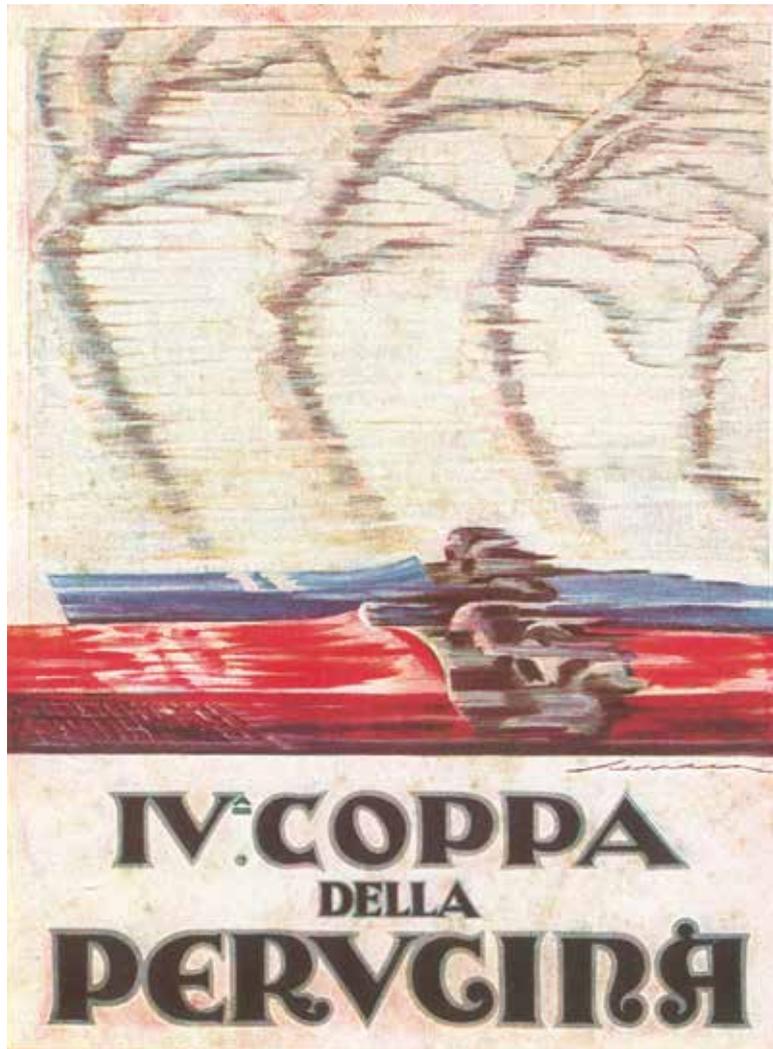


Lambaradan

ANNO 5 - N. 1
APRILE 2013

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



L | A

LAMBERTINI & ASSOCIATI

Studio Legale

Anno 5 - n. 1 - Aprile 2013

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

Benedetta primavera!

Abbiamo notato tutti che viviamo in un periodo strano nella vita sociale, nella politica, nella professione e in molte altre cose, meteorologia compresa!

Così, in questo inizio di primavera, neve, pioggia e vento tormentano i polloni degli ippocastani ritardando lo spuntare delle larghe foglie di tenerissimo verde.

Una campagna elettorale ferocemente urlata, ci ha consegnato una classe politica in parte rinnovata, con tanti giovani e tante donne, ma incapace di darsi una qualunque forma di governo, che affronti i veri problemi del nostro paese: il lavoro, la tenuta dello stato sociale, l'impoverimento di massa, la ripresa economica, la cultura, una legge elettorale da paese civile, l'abolizione dei costi di questa classe politica e tutto quanto serve per riportare questo paese non si dice in Europa, ma fuori da quel terzo mondo in cui è precipitato. Un papa nel frattempo si è dimesso e lo stesso Casimiro Pacini non scrive più, avendo affidato la sua penna allo spirito del suo amico e collega Luigi.

Un noto imprenditore sceso in politica vent'anni fa si è dimenticato come allora vinceva le cause, almeno quelle civili (e qui glielo ricorda Bela Barti, dodecatleta magiaro) e non doveva sottoporsi a visite fiscali un tantino umilianti.

La vita delle persone normali nel frattempo è peggiorata di molto ma l'ubriacatura finanziaria degli anni doppio zero continua, anche se lascia a qualcuno solo un gran mal di testa, che però viene curato con i soldi delle persone normali che, forse anche per questo, vivono sempre peggio.

La libera professione vede ridursi continuamente i propri margini di credibilità e di guadagno: i notai hanno abbandonato i campi di golf, i commercialisti si danno alla crisi d'impresa (che peraltro non manca). E i giovani non vogliono più fare gli avvocati, vista la ressa ed accertati i guadagni che, nella media, sono inferiori al primo livello impiegatizio nell'industria.

Nel frattempo, il genere maschile, non riuscendo ad imporsi in altro modo, si impegna serialmente ad uccidere le madri dei propri figli, le mogli, le morose.

Così si uccidono i piccoli imprenditori, incapaci di ti-

SOMMARIO

→ Benedetta primavera!	1
→ Diritto e tempo di Francesco Benatti	5
→ Il pregiudizio alla redditività e al valore della partecipazione sociale nella società eterodiretta ed il danno da lesione all'integrità del patrimonio della società controllata di Sante Casonato	12
→ Esiste il valore dell'azienda? di Giovanni Alberti - Rita Maggi	41
→ Nuove frontiere della responsabilità professionale dell'avvocato di Laura Pernigo	48
→ Come vincere le cause e vivere (professionalmente) felici. Parte prima di Bela Barti	54
→ I finanziamenti interinali erogati dalla banca alle imprese in crisi di Debora Cremasco - Lamberto Lambertini	59
→ Scienza e diritto: il tribunale di L'Aquila sulla responsabilità degli esperti che rassicurarono la popolazione prima del terremoto di Luciano Butti - Marina Zalin	64
→ La clausula di manleva e l'art. 1938 c.c. di Davide Pachera	71
→ La riforma di San Silvestro: l'ultimo regalo del governo tecnico di Marzia Meneghello	77
→ La pec, il cancelliere e il curatore di Francesco Abate	81
→ Lo SAI? C'è uno studio a Venezia... L A	92
→ Opere di poesia di Alberto Tomiolo	96
→ Un libro da leggere: I racconti non di Grisham ma di Festi di Francesca Benatti	105
→ Apocalypse Law di Casimiro Pacini	108
→ Vai troppo spesso a Senigallia di Renè Gourmant	110

rare avanti e costretti a licenziare i propri dipendenti, mentre lo stato tarda a sbloccare i primi 9 di quei 70 miliardi di euro di cui è debitore nei confronti delle imprese private.

Il cittadino confuso e violento confonde gli impiegati della pubblica amministrazione con coloro che gli negano un servizio e, non sapendo cosa altro fare, spara uccidendo e cerca (riuscendoci solo raramente) di uccidersi.

Questo solo per dipingere una parte di un quadro, i cui colori assomigliano agli sfondi dei ritratti del Tintoretto o alle zone buie da cui Caravaggio estraeva le

vivide luminose figure di primo piano. E pensare che questo, a detta degli storici, che se ne intendono, è il periodo migliore nella storia dell'uomo: le guerre sono poche e circoscritte; le epidemie sono quasi debellate; anche le peggiori malattie si lasciano curare; la mortalità infantile si sta rapidamente riducendo come le carestie: è cresciuta la cultura del rispetto, anche per gli animali.

E molti stanno diventando vegetariani (non solo perché la carne costa troppo).

Chissà perché, nonostante tutto questo, l'ottimismo non riesce ad avere il sopravvento!



