superino il doppio del capitale sociale, della riserva legale e delle riserve disponibili; la norma prevede, inoltre, che le obbligazioni possano essere sottoscritte da investitori istituzionali, per permettere il coinvolgimento dell'intero sistema finanziario nel finanziamento delle opere pubbliche; infine la stessa introduce alcune opportune deroghe all'applicazione della normativa in materia di assemblea degli obbligazionisti oltre alla previsione che, nella fase di sviluppo, le obbligazioni possano essere garantite da fondazioni, fondi privati e organismi quali la Cdp o Sace. Dal punto di vista fiscale la norma non prevede una disciplina di lavoro sottoposto a project bond alla attuale normativa fiscale già applicabile alle emissioni obbligazionarie effettuate dalle società di progetto previste dall'articolo 156 del Codice dei Contratti Pubblici, limitando la deduzione degli interessi passivi ai fini dell'imposta dovuta. Riguardo all'impostazione in capo agli obbligazionisti si rievoca che gli interessi corrisposti ai project bond holder sono soggetti a ritenuta a titolo d'imposta o di acconto a seconda dei casi del 20% che può scendere normalmente al 10% quando i percipienti siano beneficiari



effettivi e risiedono in paesi con i quali è in vigore in Italia un trattato contro le doppie imposizioni. Un ulteriore aspetto fiscale da tenere in considerazione è il regime applicabile alle garanzie sui project bond rilasciate dalla società di progetto o da terzi. Diversamente dai finanziamenti bancari, ai quali si applica l'imposta sostitutiva che evita qualsiasi ulteriore onere sulla costituzione di garanzie a favore delle banche, nei project bond la concessione di garanzie è soggetta ad imposta di registro nella misura dello 0,5% e, nel caso di ipoteche immobiliari, anche alle imposte ipotecarie del 2% (o 3%) e catastale dell'1%. In conclusione, si ritiene che sia necessario un ulteriore intervento normativo volto a eliminare la perdita finanziaria alla deducibilità delle imposte ipotecarie e catastali in capo alla società di progetto come avviene nel caso di emissioni di prestiti obbligazionari emessi dai grandi emittenti e a mitigare la fiscalità dei proventi percepiti dai bond holder, magari applicando l'aliquota del 12,5% prevista

per i titoli del debito pubblico e caldeggiata in sede di conversione del decreto Liberalizzazioni, ovvero attraverso l'introduzione di esenzioni nei confronti di investitori residenti in paesi aderenti alla singola di quanto già previsto con riferimento ai proventi delle obbligazioni dei grandi emittenti di cui all'articolo 6 del D.Lgs. 1 aprile 1990, n. 239. A tale ultimo proposito si segnala che sono attualmente sul tavolo del governo alcune proposte volte ad estendere il regime di detto decreto e a togliere la limitazione dell'art. 2412 c.c. alla generalità delle società non quotate. Potrebbe inoltre essere utile alleviare l'imposizione indiretta sulla garanzia attraverso una specifica norma di totale esenzione ovvero con la previsione della riduzione alla metà delle imposte ipotecarie e catastali in capo alla società di progetto come avviene nel caso di emissioni di titoli strumentali di cui siano parte i fondi immobiliari chiusi. Sarebbe altresì auspicabile un regime fiscale sostanzialmente equivalente al regime proprio delle

cartolarizzazioni, dove i trasferimenti di crediti che hanno beneficiato dell'applicazione dell'imposta sostitutiva sui finanziamenti e le vicende riguardanti le garanzie su tali crediti continuano a beneficiare del regime di favore offerto dall'associazione a monte di tale imposta. Infine, potrebbe risultare opportuno prevedere che gli attivi ed i proventi derivanti dall'opera siano soggetti, per legge, e destinati al ripagamento delle obbligazioni, sulla scia di quanto avviene nel contesto della cartolarizzazione, la considerazione delle grandi aspettative e opportunità collegate al settore delle infrastrutture in Italia e delle stesse dichiarazioni del ministro Caccia, secondo il quale se si arrivasse a una equiparazione fiscale ai ETF -dove non si tratta, in senso positivo-, si auspica l'introduzione da parte del Governo delle necessarie modifiche alla disciplina legale e soprattutto fiscale che, purtroppo, presentava ancora rilevanti criticità.