La primavera giunge con 5 sapori

- | | | |
|-------------------|---|--------------|
| limone | ● | lemon |
| amarena | ● | wild-cherry |
| limoncino | ● | lime |
| menta cristallina | ● | cryst-o-mint |
| menta piperita | ● | stik-o-pep |
| crema rum | ● | butter rum |
| rebarbaro | ● | rhubarb |
| cinque gusti | ● | five flavor |
| garofano | ● | clove |
| menta silvana | ● | spear-o-mint |
| menta piperita | ● | pep-o-mint |
| arancio | ● | orange |
| caffè | ● | coffee |

£. 50



Motta

concessionaria per l'europa

Le tavole della nostra legge

- 1) La professione di avvocato costituisce un mezzo per contribuire alla realizzazione di una società più giusta, fondata sull'etica della legalità.
- 2) L'avvocato è soggetto indipendente da qualunque potere ed interesse.
- 3) L'avvocato è un intellettuale pratico che trova, anche nella conoscenza del diritto e nell'esperienza della professione, le caratteristiche della propria partecipazione alla comunità in cui vive ed opera.
- 4) L'offerta della competenza professionale è basata sulla rigorosa ed approfondita conoscenza degli istituti giuridici e della prassi, necessari per applicare il buon diritto del cittadino, della società o dell'istituzione assistita.
- 5) L'avvocato, nell'espletamento del mandato, si confronta con magistrati, colleghi ed autorità diverse, nel rispetto delle reciproche funzioni e consapevole del ruolo che svolge, non solo nell'interesse del cliente.
- 6) La remunerazione dell'avvocato è una conseguenza e non la finalità dell'attività professionale.
- 7) L'avvocato applica la stessa diligenza e la stessa attenzione ad ogni pratica che decide di assumere, indipendentemente dal valore economico in questione.
- 8) L'avvocato basa sul rispetto degli altri e sulla fiducia il proprio rapporto con i collaboratori ed il personale del proprio studio.
- 9) L'associazione professionale è uno strumento adeguato ed efficace ad offrire il miglior servizio, essendo basato sulla totale condivisione dello stile professionale, dei costi e dei ricavi derivanti dall'attività legale.
- 10) Gli incarichi professionali vengono condivisi da tutti i professionisti dello studio, nella fase di assunzione per evitare incompatibilità con i principi fondamentali degli associati, nella fase di espletamento dell'incarico, basando sulla collaborazione di competenze e di disponibilità il successo dell'attività.

FRANCESCO BENATTI

Diritto e Tempo

1. Il 12 aprile 2012 si è aperto a Capri il Convegno Nazionale della Sisdic su “Diritto intertemporale e rapporti civili”. Chiamato ad introdurre i lavori, mi sono accorto che i vari argomenti oggetto delle relazioni, esplicitamente o implicitamente, portavano al grande problema, ancora irrisolto ma che sta al fondo della nostra stessa esistenza, del rapporto tra diritto e tempo. Vale, perciò, la pena soffermarsi per un momento. Mai adeguatamente approfondito nella storia del pensiero dai filosofi e dai giuristi, è affiorato con forza e vigore speculativo negli anni che vanno dal 50 al 90 del secolo scorso, in particolare con i saggi di Bretonne, Opocher, Cotta, Bagolini, Capozzi, Engisch e Husserl¹, per poi ritornare quasi nell’oblio. Eppure è un tema centrale non solo perché “la prospettiva del tempo costituisce da tempo una delle più feconde vie d’accesso alla filosofia, come lo prova l’opera di alcuni grandi filosofi come Agostino, Bergson e Heidegger, ma soprattutto perché ci permette ... di penetrare un nodo essenziale per la vita ed il significato del diritto, là dove il diritto manifesta ad un tempo la sua dignità di valore ed il rapporto indissolubile che lo lega alla trama che, nell’esperienza giuridica, pone continuamente a confronto l’azione con la norma ed il giudizio”². Insegna la Glossa che “Auctor iuris est homo”: in quanto opera dell’uomo, il diritto implica la temporalità³.

1. BRETONNE, *Le norme e il tempo fra tradizione classica e coscienza moderna*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, fondati da G. Tarello, XIX, Bologna, 1989, p. 3 ss.; OPOCHER, *Diritto e tempo*, in *Riv.int.fil.dir.*, 1981, p. 129 ss.; COTTA, *Diritto e tempo. Linee di una interpretazione fenomenologica*, *ibid.*, 1981, p. 119 ss.; BAGOLINI, *Significato della parola “tempo” in alcuni discorsi giuridici*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1970, p. 333 ss.; CAPOZZI, *Temporalità e norma*, Napoli, 1968; ENGISCH, *Die Zeit im Recht*, in *Vom Weltbild der Juristen*, Heidelberg, 1965, p. 69 ss.; HUSSERL, *Recht und Zeit*, Frankfurt am Main, 1954.

2. OPOCHER, *op.cit.*, p. 129 s.

3. MENGONI, *Diritto e tempo*, in *Metodo e teoria giuridica*, in *Scritti*, I, a cura di Castronovo, Albanese, Nicolussi, Milano, 2011, p. 11.

Mi sia consentita una premessa che spiega le poche parole che seguono. Esse non sono il frutto di una mia personale meditazione, ma sono estratte spesso testualmente o riportate con le stesse espressioni – secondo modalità antologica – dagli autori che si sono soffermati sull’argomento con una penetrazione – a mio parere – colta, approfondita e controllata. Lo scopo è solo quello di presentare il quadro di un punto di arrivo cui sono oggi pervenuti gli studiosi, affinché su di esso ci si confronti in un nuovo, autorevole impegno di ricerca, si colga quello che del passato possa essere accolto o rivisto e da qui ripartire.

In un mondo, come quello attuale, in cui i mutamenti sono repentini, i problemi nascono all’improvviso e sono bisognosi di una risposta quasi immediata, le esigenze cambiano e si modificano senza consentire alcuna pausa per soffermarsi su di esse, di conseguenza le norme si susseguono incessantemente e spesso incoerentemente per andare incontro ad una realtà che pare non conoscere più il tempo, perché il passato, la storia e le tradizioni sembrano avere perduto il loro significato oppure essere svanite o dimenticate, il tema proposto dalla Sisdic acquista rilevanza fondamentale per vedere se sia possibile evitare di rassegnarsi alla precarietà del diritto, abbandonato alle forze mai domite del potere e dell’arbitrio, in cui il tempo si riduce ad un fatto cronologico di mero susseguirsi di eventi che svaniscono uno dopo l’altro senza lasciare memoria e traccia di essi.

2. Inizio dalla posizione, a mio parere, più appagante della filosofia del diritto e mi rifaccio alle opere di Enrico Opocher e Sergio Cotta.

Di fronte alla domanda quale sia la dimensione temporale del diritto, si pone in questione la prospettiva del diritto come valore e, in particolare, le compatibilità, nel valere assiologico del diritto, tra ‘universalità’ e ‘temporalità’. Si introduce così il più alto problema che sorge, in sede filosofica, con riguardo al diritto, “cioè di vedere se si possa attribuire al diritto dignità di valore o se, invece, esso vada considerato



come mero strumento di controllo sociale”⁴. Il dubbio nasce dalla difficoltà di conciliare – volendo reputare il diritto un valore – la temporalità con l’universalità. Affermandone la temporalità “sembra, infatti, negarne quella universalità che viene comunemente riconosciuta al diritto”, secondo un indirizzo platonizzante “per cui i valori sono tali solo se si pongono al di fuori del tempo e, quindi, della storia, e, dell’esistenza. Di questo presupposto ne approfittano i giusnaturalismi vecchi e nuovi per legare la possibilità stessa di intendere il diritto come valore alla loro prospettiva e gli empiristi per ribadire il loro giuspositivismo”⁵. Questa concezione nasconde un vizio alla radice e ce lo dice ancora Opocher. “Ciò che è fuori dal tempo non esiste, perché è al di là dell’esistenza”. I valori appartengono al mondo umano: proiettati fuori dall’esistenza e perciò dal tempo e dalla storia perdono ogni significato. “Il carattere universale della loro validità non ha nulla a che fare con la ‘atemporalità’. Esso implica, piuttosto, la ‘continuità’ attraverso il tempo”.

4. OPOCHER, *op.cit.*, p. 130.

5. OPOCHER, *op.cit.*, p. 130 s.

Pertanto “la validità assiologica del diritto esprime, sotto l’aspetto temporale, la continuità e dunque l’inesauribilità della funzione giuridica”. Il diritto fa parte della storia, perché si compenetra con essa, ne sostiene il peso e ne è componente ineliminabile, proprio perché è un valore.

Altro è il problema del contenuto del diritto, questione essenziale perché lo si possa riconoscere come valore in quanto tale e non invece uno strumento in balia di singolari percezioni oppure pura forma. Ci aiuta la nostra Costituzione, in particolare l’art. 2, prima parte, laddove statuisce che “la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo”. Essi stanno, per l’alto volere dei nostri costituenti, prima ed al di sopra delle norme positive, ma ne devono integrare l’essenza, esigendo il rispetto di ogni legislatore, a qualunque provenienza politico-culturale appartenga. Proprio per la loro natura non possono essere in nessun caso soggetti – al pari della forma repubblicana – a revisione costituzionale⁶, fondando l’intrinseca na-

6. La dimostrazione, ineccepibile, si trova in MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell’uomo e*

tura del nostro vivere civile. Per la loro individuazione non dobbiamo lasciarci avviluppare dalle melanconiche parole di nostri comuni amici né abbandonarci alla idea del diritto come forma. Questi diritti umani ci pervengono da una secolare ed indistruttibile tradizione, consolidata dalla storia, dall'esperienza e dalla ragione, e, come è stato detto in una lezione magistrale, "dall'incontro tra Gerusalemme, Atene e Roma, dall'incontro tra la fede in Dio di Israele, la ragione filosofica dei Greci e il pensiero giuridico di Roma"⁷. Così il tempo modella e plasma il diritto.

3. Il rapporto tra diritto e tempo può essere inteso sotto un altro punto di vista, mediante un processo di entificazione dei due termini del rapporto, "personalizzandoli, per così dire, quali potenze attive rivali"⁸, come ha ben descritto Sergio Cotta.

Sotto questo profilo il rapporto dà luogo a due processi di segno opposto.

- a. "Il tempo domina il diritto: infatti lo fa nascere e morire indipendentemente da una puntuale volontà umana, come appare nei fenomeni della consuetudine e della desuetudine che consistono nella serialità diacronica di comportamenti umani". Incide su di esso attraverso il mutamento semantico che investe le parole e le espressioni che compongono il testo della norma⁹.
- b. Il diritto domina il tempo, anzitutto perché gli impone la propria misura convenzionale. Inoltre "ne impedisce l'opera di erosione e distruzione: la situazione giuridica rimane inalterata nel tempo, sottratta alla sua azione" come, ad esempio, nel perdurare della titolarità personale dei diritti della persona e nella proprietà¹⁰.

Il rapporto tra i due termini non produce né vinti né vincitori. Se "l'uomo prende conoscenza del fuggire del tempo a partire dalla conoscenza che ha della morte, allora la lotta del tempo per il dominio sul diritto esprime la potenza della morte. E viceversa la lotta del diritto contro il tempo si chiarisce come lotta contro la potenza della morte"¹¹.

doveri inderogabili di solidarietà, in MENGONI, *Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa*, a cura di M. Napoli, Milano, 2004, p. 63. La lettura di questo passaggio argomentativo deve essere di insegnamento e anche di ammonimento.

7. Joseph Ratzinger nel discorso tenuto al Bundestag il 22 settembre 2011.

8. COTTA, *op.cit.*, p. 120.

9. COTTA, *op.loc.cit.*

10. COTTA, *op.cit.*, p. 120 s.

11. COTTA, *op.cit.*, p. 121.



In tale modo il rapporto tra diritto e tempo si riduce al rapporto uomo-morte.

4.1. Se la riflessione del filosofo su diritto e tempo conduce, nel suo completo e totale svolgimento, al problema ultimo, quello cioè che investe l'essenza della nostra esistenza e di conseguenza il destino dell'uomo che è insieme ente finito (cioè legato alla durata del tempo) ed ente volto o teso, anche inconsciamente, all'eterno (cioè fuori e al di là da ogni dimensione temporale), la posizione del giurista si colloca su un piano diverso, ma non meno importante, perché attiene alla comprensione del diritto nella sua concretizzazione ed applicazione e perciò diretto alla soluzione dei quotidiani problemi pratici.

Il giurista tratta di solito il tema in relazione a specifici istituti o problemi, quali, ad esempio, la successione delle leggi, la retroattività o irretroattività di norme o di atti dell'uomo, la prescrizione, la decadenza, l'usucapione, l'acquiescenza, la tolleranza, i termini processuali e così via. A quanto mi risulta, una speculazione globale sul tema non è stata ancora del tutto compiuta, perché l'attenzione rivolta alle singole questioni ha portato a trascurare l'elaborazione di una sintesi di quello che è il punto di vista o i punti di vista della

scienza giuridica, a livello di teoria generale, sulla relazione del diritto con il tempo.

4.2. Ad oggi il contributo più fecondo, cui potere attingere la conoscenza del pluriforme quadro in cui si è mossa, nella storia, la dottrina giuridica, è opera di Luigi Mengoni, il cui saggio deve essere qui ripreso e riassunto, nei suoi passi fondamentali, per una ricostruzione del problema, dal quale non si può prescindere, qualora anche il giurista voglia rendersi conto di tutte le implicazioni e degli effetti conseguenti ad una determinata visione di quella relazione.

Mengoni scrive che il rapporto del diritto con il tempo presenta due aspetti: uno riguarda il modo di essere del diritto nel tempo, l'altro il modo di essere del tempo nel diritto. "Il primo è un problema di ontologia giuridica, il secondo di logica giuridica"¹².

4.2.1. Il primo aspetto, che cosa si intenda per temporalità del diritto, vede due concezioni contrapposte. La prima che risale a Hobbes e Bentham "nega ogni valore al tempo: il tempo rimane esterno alla norma, non si insinua nella sua struttura"¹³. In questo ordine di idee di inserisce, da noi, Santi Romano: "la legge ... non ha una sua 'volontas' o 'mens' diversa da quella che in essa si è, per così dire, cristallizzata e immobilizzata perché duri e, quindi, non ha nemmeno una propria 'vita'. Essa, in un certo senso, è materia, non anima"¹⁴. Da qui muove la negazione dell'interpretazione evolutiva: la legge può avere molte fasi della sua esistenza (modificata, derogata, abrogata) in quanto determinate da cause esterne, le quali restano tali e che "non si possono propriamente considerare come una sua evoluzione"¹⁵.

L'atemporalità del contenuto del diritto è il presupposto che sta alla base del positivismo giuridico che "non distingue tra disposizione e norma, tra enunciato normativo e significato ascritto all'enunciato dell'interpretazione. Il significato è quello fissato nelle parole dalla legge nel momento in cui è stata posta: l'interprete ha il compito di scoprirlo senza nulla aggiungere o togliere". L'interpretazione è un'attività rigorosamente cognitiva¹⁶.

L'altra posizione si fa discendere da Husserl: "il diritto è, fenomenologicamente, una 'struttura temporale', una *Zeitstruktur*. Il tempo non si arresta, e la norma

12. MENGONI, *Diritto e tempo*, cit., p. 11.

13. BRETONNE, *op.cit.*, p. 13 ricordato da Mengoni.

14. SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, p. 123.

15. Ancora da SANTI ROMANO, *op.loc.cit.*

16. MENGONI, *op.ult.cit.*, p. 12.

giuridica, per così dire, l'accompagna. Esso non ha un luogo fisso nella storia – un luogo che l'evento produttivo determinerebbe una volta per sempre – così come l'esistenza di una norma non rimane ferma al punto della sua nascita ... Nella norma interpretata si insinua il senso dell'oggi, per quanto sia lontana la ragione o l'occasione che ne determini il sorgere. Essa si trasferisce 'idealmente nel presente' e ciò che importa, in definitiva, è il suo significato per noi"¹⁷.

La tesi incide sull'ermeneutica e conferisce una giustificazione all'interpretazione evolutiva, intuita per primo nella nostra cultura da Tullio Ascarelli¹⁸ e che ha un preciso riscontro in Gadamer: "la conoscenza del significato di un testo normativo e la sua applicazione al caso giuridico concreto non sono due atti separati, ma un processo unitario" per cui "il testo per essere compreso in modo adeguato deve essere compreso in ogni momento, ossia in ogni situazione concreta, nuovamente e altrimenti"¹⁹. Nell'introdurre il tema dell'interpretazione evolutiva occorre evitare che in ogni situazione applicativa si arrivi alla creazione di una "nuova regola", per cui la veste di giudice si trasforma in quella di legislatore²⁰. Ciò oggi traspare all'evidenza in uno scorcio anche superficiale della nostra giurisprudenza. Il rimedio è ancora offerto da Mengoni quando – riferendosi alla nota distinzione tra testo e contesto – rileva che "l'analisi del significato distingue un nucleo comune a tutti i contenuti e le varianti di senso nella singola situazione applicativa. Il nucleo costante è determinato, a livello di astrazione più elevato, dall'analisi della circostanza linguistica del testo alla stregua delle regole comunemente accolte sul significato (raramente univoco) delle parole sulla sintesi della frase; le varianti contestuali attribuiscono al testo un significato adeguato al caso concreto, tipologicamente selezionando i dati fattuali del contesto"²¹.