*Head of Tax -Watson Farley & Wills

PROTAGONISTI

Lambertini: così la crisi ha cambiato la professione

di Giuseppe Lettini

Una ventata di esperienza professionale che arriva dal Veneto e che dal 1983 si è progressivamente estesa al diritto amministrativo, al diritto industriale, al diritto finanziario ed ai mercati mobiliari. Umberto Lambertini è avvocato dal 1977, è partner dell'onorario studio ed è esperto di diritto societario e commercialista. Tra i vari incarichi, oltre a quello di vice segretario nazionale della Federavvocati (associazione di categoria) e quello di presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Verona, Lambertini è stato consigliere di amministrazione della Fondazione Arena di Verona dal 1999 al 2006 ed è entrato a far parte del Comitato Scientifico della Rivista di Giurisprudenza ed economia aziendale. Ha inoltre ricoperto il ruolo di consigliere d'amministrazione indipendente di Cad.it Spa, società quotata al segmento Star di Borsa italiana spa.

Avvocato Lambertini, qual è la percezione del mercato dal suo osservatorio?

Come era prevedibile, la crisi del sistema finanziario ed economico ha modificato in gran parte l'attività professionale: il conflitto societario si è ridotto, come gli interventi di finanza strutturata. Siamo tutti occupati oggi a ristrutturare debiti, a cedere ad investitori, spesso stranieri, pezzi importanti del nostro patrimonio produttivo ed a trovare soluzioni, anche concorsuali, alla crisi di impresa. Qualcosa però sta cambiando, certamente ma in buona progressione: la ripresa non è più così lontana. Sicuramente però stanno cambiando la cultura ed i comportamenti degli attori della nostra scena economica. Le aziende cercano di autofinanziarsi, a fronte della riduzione del credito bancario. Le aziende familiari hanno già scelto, in molti casi, di investire il patrimonio della famiglia nell'azienda, per garantirne la prosecuzione. I paesaggi gene-

razionali sembrano dettati dall'efficienza e non solo da interessi nepotistici. Credo che il nostro paese stia rispondendo alla crisi con una certa efficacia, come sempre è avvenuto nei momenti peggiori (nel dopoguerra e negli anni del terrorismo siamo stati capaci di reazioni straordinarie ed efficaci). La normativa però può e deve anche stare. Avvocato, a suo giudizio quale norma andrebbe e per quale motivo?

Abbragherò la legge sulle grandi imprese in crisi: distorce il mercato, nel quale occorre prevedere il fallimento di chi non è in grado di competere. Contemporaneamente però occorre dare dalle imprese la possibilità reale di competere, con i giusti supporti per l'esportazione, la riduzione drastica del carico fiscale per il costo del lavoro, lo sviluppo di alcune infrastrutture decise, quali il corridoio europeo numero 5, la viabilità del sud e gli investimenti per lo sviluppo e la ricerca. L'eccesso di rigore è una medicina che uccide. L'ammalato e senza sostegno alla formazione perdono interesse generazionali di giovani.

Quale ritiene essere, per sua esperienza, la norma che invece promulgherebbe o per la quale ritiene utile un intervento o una modifica importante da parte del legislatore?

Un'esclusiva per i giuristi, nella redazione dei contratti che, per valore ed oggettività, abbiano certezza e non siano per gli enti economici. Noti che ho parlato di giuristi, non di avvocati. L'effetto di una piccola norma senza costi sarebbe assai rilevante: eliminati, o per lo meno ridotti, i conflitti, si alleggerirebbe il peso sulla giurisdizione ordinaria, liberando risorse da destinare all'accelerazione di quei processi che hanno per oggetto un bene inalienabile. E non mi riferisco solo alla libertà personale.

RASSEGNA STAMPA

IL FONDO SOVRANO LIA RICORRE CONTRO IL SEQUESTRO DEI BENI.

La Libyan Investment Authority (Lia) ha incaricato gli avvocati Michael Basso e Giovanni Battista Bruno dello studio Shearman & Sterling LLP di Roma e l'avvocato Fabrizio Petroni di Milano di tutelare i suoi interessi, con la presentazione di un ricorso alla Corte d'Appello di Roma. Con il ricorso il Comitato di Gestione chiede tale fondo si riconosca quale proprietà di Lia e non della Gheddafi.