17. BRETONNE, *op.cit.*, p. 9, che riporta passi di HUSSERL, *op.cit.*, p. 22 ss.

18. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, ora in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 140 ss.

19. La citazione è tratta da MENGONI, *op.ult.cit.*, p. 14.

20. Il pericolo è segnalato da MENGONI, *op.ult.cit.*, p. 15.

21. MENGONI, *op.ult.cit.*, p. 15. La precisazione è essenziale nella teoria dell'interpretazione, perché il vincolo del testo impedisce la creazione di una regola nuova e costituisce il limite imposto al giudice nell'esercizio della sua funzione. In tal modo il giudice è vincolato al sistema ed è obbligato sempre a motivare non solo quando si discosta dall'indirizzo comune in giurisprudenza e in dottrina, ma anche quando si conforma ad esso, perché il richiamo al precedente oppure a



4.2.2. Il secondo aspetto del rapporto tra tempo e diritto, quello cioè che riguarda i modi di essere del tempo nel diritto, concerne – secondo Mengoni – sia le modalità temporali dei suoi contenuti (come uso del tempo per regolare la convivenza degli uomini), sia le dimensioni temporali delle applicazioni e viene svolto dal Maestro non solo sul piano teorico, ma con riferimento a precise disposizioni di legge, sicché si avverte la concretezza di un problema che potrebbe sembrare solo astratto ma incide non poco nel nostro compito di interpreti.

Sotto il primo profilo la rappresentazione giuridica del tempo ha carattere oggettivo, cioè “nell’accezione prossima a quella di tempo naturale secondo il senso comune, che considera oggettivamente il tempo come successione di stati o di situazioni distinguendo lo stato presente dagli stati anteriori, cioè nel senso bergso-

tesi dottrinali in voga richiede ogni volta un ricontrollo del precedente e della tesi accolta: nulla può essere mai dato per scontato, ma tutto deve essere discusso e dibattuto per una verifica costante, che è la sola via per il progresso del diritto.

niano di tempo specializzato”²². In questo significato si fa riferimento agli artt. 1, 456, 2963, comma 2, c.c., in cui il tempo è richiamato come momento iniziale o finale di uno stato, di un rapporto, di una vicenda.

Nell’altro profilo, cioè quello dell’applicazione, “la dimensione dominante è quella del presente”²³, ma poiché – come scriveva Agostino – “*praesens nullum habet spatium*”, esso è interpenetrato con il passato e con il futuro secondo l’insuperabile formula agostiniana: *praesens de praeteritis, praesens de praesentibus, praesens de futuris*. Le tre dimensioni del tempo diventano tre modalità del presente.

Questa interpenetrazione si coglie al livello delle regole di applicazione, dei contenuti normativi, dell’argomentazione giuridica²⁴. Qui ci si sofferma su quello della struttura normativa, dove emerge un intreccio tra le loro modalità. Mengoni ricorda l’art. 2126 c.c.²⁵, gli artt.

22. MENGONI, *op.ult.cit.*, p. 16 e 17.

23. MENGONI, *op.ult.cit.*, p. 18.

24. MENGONI, *op.ult.cit.*, p. 18 ss.

25. MENGONI, *op.ult.cit.*, p. 19, nota che la norma “restituisce attualità alla prestazione di lavoro eseguita in base ad

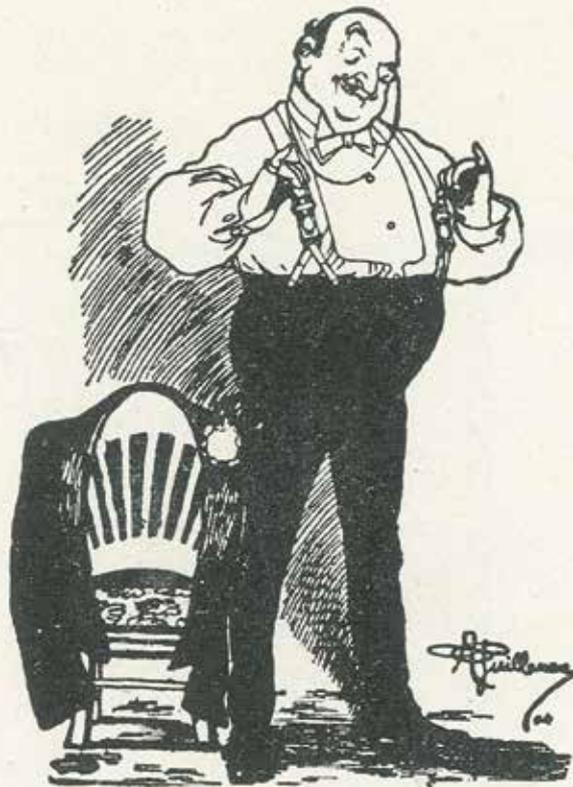


1447 e 2045 c.c., l'art. 1424 c.c., in cui viene presa in esame una situazione passata (stipulazione del contratto) nel presente e l'estende al futuro. Così è per l'art. 1223, dove – includendo nelle voci del risarcimento il lucro cessante – il giudice deve guardare alla proiezione futura degli effetti di un evento illecito dannoso.

5. Qui si ferma l'apporto dei filosofi e dei giuristi e il mio compito si esaurisce, essendo solo quello di offrire un disegno colto dal passato insegnamento, da cui muovere per nuove e ulteriori riflessioni.

un contratto nullo recuperandola come fatto costitutivo di un rapporto *ex lege* con efficacia limitata al periodo anteriore alla sentenza dichiarativa della nullità”.

L'homme Chic
porte la bretelle **CH.GUYOT**
la reine des bretelles.



En vente dans toutes les maisons de détail en France et à l'Étranger
Exigez le nom **CH.GUYOT** *sur chaque bretelle*

R.C SEINE. N°20.013

Il pregiudizio alla redditività e al valore della partecipazione sociale nella società eterodiretta ed il danno da lesione all'integrità del patrimonio della società controllata¹

Criteri per la determinazione del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento²

Sommario. – 1. Introduzione – 2. Il necessario rapporto di causalità materiale e giuridica. – 2.1. Sulla causalità materiale. – 2.1. Sulla causalità giuridica – 3. Onere della prova e riflessi in termini di determinazione del danno. – 4. La quantificazione del danno in capo ai soci della società eterogestita. – 4.1 In riferimento alla redditività – 4.2 In riferimento al valore della partecipazione – 4.3 Il rapporto tra redditività e valore della partecipazione – 5. La quantificazione del danno in capo ai creditori della società eterogestita. – 6. I rapporti tra danno in capo ai soci e danno in capo ai creditori sociali della società eterogestita. – 7. La quantificazione del danno in presenza di vantaggi compensativi. – 8. Alcune ipotesi di determinazione e quantificazione dell'azione risarcitoria. – 9. Conclusioni.

1. Introduzione

Il presente contributo non potrà evidentemente esaurire le tematiche e le casistiche che, nell'ambito di un'attività di direzione e coordinamento,³ possano

1. Relazione nell'ambito del Convegno “La responsabilità della società Capogruppo” tenutosi in Treviso il 12.12.2012, organizzato in collaborazione tra Unindustria, Camera Civile degli avvocati e Ordine dei dottori commercialisti ed esperti contabili di Treviso.

2. Relazione concordata nell'ambito dell'attività della Commissione di Studio di diritto commerciale dell'ODCEC di Treviso.

3. Sul concetto di coordinamento cfr. F. Silla, *Gli indici che in-*

risolvere, in termini di determinazione e quantificazione, il pregiudizio alla redditività e al valore della partecipazione sociale nella società eterodiretta (con riferimento ai soci di quest'ultima), ovvero il danno da lesione all'integrità del patrimonio della società controllata (con riferimento ai terzi della stessa), ma vuole essere un tentativo per formalizzare tali criteri

dividano un'attività di direzione e coordinamento, in *Bilancio, vigilanza e controlli*, settembre 2010, 43.

Secondo l'autrice, l'attività di direzione sussiste quando la capogruppo esercita “un'influenza marcata e incisiva imponendo la propria volontà (...)” e dunque svolge un'ingerenza più intensa rispetto al semplice controllo. Quanto, invece, all'attività di coordinamento, la dottrina evidenzia caratteristiche meno penetranti rispetto a quella di “direzione” e sarebbe, per alcuni, limitata a quanto ritenuto necessario per assicurare che le attività delle diverse società siano svolte in modo organizzato e non in contrasto tra loro. Essa viene comunemente intesa come “la realizzazione di un sistema di sinergie tra diverse società del gruppo nel quadro di una politica strategica complessiva, estesa all'insieme delle società”. Il termine coordinamento avrebbe più precisamente lo scopo di meglio specificare l'attività generica di direzione e la qualificerebbe come attitudine a contemperare interessi diversi riferibili alle varie società del gruppo e all'organizzazione.