L'articolo è stato pubblicato su Messaggero del 27/04/2012

LA FONTANA DI TRIVETI 78 MILIARDI. UN PO' MENO DEL COLOSSO

L'ufficio studi della camera di commercio di Monza e Brianza ha calcolato quanto potrebbe valere il marchio del Colosseo, del Duomo di Milano e degli altri monumenti simbolo dell'Italia. A differenza di quanto avviene in altre nazioni europee, in Italia, gli enti pubblici non si stanno certo affrettando a registrare i loro brand, come conferma Luigi Manservigi, avvocato di Roma.

L'articolo è stato curato da Patrizia Cicchi e pubblicato su Mondo del 27/04/2012

SONO FAMILA I MILANESI CHE LAVORANO PER GLI STRANIERI

Da un'indagine della Camera di Commercio di Milano si è fatta l'inchiesta emerge che a Milano sono almeno 11 mila gli italiani che lavorano alle dipendenze di imprenditori stranieri.

L'articolo è stato curato da Giovanni della Riva e pubblicato su il Giornale del 27/04/2012

TOP-MANAGER COME DORO: MOLARE LE POLTRONE CHE CONTANO

Scade il tempo limite per mettersi in regola con l'articolo 24 del decreto sulla Italia. D'ora in poi gli amministratori di banche, assicurazioni e società finanziarie potranno riscoprire un solo incarico. Al bando, allora, le doppie e a volte anche triple poltrone in società concorrenti. Anche per gli avvocati Alessandro Pedersoli e Marco Spadacci è tempo di lasciare qualche poltrona e rifare i conti.

L'articolo è stato curato da Vittorio Molagutti e pubblicato su Fatto Quotidiano del 26/04/2012

CANTÉ, BROCHE E... AFFARI

Marco Pans è l'avvocato che può vantare la laurea

LA DOMANDA HA SUPERATO DI CIRCA 17 VOLTE IL QUANTITATIVO OFFERTO. LE NEGOZIAZIONI INIZIANO VENERDÌ 27 APRILE

La Bonelli Cuccini S.p.A. ha finalmente comunicato la conclusione con successo dell'offerta globale di vendita e sostituzione delle proprie azioni ordinarie

L'articolo è stato curato da Florio Cusi e pubblicato su Repubblica - Edizione Firenze del 25/04/2012

CASSA DI RISPARMIO, BENEDIZIONE LASCIA MORIBONDI PRESIDENTE. LANDE NEL CDA

Giuseppe Morabito, professore di diritto amministrativo presso la facoltà di Giurisprudenza alla Sapienza, è il nuovo presidente della Cassa di Risparmio

L'articolo è stato curato da Florio Cusi e pubblicato su Repubblica - Edizione Firenze del 25/04/2012

FINALIZZATA LA QUOTAZIONE SUL MERCATO TELECOMUNICAZIONI (MIL)

L'articolo è stato pubblicato su Corriere dell'Unità del 25/04/2012

L'AVVOCATO AL SUPERMERCATO (E ALL'ASTA)

Sulla scia della liberalizzazione dei servizi legali previsti dalla Tesco law, nel Regno Unito è nato L'Avvocato al Supermercato. Una sorta di ally legale. E anche le grandi firme, come PwC e Siemens si sono mosse in campo.

L'articolo è stato curato da Maria Baccantini e pubblicato su Economy (Panorama) del 25/04/2012

SUI FORMIGONI MOZIONE DI SITUAZIONE DEL PD "COLPITO COME BERLUSCONI. MA NON CEDA"

Lo scandalo sulla sanità lombarda che vede chiamato in causa anche il governo regionale ha messo la classica morsa per gli studi legali che tra richieste, perizie, indagini, e saltemo hanno lavoro garantito per molto tempo. In questa "giri" sono al lavoro gli studi degli avvocati Giarda, Monti, Palero e Lucifello.

L'articolo è stato curato da Davide

CORRICO E PUBBLICATO SU REPUBBLICA DEL 24/04/2012

TANZI CONDANNATO A OLTRE 17 ANNI

Mentre l'avvocato Fabio Belloni legge di Calisto Tanzi continua a chiedere la concessione degli arresti domiciliari per il suo assistito, il Tribunale di Appello di Bologna ha condannato l'ex patron della Parmalat a una pena di 17 anni e 10 mesi per il crack da 14,5 miliardi commesso la sentenza di primo grado di 18 anni inflitta dal Tribunale di Parma.

L'articolo è stato curato da Florio Cusi e pubblicato su Sole 24 Ore del 24/04/2012

DOPPII INCARICHI NEI CDA, CORSA CONTRO IL TEMPO

L'articolo 36 sulla tutela della concorrenza e partecipazione incorre nei meriti di credito e finanziari, contenute nel cosiddetto Salvo Italia prevede finalmente le disposizioni negli organi gestionali, di sorveglianza e di controllo e ai lavoratori di vertice di società assicurate e banche concorrenti.

L'articolo è stato curato da Antonio Ronelli e pubblicato su Italia Oggi Sette del 25/04/2012

INDIPENDENZA DEI PROFESSIONISTI

Società tra professionisti alla prova dell'indipendenza ed autonomia degli stessi professionisti

di Lamberto Lambertini, avvocato, Studio Lambertini & Associati

Le voci contrarie alle società tra professionisti temono che le nuove realtà societarie possano alterare l'indipendenza e l'autonomia del professionista, principi che sono alla base della di quella che una volta si chiamava la professione liberale.

Se le società tra professionisti dovessero davvero trovare una regolamentazione legislativa adatta alle esigenze attuali della professione (e dubitare è lecito), ci si deve chiedere se sia possibile una forma di controllo sull'effettivo esercizio dell'attività ed eventualmente da parte di chi.

Le voci contrarie alle società tra professionisti temono (non senza ragione) che le nuove realtà societarie possano alterare l'indipendenza e l'autonomia del professionista, principi che sono alla base della libera attività professionale, di quella che una volta e per l'appunto si chiamava la professione liberale.

Questi timori non sono certo infondati: se lo studio è il frutto dello spin-off della divisione legale di una grande impresa, che del neo-costituito studio rimane socio di larga maggioranza (o comunque su questo esercita un'influenza dominante: qui i voti si possono pesare e non contare, come direbbe il compianto Presidente di Mediobanca), difficilmente sarà contemplato il diritto per il professionista-socio di rifiutare un mandato, di indirizzare sul piano etico un'iniziativa, di evitare un contenzioso privo di contenuto giuridico, ma utile comunque alla grande impresa.

Di fronte a queste ipotesi, non serve a molto affermare, come è peraltro vero, che una situazione di subalternità, sia pur solo intellettuale, è già molto diffusa nei professionisti, allorché un cliente di particolare potere sia in grado di imporre un ruolo servile. Non importa, poi, se la potenza la esprima una multinazionale o il "ras" del paese.

La debolezza della libera professione sta anche nella mancanza di indipendenza di chi la pratica; ma un conto è la debolezza del singolo ed un conto diverso è la consacrazione di tale debolezza.

Peraltro, sulla situazione denunciata non c'è controllo che tenga, se non la coscienza individuale ed il coltivare forme associative dei virtuosi, che contribuiscano a tenere dritta la schiena dei propri associati.

Sarebbe, tuttavia, illusorio pensare che una qualche forma di controllo possa essere svolta dai Consigli dell'Ordine. Nella forma attuale i Consigli non avrebbero alcuna incidenza effettiva, sia per l'organizzazione interna, che per mentalità.

Per il primo profilo, basterà pensare solo al fatto che i nostri Consigli dell'Ordine hanno un numero massimo di 15 componenti, i quali dovrebbero effettuare forme di controllo su un numero di iscritti che varia da un minimo di 500 ad un massimo di 30 mila.

I Consigli, oggi, non sono neppure in grado di verificare se i praticanti effettuino la pratica in concreto o sulla carta; figuriamoci se potranno verificare forme organizzative delle società tra professionisti ed autonomia e indipendenza dei soci.