Su entrambe le espressioni (direzione e coordinamento), cfr. anche Tribunale di Pescara, 16.1.2009, il quale, nel confermare che si tratta di un'endiadi, ha precisato che: “per attività di direzione e coordinamento deve intendersi l'esercizio di una pluralità sistematica e costante di atti che incidono sulle scelte gestorie della società subordinata e, cioè, sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale riguardanti gli affari sociali”.

nell'ambito di un'azione risarcitoria, introdotta con l'art. 2497 c.c., ed offerta a quei soggetti che prendono parte alla vita del gruppo di società.

Lo strumento dell'azione risarcitoria ex art. 2497 c.c. è certamente alquanto interessante, soprattutto in riferimento alla tutela offerta a quei soggetti che a vario titolo entrano in contatto con la realtà del gruppo; appare tuttavia uno strumento che, al fine di raggiungere la sua piena utilità, ha ancora bisogno di essere esercitato e non solamente nelle situazioni di crisi societaria.

Tale considerazione nasce infatti dal riconoscimento che, pur essendo trascorsi ormai 8 anni dall'introduzione di tale azione, poche sono le pronunce dei tribunali di merito su questo tema, spesse volte per fattispecie non sempre rilevanti o specifiche, ma anche meno complesse di quelle che nella pratica ci si trova ad affrontare su situazioni di minore portata.

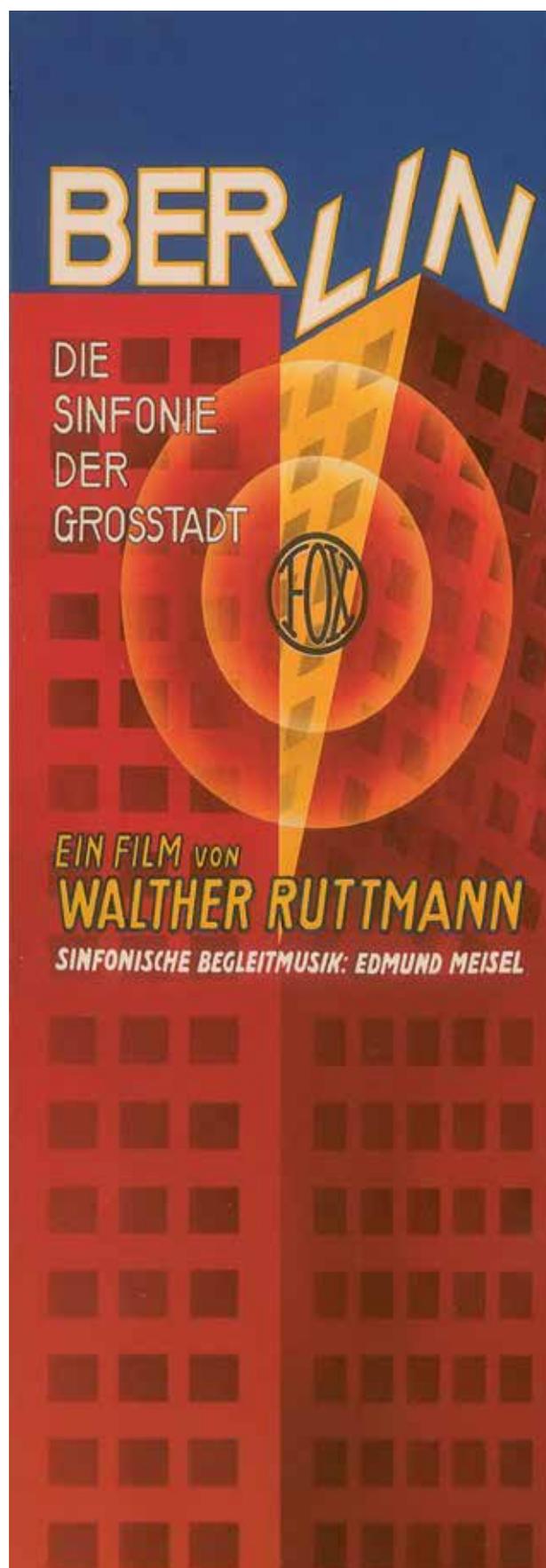
È stato infatti calcolato che in Italia, alla fine del 2000, i gruppi di impresa erano oltre 3000,⁴ mentre nel 2010 erano oltre 82.000, comprendono più di 185.000 imprese attive residenti ed occupando oltre 5,6 milioni di addetti,⁵ evidenziando così che sulla scena dell'eco-

4. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contratti e Impresa*, Saggi 3, 2002, 1015.

5. Fonte ISTAT, *Gruppi di imprese in Italia*, report 12.11.2012, dal quale si evidenzia che rispetto al 2009 il numero dei gruppi è aumentato del 2,6%, ma gli addetti coinvolti sono diminuiti dello 0,9%, a fronte una diminuzione dell'1,2% degli addetti dell'universo delle imprese attive. La classe dimensionale 100-499 addetti è quella che ha registrato la maggior riduzione del numero di gruppi (-2,6%) e dei relativi addetti (-2,9%); di contro, la crescita maggiore sia in termini di numero di gruppi (4,7%) sia in termini di addetti (2,4%) si concentra nella classe dimensionale più piccola (1-19 addetti). I gruppi di impresa coinvolgono circa un terzo degli occupati delle imprese attive presenti nel registro statistico delle imprese Asia. Il loro peso (in termini di occupati) sale al 55,4% se calcolato rispetto alle sole società di capitali.

I gruppi di impresa presentano caratteristiche marcatamente polarizzate tra poche strutture di grandi dimensioni con rilevante peso economico e molti gruppi di piccola e piccolissima dimensione, per cui il 76% dei gruppi di impresa ha una struttura elementare (1-2 imprese attive); quelli con strutture più articolate (più di 10 imprese residenti) sono la minoranza, ma rivestono un ruolo decisivo dal punto di vista dell'occupazione, con quasi due milioni di addetti.

In media, i gruppi di impresa presentano una struttura organizzativa semplice, svolgono meno di due attività diverse e sono presenti in una sola regione. L'11,8% dei gruppi con almeno una impresa attiva residente è controllato da un soggetto non residente (cioè sono filiali di multinazionali estere), occupando il 22,1% degli addetti. Il settore dell'intermediazione monetaria e finanziaria mostra, in termini



nomia nazionale il soggetto protagonista non è più la singola società commerciale, ma il gruppo societario, divenendo così il modello di struttura tipico dell'impresa medio-grande.

È altresì confermato il forte trend di crescita delle imprese multinazionali italiane all'estero: rispetto al 2009, nel 2010 si assiste ad +818 imprese (+3,8%), +96.000 addetti (+6,4%), +57 miliardi di fatturato (+15%).⁶

Ciò nonostante, le casistiche passate al vaglio dei tribunali, nelle quali i soci e i creditori sociali abbiano effettivamente esercitato un'azione a tutela dei propri interessi, tentando di trovare pieno ristoro ai danni da loro sofferti (e le conseguenti modalità con le quali gli ausiliari del giudice o i consulenti di parte le abbiano determinate), sono ancora molto limitate, per cui non esiste un orientamento consolidato che possa rassicurare sul *modus operandi* in termini di corretta determinazione dei danni che, in qualche modo, risultano legati alle scelte operate dal gruppo di comando e, più tecnicamente, dalla società che ha esercitato l'attività di direzione e coordinamento (c.d. capogruppo o *holding*). Non si potrà pertanto che fare riferimento ai principi generali, alla prassi adottata in casi analoghi, traducendo soprattutto tali principi al singolo caso di specie, poiché la fantasia dell'agire imprenditoriale supera talvolta ciò che si possa razionalmente pensare o schematizzare.

La norma di diritto positivo, sancita dall'art. 2497 c.c., è tuttavia inserita in modo coerente nell'ambito dell'ordinamento italiano e le trasformazioni profonde non sono quelle che sollevano clamore, ma quelle che procedono silenziosamente ed agiscono nel lungo periodo, per piccoli passi e con moto costante.