Ma a parte questo non insignificante particolare, come si controlla la mancanza di autonomia e la subordinazione di fatto?

Può darsi che il professionista conculcato denunci la limitazione della propria attività all'Ordine: se succederà, non si vede quale possa essere l'intervento (se non forse repressivo), ma si vede bene la sorte dell'esponente, che dovrà cercarsi nuove forme di organizzazione del proprio lavoro.

Su questo piano, dunque, non ci sono rimedi.

Ciononostante, non è questa una buona ragione per non dotare il nostro ordinamento di società tra professionisti.

I vantaggi, infatti, sembrano anche sulla carta, superare i pericoli.

La possibilità di usufruire di maggiori mezzi finanziari, apportati dal socio non professionista, apre grandi spazi a settori indispensabili per la professione, ma spesso trascurati, quali l'aggiornamento e la ricerca scientifica, necessari per offrire servizi di qualità.

Tali mezzi finanziari potrebbero consentire di dotarsi di mezzi materiali, prima fra tutti quelli tecnologici, indispensabili per non essere meno organizzati dei nostri clienti e, dunque, per non esserne intellettualmente subordinati.

■

PAUL ZUFFERMANT

Il centro di Vicenza? Una miniera gastronomica!

107

Ho letto con particolare interesse e attenzione l'articolo di Renée Gormant sulla cucina vicentina, ossia del digiuno in centro e dell'elogio del fuori porta. Non sono d'accordo.

Niente da dire sui locali citati dall'autore, anche se qualche appunto sulle "spennate ingiustificate" di Amici Miei e sulla gestione cinese dei "Nodari" andrebbe maggiormente evidenziato. Anche "Il Molo" è un approdo meno felice di quanto appare, almeno per un intenditore.

Sembra comunque d'intuire che Renée non è di Vicenza e che i suoi apprezzamenti sulla cucina sono forse influenzati da frequentazioni con piacevole e gaudente compagnia che ha permesso, probabilmente, forse, di far passare in secondo piano la qualità dei piatti. E inoltre, l'autore sembra dimenticare di appartenere alla Stiradina, e quindi ai canoni a cui si ispira, perlomeno per come mi sono stati spiegati. A parte Amici Miei gli altri locali citati non godono di piacevoli frequentazioni.

È noto ai vicentini che da tempo l'orda di coloro che alla sera sono alla ricerca di un locale dove cenare, dopo un aperitivo che sa più di antipasto, si sposta dalla piazza dei Signori e dalla piazza "delle Scarpe", dove pullulano i locali più frequentati dagli animatori della movida vicentina, alla zona est della città, dove sono nati alcuni locali che nulla hanno da invidiare a quelli citati da Renée Gormant nel centro (Amici Miei, Nodari e il Molo), anzi.

Julien e da poco il **Pullmanbar** offrono a chi li frequenta anzitutto un bel vedere di grazie femminili (chissà perché sempre sole!) e poi una cucina semplice ma piacevole. Il primo, Julien, è un locale sempre ben frequentato, con un arredo moderno e accattivante, purtroppo un po' sacrificato nelle dimensioni, che offre vini di alta qualità e piacevole musica, anche se a volte è più di disturbo che di piacere. Notevoli sono i dessert, è difficile dimenticare il tortino di cioccolato. Di fronte a Julien da poco è nato il Pullmanbar,

che vede Morgan Pasqual alla regia: è citato con lode da Rafael Garcia Santos, padre dei congressi di San Sebastian. Scusate se è poco, direbbe Totò. Anche qui un arredamento moderno ma semplice. Punto di forza una terrazza, coperta d'inverno, che offre un'incantevole visione sul fiume Bacchiglione e uno scorcio parisiense del palazzo Chiericati. Anche qui notevoli le presenze, per i soci della Stiradina.

Se da Julien torniamo verso piazza dei Signori percorrendo contrà Cabianca prima, contrà Piancoli poi e infine contrà Ponte San Paolo si arriva in una piccola ma suggestiva piazzetta dove anche qui, da poco, un gestore un po' naif, tale **Chris**, ha aperto un locale che porta il suo nome. L'interno è molto semplice e ben curato, anche se il punto di forza è mangiare all'aperto, con vista sulle colline di Monte Berico. Unico appunto, manca un locale cucina; come faccia da mangiare è un mistero. Attraversato il vicino **Ponte San Paolo** ecco l'omonima trattoria con una bellissima terrazza coperta che offre un'incantevole inquadratura della Basilica Palladiana che si specchia sul sottostante fiume Retrone. Cucina semplice, casalinga, ma molto variegata e diversificata. Il sapore è quello di una trattoria di *'sti ani* anche se la luce delle lampadine a basso consumo ci riporta ai giorni d'oggi.

Da qui si ritorna poi verso la basilica Palladiana con uno stop nell'**Antica Trattoria al Bersagliere**, premiata, pochi lo sanno, per il miglior baccalà alla vicentina. Tant'è che qualche anno fa ha vinto la sfida di Slow Food con i piatti a base di stoccafisso italiani. Anche qui cucina di livello, locale accogliente, con una piacevolissima finestra che dà su contrà Pigafetta e che offre un'incantevole spot, soprattutto nelle ore notturne. Unico neo, capienza molto limitata. Grande rapporto qualità-prezzo. Il migliore.

In piena piazza dei Signori, il rinato **Caffè Garibaldi** a onta del nome è in realtà anche un ristorante. Il restauro cui l'ha sottoposto la nuova gestione di Manuela Cunico Pietrobelli l'ha trasformato in un locale



di classe, che non sfigurerebbe a Milano o New York. L'aperitivo sulla terrazza di fronte alla Basilica è uno dei piaceri imperdibili a Vicenza. Non se lo perdeva neanche un anziano Ezra Pound, che prendeva il treno da Venezia, dove abitava, scendeva alla stazione vicentina, si incamminava a passo lento fino in piazza e si sedeva in questa terrazza assorto ad ammirare per ore in silenzio lo splendore dell'architettura palladiana. La cucina del Garibaldi è affidata a Gianluca Guglielmi (sous chef Enrico Cecilian) e abbina il rispetto della tradizione a una giusta dose di innovazione nei piatti. Qualche esempio? Eccolo. Budino di ricotta e spaghetti di zucchine al timo; code di gambero allo zenzero, sedano bianco e gelatina di balsamella; trancio di branzino, crema di crescione e verdure corccanti; "bavette" di manzo marinata alle erbe fini con caponatina di melanzane, uvetta e pinoli. Come vedete, siamo ad alti livelli. Anche l'Accademia della Cucina l'ha "benedetto". La scelta dei vini è ampia, bollicine comprese, dai Franciacorta agli champagne.

Dalla piazza dei Signori ci si sposta poi nella vicina piazza "Della Scarpe" dove due secoli e mezzo fa Antonio Vivaldi frequentava l'osteria che si trovava accanto al teatro. La facciata del teatro esiste ancora, l'osteria fino a poco tempo fa pure: la sua insegna era "Vini del Chiampo", perchè dall'ovest vicentino arrivavano i vini migliori. Adesso praticamente al suo posto ha aperto un'enoteca, l'Ovosodo, che per tenere fede alla fama vicentina ha come simbolo due gatti rampanti. Intendiamoci: i gatti sono nel cartiglio, per scherzo, non finiscono nei piatti. Qui la Stiradina avrebbe solo l'imbarazzo della scelta, se non fosse per la giovane età delle frequentatrici.

Poco distante da piazza dei Signori e adiacenze, sulla direttrice parallela a corso Palladio, in un angolo di piazza Castello che dà su contrà Vescovado è da segnalare il **Mozzarella bar**, locale ideale per spuntini e pranzi veloci. La specialità sta nella ragione sociale ed è apprezzata da un pubblico vasto e impreziosito da donne (più o meno) in carriera che alla Stiradina non dispiacerebbero, come tipologia e come numero.

A pochi passi, in piazza Duomo, è da assaggiare assolutamente il baccalà della trattoria **da Righetti**: un locale semplice, ma assolutamente genuino come la pietanza (regina della cucina vicentina) di cui è uno dei portabandiera. In tema di osterie, sotto la Torre del Duomo, da segnalare **Al Campanile**, per gustare un buon bicchiere. Altro locale storico, anche se si trova vicino a ponte degli Angeli, è l'**Osteria Pitanta**: se ci trovassimo a Venezia sarebbe un *bàcaro* caratteristico e Angelina Jolie, nelle pause di *The Tourist* andrebbe a mangiare lì. Siccome siamo in contrà Santa Lucia, ci limitiamo a segnalarlo per chi ama gli *spunciòti* e il buon vino.