Fattore rilevante è quello che vede, sul terreno dell'economia, procedere inesorabilmente verso la globalizzazione, sia dei mercati che dei processi produttivi, mentre, sulla scena del diritto, si assiste alla transizione verso la c.d. *lex mercatoria*.

In questo scenario economico, gli odierni protagonisti sono le imprese multinazionali; da dati di qualche anno fa si prende atto che: Shell (Olanda) aveva un

patrimonio estero pari a circa il 67,8% del totale e una occupazione estera del 77,9%; Volkswagen (Germania) aveva un patrimonio estero pari al 84,8% ed una occupazione estera del 44%; Nestlè (Svizzera) aveva un patrimonio estero del 86,9% ed una occupazione estera ben del 97%.

È indubbio che le multinazionali oggi dominano il mondo; gli Stati sovrani, per potenti che essi siano, non sono più altrettanto sovrani quanto in passato, in quanto governano solo un frammento del mercato globale, mentre le multinazionali operano su base planetarie e sono in grado di controllarlo nella sua interezza.

Globalizzazione non equivale a commercio internazionale (che è sempre esistito), ma implica che la stessa organizzazione produttiva e distributiva, la loro direzione ed il loro coordinamento, si dislochino e si ramifichino in ambiti internazionali, secondo regole e modalità certamente non semplificate.

In questo quadro si affievolisce anche il principio di statualità del diritto italiano, ed il contratto fra privati prende talvolta il posto della legge in molti settori della vita sociale, spingendosi fino a sostituire o ad influenzare funzioni di protezione degli interessi, così che si assiste al sopravvento delle autorità tecnocratiche, meglio idonee a dialogare tra loro nell'ambito di una società globale, con un conseguente slittamento da una democrazia giuridico-rappresentativa ad una *tecnodemocrazia*.

Tutto questo può non piacere; ma è con questa realtà che i soci di minoranza e i creditori delle società appartenenti ad alcuni gruppi debbono misurarsi.

Ciò detto, si ritiene che per una corretta determinazione dei c.d. "*vantaggi compensativi*" non si possa prescindere da tutto un universo di rapporti commerciali, di contratti e relazioni, di conseguenze sociali, di equilibri finanziari e patrimoniali; in altre parole, di un "*sistema*" che vede oramai consolidato un coordinamento, spesse volte sovranazionale, universalmente accolto dagli operatori e che pone seri problemi in termini di determinazione complessiva del danno, in modo da tener conto sia dei pregiudizi che dei vantaggi conseguiti all'interno del gruppo.

In sintesi, pare che un ponderato approccio ai criteri per la determinazione del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento non possa trascurare il fatto che, spesse volte, si debba fare i conti (e talvolta, purtroppo, amaramente) anche con la legge di mercato, che rappresenta forme di diritto unilaterale creato dalla classe imprenditoriale multinazionale e che ha a volte meritato – per ciò stesso – un giudizio di *atteggiamento dispotico*.

Il risultato complessivo (in termini di vantaggi com-

6. Fonte ISTAT, *cit.* A tal riguardo, tra il 2007 e il 2010 gli addetti delle affiliate estere delle multinazionali italiane sono aumentate costantemente, crescendo complessivamente di 184 mila unità (+13%). Inoltre, secondo l'Istat, la presenza italiana all'estero si conferma rilevante e ben diffusa dal punto di vista geografico: oltre 22.000 controllate in 164 paesi impiegano 1,6 milioni di addetti con un fatturato di 435 miliardi. Tra l'altro, le attività non finanziarie realizzate all'estero creano un fatturato, al netto degli acquisti di beni e servizi, di oltre 103 miliardi.

pensativi) deve quindi essere interpretato; vale a dire se tale risultato debba essere considerato con riferimento all'intero "gruppo" (anche multinazionale) o solo con riferimento alla società eterogestita, ovvero se rappresenti una mera condizione scriminate ed esimente o un più ragionieristico concetto di compensazione del danno, ovvero – ancora – se vada determinato in modo lato sia sotto il profilo temporale (comprendente i vantaggi futuri), sia sotto il profilo correlativo dei singoli fatti/eventi; ed ancora, se nel risultato complessivo trovino significato i concetti di rivalutazione monetaria, di svalutazione delle valute e di interessi compensativi.

Tali interrogativi risultano infatti assumere una pregnanza concreta non solo nell'ambito di un procedimento giudiziario, ove i criteri, nella fattispecie della causa, possono in qualche modo essere implicitamente indicati nel quesito posto dal giudice, ma anche – e forse più propriamente – in un'analisi preventiva da parte della stessa controllante e dei rispettivi organi sociali, atteso che agli stessi organi incombe il dovere di una corretta gestione societaria ed imprenditoriale, un obbligo di motivazione delle decisioni previsto dall'art. 2497-ter c.c., ed un obbligo di informativa previsto dagli artt. 2381, co. 5., e 2403-bis, co. 2, c.c.

In tali circostanze, infatti, il problema della determinazione del corretto risultato complessivo si pone anche in via preventiva (o alternativa) ad un procedimento giudiziario, sia con riferimento agli obblighi di denuncia ex art. 2409 c.c., sia con riferimento alla possibilità di operare il c.d. "*ravvedimento operoso*", in modo da poter quantificare l'entità di un vantaggio che possa compensare, anche a posteriori, eventuali pregiudizi in precedenza arrecati alla società eterogestita.

Qualora, inoltre, le scelte eterogestorie si esplichino con finalità tese a contenere una oramai insopportabile pressione fiscale, una riflessione va infine svolta anche in relazione alle potenziali ripercussioni, sia in relazione ai rapporti di dare e avere nell'ambito di un consolidamento fiscale (nazionale o internazionale), sia in ragione del fatto che anche l'Amministrazione Finanziaria assume la qualità di creditore della società diretta e coordinata, con inevitabili potenziali ripercussioni sui legittimati passivi.

2. Il necessario rapporto di causalità materiale e giuridica

2.1. Sulla causalità materiale

Condizione essenziale per la determinazione del risul-

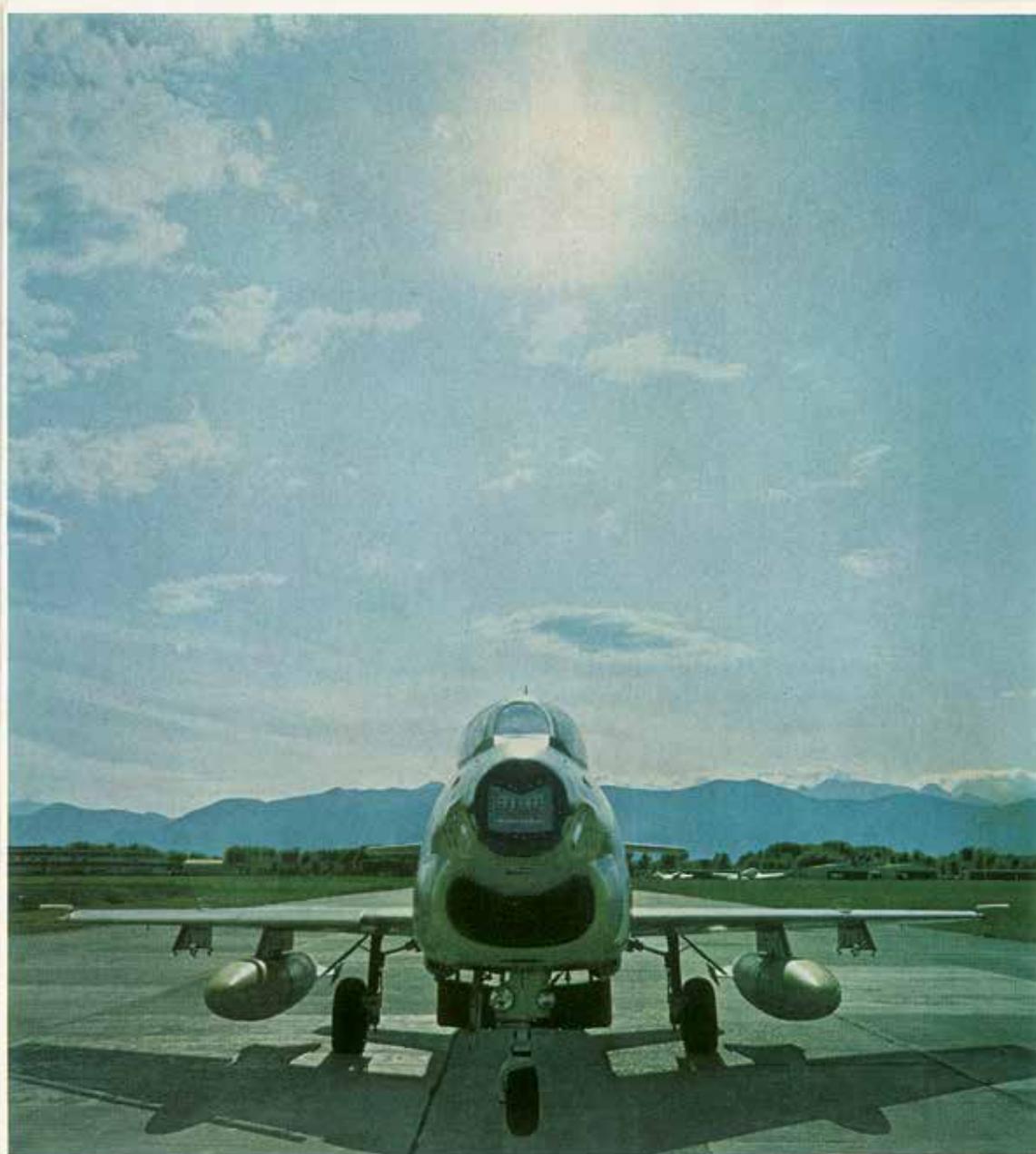
tato complessivo è il giudizio di causalità materiale,⁷ che costituisce la prima fase di ricostruzione del nesso di causalità, volto ad accertare che una eterogestione illecita sia stata effettivamente la causa del pregiudizio verificatosi in capo ai soci o ai creditori della società assoggettata all'altrui direzione o coordinamento.⁸