Da ultimo, in centro, un accenno va fatto alla "calcistica" **Trattoria Il Corsore** dove non è raro trovare i calciatori del Vicenza Calcio che vengono non solo deliziati dalla tanto semplice quanto piacevole cucina casalinga ma altresì ispirati dalle maglie di illustri colleghi che li hanno preceduti, che il titolare, lo sfegatato tifoso Renato Rigodanza, ha appeso alle pareti.

E siccome in centro a Vicenza siamo attenti a tutti i tipi di commensali, va ricordata la trattoria **Al Guelfo** in contrà Pedemuro San Biagio. Per due motivi, uno gastronomico e uno culturale. La trattoria, infatti, ha un menu studiato per le intolleranze alimentari: sono numerosi e curati i piatti senza glutine. L'altra ragione riguarda Andrea Palladio: da adolescente, prima di diventare architetto, lavorò da scalpellino in un edificio vicino al locale. Chissà, se vi impegnate a cecare, novelli Indiana Jones nel centro di Vicenza, potreste trovare anche qualche pietra d'autore (scolpita da Palladio in persona) vecchia di cinquecento anni.

Infine, solo un accenno per il veronese Renè. A Fara Vicentino la **Trattoria da Pierino**, è insuperabile per gli "spei"; mitico è lo spiedo delle beccacce. Anzi, diciamola tutta: da Pierino è conosciuto come *l'università delle beccacce*.

Vicenza (centro storico), 20 giugno 2012

Paul Zuffermant

con la preziosa collaborazione di ADL

RENÉ GOURMANT

Venezia, oh cara! Elogio de “*I Quadri*”

110

Nella Venezia infernale delle carovane di turisti sfatti e frettolosi, riuscire a mangiare qualcosa di diverso dagli spaghetti alla bolognese, scotti e unti, o dalla pizza a tranci, è impresa memorabile e per pochi.

Sono lontani i tempi in cui all'Altanella, sull'isola della giudecca, si mangiava il pesce fresco del pescatore, nel tavolo a fianco di Luigi Nono.

O quelli in cui si cercava l'osteria in cui la splendida Florinda Bolkan invitava il suo amante di un tempo a mangiare gli spaghetti con le acciughe per rinforzare le energie amorose.

Oggi non si può più andare per **Bacari** a mangiare due folpetti o un'una sarda in saor, a meno di uscire dal percorso obbligato del perenne carnevale turistico.

E però **Da Fiore** in Campo San Polo si trovano le migliori schie con la polenta bianca dell'universo ed una frittura aerea e fragrante.

La fortuna di Massimiliano è stata incarnata da una matta anglo-americana, che ha inserito questo locale (un tempo frequentato soltanto da veneziani ed inglesi) tra i primi 10 ristoranti del mondo.

La sfortuna degli avventori è stata rappresentata dal desiderio della proprietà di ricavare vantaggio da questa *boutade*. Oggi è ancora possibile mangiare bene, anche se i tempi per le prenotazioni si sono di molto allungati. Una soluzione al problema è data dal farsi apparecchiare sul bancone d'ingresso, là dove Massimo Cacciari, anche quando era sindaco, non disdegnava fermarsi per bere un'ombra di bianco.

È probabile che i lettori di questa rubricetta, non sappiamo perché nel Veneto il bianco si chiama “ombra”. L'arcano è presto svelato: alla fine dell'800 e ai primi del '900 i venditori ambulanti di vino ed acqua stavano all'ombra del campanile di San Marco, per conservare la freschezza della bevanda. Da qui il nome.

Se poi si ricerca una cena nelle incantevoli ed innumerevoli piazzette, che per il vero si chiamano **campi**, si può benissimo sostare all'**Acquapazza**, in Campo Sant'Angelo, dove un amalfitano verace, dalle dimensioni coerenti con una cucina di quantità, oltre che di

qualità, serve una serie di antipasti caldi e freddi, in cui si trovano anche mozzarelle in carrozza, folpetti, fritturine. Da non perdere un piatto di pasta, ovviamente napoletana, condita meravigliosamente con sughi di pesci diversi.