7. La causalità materiale, a differenza di quella giuridica è il modello che lega la condotta all'evento naturale, quando questo tiene dietro a quella e viene supposto necessariamente.

Il rapporto di causalità materiale si basa quindi sul principio che ad ogni effetto deve corrispondere una causa; nell'ambito del diritto, l'esistenza di un nesso di causalità fra due fenomeni è un'esigenza indispensabile per far corrispondere a determinate patologie il riconoscimento di prestazioni risarcitorie.

Molti possono essere i fattori che intervengono nel determinare il fenomeno, altri ne modificano l'esito finale in una sequenza concatenata, molti altri possono invece dare o togliere una rilevanza giuridica. Tra di essi vanno presi in considerazione: *i*) la **causa**, che produce un effetto, che modifica uno stato di cose, che deve essere antecedente, cioè precedere l'effetto in senso cronologico, necessario, perché senza di essa non avviene l'evento; *ii*) la **concausa** (sia essa preesistente, simultanea o sopravvenuta rispetto all'evento di rilevanza giuridica), che si verifica con l'intervento in concorso di più cause, determinando un effetto altrimenti non realizzabile in assenza di una o più cause necessarie, ma non sufficienti; *iii*) la **condizione**, quale presupposto necessario affinché la causa produca un determinato effetto, talvolta con una difficile distinzione tra una condizione e una concausa preesistente. La condizione è comunque una situazione statica, anche se passibile di evoluzione spontanea, mentre la concausa è pur sempre dinamica, capace di modificare la realtà producendo un evento nuovo, connesso ad un interesse giuridico; infine *iv*) l'**occasione**, quale evento non necessario (sostituibile) e normalmente non sufficiente, il quale si distingue dalla causa per la mancanza di idoneità a produrre l'effetto che è sproporzionato rispetto all'azione. L'occasione è un atto ordinario e fisiologico, normalmente idoneo a produrre qualsiasi effetto lesivo, ma che si trova a slatentizzare una situazione dipendente da altra causa. La nozione va tenuta distinta da quelle per le quali assume un significato di ambito, di luogo, di tempo e di finalità dell'azione da cui scaturisce l'evento.

8. Si distingue inoltre tra: *i*) **causalità immediata e mediata**, poiché in taluni casi una causa può seguire immediatamente l'evento finale, mentre, in altri casi, segue un evento intermedio, portando comunque allo stesso evento finale della prima ipotesi. È pertanto immediato il rapporto fra una causa e l'effetto che subito si produce, mentre è mediato quello fra la causa prima e l'effetto finale di una concatenazione; *ii*) **causalità diretta ed indiretta**, la cui distinzione è caratterizzata dal fatto che se la concatenazione di effetti è rappresentata da una serie regolare e continua di fenomeni, l'evento finale può essere fatto risalire alla causa originaria e la causalità è diretta, mentre, viceversa, la causalità è indiretta quando si inseriscono nuovi fattori concausali che portano ad un evento diverso; *iii*) **causalità endogena ed esogena**, in cui le cau-



Alert Ally Of The Western World

NATO chose this Fiat G91 super-speed jet, after world competition, to help preserve freedom.

In all world languages the word *Fiat* means automobile. The name has traveled around the world just as Fiat has. Fiat cars have penetrated deeply wherever they have gone. It began in 1899.

Now Fiat means transportation of all kinds, and public works engineering. Within a relatively few years of the birth of the Fiat automobile, the founders realized they had become recognized as a world center for engineering. Ever since then, this distinction has been zealously guarded and relentlessly enhanced.

Today you can ride a Fiat train in Argentina, a Fiat bus in Bangkok, a Fiat truck in Tunis, find Fiat tractors in all climates, visit dams built by Fiat in Africa and the Near East, drive through Alpine tunnels which Fiat helped to construct, or fly a Fiat jet.

If transportation or engineering is part of your interest anywhere, a productive beginning can be made with Fiat at Turin.

***FIAT* around the world**

FIAT S.p.A. Turin Italy • U. S. Representative 375 Park Ave., New York, N. Y.



Al fine di procedere alla rappresentazione del pregiudizio come danno risarcibile, si deve pertanto tenere conto del nesso di causalità materiale tra la condotta posta in essere dalla capogruppo (e dai propri amministratori) e il danno subito dai soci e/o dal creditore della controllata.

Pertanto, nella ricostruzione del danno, pur esso derivante da una sommatoria di elementi complessivi e compensativi, non vanno presi in considerazione quegli elementi che abbiano, o possano rappresentare, caratteristiche di eventi occasionali⁹ o di quelli non correlati da un nesso di causalità.

Ai fini che qui interessano, va significativamente distinto, prima di tutto, la causa dal mero evento occasionale: quest'ultimo è infatti solo un fatto coincidente, ma privo di una qualunque efficacia causativa e, pertanto, inidoneo a dar luogo a qualsivoglia responsabilità.

Nell'ambito della determinazione del risultato complessivo andranno pertanto valorizzati solo i rapporti causali, quelli, cioè, nei quali esiste una relazione tale per cui un determinato comportamento è la causa e l'altro ne sia l'effetto, anche nell'ambito di un rapporto concausale, in cui eventuali altri fattori possano aver aggravato il pregiudizio, intensificando o aumentando il danno, anche a seguito del protrarsi del tempo, ovvero accelerandone l'evoluzione in senso negativo.

Così, ad esempio, in presenza di una direzione di gruppo, non potranno essere valorizzate, come componenti di danno, eventuali minusvalenze a seguito di un crollo di prezzi di mercato sull'alienazione (anche imposta dalla capogruppo) di assets non strategici (anche immobiliari) da parte della controllata che non trovino un nesso causale con l'acquisto imposto dalla capogruppo, quale, ad esempio, un precedente acquisto intercompany a prezzi palesemente superiori a quelli di mercato all'epoca dell'acquisizione, ovvero in presenza di elementi certi che, sempre a tale data, comprovassero in modo quasi certo il realizzo di minori plusvalori, ovvero per politiche di gruppo (anche fiscali) qualora la dismissione fosse imposta a favore di altre società controllate.

se endogene sono i fattori, fisiologici o patologici, originati internamente dall'attività propria, mentre quelle esogene provengono dal mondo esterno; *iv*) **causalità e causazione**: la causalità è l'attitudine potenziale o astratta a causare, in base ad un giudizio di probabilità statistica. Sulla base di un giudizio ex ante, si desume se l'azione sarebbe stata capace di produrre l'evento, mentre la causazione richiede un giudizio ex post, cioè se l'evento già verificatosi sia stato la conseguenza di una determinata azione.