Anche bevendo bene si può rimanere all'interno di costi accettabili.

Nella piazzetta successiva si trova poi il **Beccafico**, cucina di pesce palermitana, assolutamente raccomandabile, con un servizio inappuntabile. Anche qui a costi accettabili.

Difficile riuscire a districarsi a piano terra dell'**Harry's Bar**, invasa da turisti alla ricerca disperata dell'Hemingway di “Al di là del fiume tra gli alberi”.

È pure vero che al piano di sopra, con una fantastica vista sulla dogana e sulla Giudecca, si mangia il solito risotto, la cui abbondanza è misurata sulla fame degli statunitensi ed il classico San Pietro con le castraure. È vero che il “risotto primavera” di Cipriani è stato definito “un congresso triveneto di orti e giardini, il più rappresentativo del regno vegetale alla ghiottoneria di quello animale” (Cesare Marchi, quando siamo a tavola, 1990).

Ma a dire il vero il ristorante di Cipriani a New York, quello in Quinta Strada, offre gli stessi prodotti e sarà, per la lontananza, lì fa sembrare anche migliori. Pur tuttavia l'indirizzo continua a consigliarsi, anche se ovviamente si può trovare molto di meglio.

Di altri si potrebbe dire così del ristorante dell'**Hotel Bauer**, (i cui prezzi incendiano le carte di credito) o della **Corte Sconta**, abbondantemente decaduta ma pur sempre piacevole.

Ma l'elogio doveroso nella Venezia di oggi è rivolto ai fratelli Alajmo per aver pensato di collocare qui un ristorante di vera qualità, recuperando l'antiquato, polveroso e turistico **I Quadri** e, con l'aiuto di una finanziaria che ha investito parecchi milioni sulla fantasia del cuoco, ristrutturandolo con un gusto veneziano, di certo non leggero, ma sicuramente intonato alla piazza su cui le vetrate del ristorante si affacciano.



Cenare avendo di fronte l'incredibile e colorata facciata della basilica di San Marco è già di per sé una grande soddisfazione.

Cenare mangiando piatti veneti sapientemente alleggeriti e resi più gradevoli con qualche tocco di fantasia, completa l'esperienza.

Trovare i garusoli nel risotto e lo "scartosso de pesse" non è solo una concessione alla tradizione veneziana, ma è una esaltazione di pesci abbastanza inusuali e assai caratteristici nella città della laguna.

Il servizio è eccellente, i vicini di tavolo possono andare dal finanziere Soros, all'inglese svampita o alla solita signora ciaciarona e che si crede una grande intenditrice, solo perché può snocciolare l'elenco dei



tre stelle frequentati nell'ultima settimana. Quasi un rosario laico.

Ma vi troverete accanto anche chi sa gustare una cucina di qualità, con un servizio davvero gentile e con un accompagnamento di vini che può costituire da solo un'esperienza.

Il costo è adeguato alla posizione e alla stellina Michelin immediatamente guadagnata.

Ma, non esagerando per qualità e quantità con i vini, l'esperienza può, tutto sommato, costare quanto un passaggio al triste **Il Vecio Fritolin**, al pomposo **I Do Forni**, o alle infinite altre proposte di ristoranti senza arte né parte, se non nella sapiente redazione di conti astronomici.

LAMBERTINI & ASSOCIATI

Studio Legale

VERONA

Palazzo Canossa

Corso Cavour 44, 37121

Tel. 045.8036115 - Fax. 045.8034080

VICENZA

Palazzo Franceschini Piovene

Contrà Porti 24, 36100

Tel. 0444.547898 - Fax. 0444.320600

MILANO

Via Fatebenefratelli 10, 20121

Tel. 02.76316831 - Fax. 02.76398627

ROMA

Palazzo delle Assicurazioni Generali di Venezia

Piazza Venezia 11, 00187

Tel. 06.6991603 - Fax. 06.6991726



Tournai (Belgio)
6 Maggio 1983