9. Cass. Civ., Sez. III, 5962/00.

Andranno altresì esclusi i rapporti occasionali, quelli cioè ove l'agire sotto direzione o coordinamento siano assolutamente inidonei a produrre eventuali pregiudizi, i quali appariranno quindi come effetti sproporzionati rispetto all'entità di tale azione occasionale, per cui quest'ultima rappresenterebbe un antecedente non necessario e altrimenti sostituibile.

Non potranno essere valorizzate in termine di causalità, ad esempio, alcune sporadiche vendite intercompany, effettuate nell'ottica di gruppo a prezzi inferiori a quelli di mercato, qualora l'eventuale dissesto successivo della controllata trovi i propri motivi su ben altre cause.

Al pari, andranno evidentemente esclusi anche i rapporti inesistenti, quelli cioè in cui tra l'agire eterodiretto e l'evento dal quale nasce il pregiudizio non esiste alcuna relazione, in conseguenza di una pura concomitanza di fatti accidentali, ovvero dove alcuni atti di gestione (eterodiretta) siano solo serviti a richiamare l'attenzione su eventi dovuti ad altre cause; l'impossibilità di rimborso dei finanziamenti infragruppo, a suo tempo correttamente concessi a condizioni e tassi di mercato, potrebbero rappresentare non tanto la causa, quanto l'evidenziazione di uno stato di insolvenza della eterogestita.

Tale situazione di insolvenza potrebbe infatti essere causa di altri fattori, indipendenti dalle scelte gestorie eterodirette, per cui, in tal caso, pare non possa essere imputata alla capogruppo una responsabilità per non voler convertire il suo credito in equity, atteso che l'inadempienza della controllata non troverebbe causa nel rapporto finanziario corrente con la capogruppo stessa.

Potrebbero nascere in tali casi elementi di preferenzialità nei pagamenti, dai quali potrebbero conseguire anche delle responsabilità, ma tali responsabilità assumono natura diversa da quella prevista dall'art. 2497 c.c.¹⁰

10. La responsabilità per eterogestione, infatti, non si sostituisce ma si aggiunge alle altre forme di tutela, integrando così una nuova ed ulteriore tutela degli interessi dei creditori e dei soci della controllata, che prima della riforma non si era riusciti a dare in modo adeguato. Coerenza vuole, infatti, che se la società (terza) controllante ne ricavi i legittimi vantaggi, così ne subisca le svantaggiose conseguenze. Nel quadro normativo non viene alterata la tutela del socio verso la società di cui all'art. 2395 c.c., né quella dei creditori della società prevista dall'art. 2394 c.c., ma a tali tutele si affianca la nuova disciplina di una azione diretta verso la società controllante. L'azione diretta nei confronti della controllante, quindi, non si sostituisce, per diversità dei destinatari, alle

Per l'identificazione dei criteri di accertamento del nesso causale si può pertanto, con buona approssimazione, fare riferimento ai criteri elaborati in sede penalistica.¹¹

È pur vero che nel diritto civile gli artt. 1223 e 2043 c.c. limitano il risarcimento del danno alle sole “*conseguenze immediate e dirette*” della condotta illecita; tuttavia la giurisprudenza ha accolto anche la causalità indiretta e mediata, postulando un doppio nesso causale fra condotta e l'evento e tra l'evento ed ulteriori conseguenze dannose, secondo il principio della “*conditio sine qua non*”, ma non ha definito in modo conclusivo fino a quale punto si debbano assoggettare i soggetti chiamati in causa al risarcimento dei danni cagionati dalla loro condotta.

Si porrebbero, in altre parole, i problemi legati al concorso di colpa.

Così, ad esempio, l'uso strumentale di società partecipate ed eterodirette, nelle quali viene in qualche modo imposta una gestione “allegra” sotto alcuni profili fiscali e giuslavoristici, dei quali vantaggi in termini finanziari beneficerebbe anche la capogruppo, potrebbero da un lato identificare un nesso di causalità diretta nella direzione da parte della stessa capogruppo, ma dall'altro evidenzierebbero in modo palese un concorso degli amministratori della eterodiretta a far proprie certe direttive in relazione alle violate norme fiscali o giuslavoristiche.

Successivi accertamenti in capo alla società eterodiretta, che possono compromettere la sua redditività, il valore della partecipazione e la sua capacità di solvibilità nei confronti dei terzi creditori lasciano pertanto aperto il tema della quota parte di responsabilità attribuibile alla controllante e, di conseguenza, della componente di pregiudizio azionabile dal socio di minoranza o dal creditore della controllata.¹²

altre possibili azioni esercitabili dal socio e/o dal creditore ai sensi degli artt. 2393, 2393bis, 2394 e 2395, ma tale azione si affianca a quelle preesistenti per sanzionare, in modo specifico, la responsabilità da attività di direzione e coordinamento delle società ed enti che agiscono nell'interesse proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale.

11. L'art. 40 c.p. prevede infatti che “*nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende l'esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione. Non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo*”.

12. Nella valutazione del danno alla persona in termini di responsabilità civile, la concausalità ha un posto di tutto rilievo (art. 1227 c.c.), poichè il concorso di colpa del danneggiato

Ed ancora, anche in termini ricostruttivi del danno, un voluto o tollerato (da parte della società che esercita la direzione e il coordinamento) insufficiente sistema di controllo amministrativo in capo ad alcune società partecipate, magari fin dalla loro costituzione, implica un non facile giudizio sul nesso di causalità e di concorso, poichè l'evento che ha creato il pregiudizio si sarebbe potuto non verificare con un diverso atteggiamento degli organi gestori della eterodiretta.¹³

o lo stato anteriore del danneggiato attenuano l'entità del risarcimento.

13. Un aspetto interessante e pratico, che ha investito diversi gruppi di società italiane, riguarda il problema se gli amministratori della *holding* possano essere chiamati a rispondere delle false appostazioni di bilancio poste in essere dagli amministratori delle controllate (italiane o estere) sulla base di risorse extracontabili (fondi neri) talvolta impiegati per elargire le famigerate “*tangenti*”.

Agli effetti della responsabilità, la posizione degli amministratori della controllante va vista sotto un duplice aspetto: a) quali rappresentanti legali della controllante, per aver approvato bilanci della controllata che sapevano essere non fedelmente rappresentativi di una situazione economica e finanziaria della società; b) in quanto sapessero che la controllata aveva disposto di risorse finanziarie non risultanti dalla propria contabilità per elargizioni a politici, ed abbiano omesso di menzionare tali vicende nella relazione al bilancio ex art. 2428 c.c. Ci si domanda pertanto se vada applicata, anche in questo caso, la logica dei vantaggi compensativi, essendo indubbio che, almeno nel breve, tale scorretto comportamento ha procurato dei benefici.

Al riguardo credo vada distinto caso per caso, ed in particolare l'ipotesi a) della corruzione da quella b) della concussione; mentre per la prima, per tutta una serie di motivi, non può dirsi che procuri un lucro a medio-lungo termine, per la seconda il dibattito è aperto, e si può discutere.

Sempre in tale ottica, mi pare che la nuova formulazione dell'art. 2497 c.c. vada assolutamente valutata anche in relazione all'importante responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, di cui al d.lgs. 231/2001 per i fatti penalmente illeciti commessi nell'interesse o a vantaggio di queste, che prevede sanzioni pesanti previste dall'art. 9 e ss. dello stesso decreto (fino alla confisca e alla revoca delle autorizzazioni e delle licenze, il divieto di contrarre con pubblica amministrazione, ecc.). Il decreto in oggetto si applica infatti a tutti gli enti e società, con o senza personalità giuridica ed in particolare (v. art. 5 d.lgs. 231/01): a) “... da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso; b) “... da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)”.

Pare quindi che, di fronte ad un fatto illecito compiuto da una società controllata (o, meglio, dagli amministratori di questa), l'estensione ad una responsabilità, non solo ex art.

Ne consegue che qualsiasi determinazione del danno, anche nella sua componente complessiva, sarà così, per sua natura, variabile e soggettiva, con scostamenti potenzialmente anche sensibili in base ai presupposti adottati.¹⁴

Nel dinamismo dell'agire imprenditoriale, infatti, non è semplice applicare e tradurre in numeri né la teoria condizionalistica, né i criteri della c.d. *causalità adeguata*;¹⁵ si dovrà quindi fare necessariamente riferimento ad una attenta, ortodossa e corretta applicazione della scienza professionale in questione, che può comportare il coinvolgimento anche di più professionisti specializzati nelle varie materie nelle quali troverebbe riferimento l'agire scorretto della capogruppo.¹⁶

2497 c.c., ma anche ex art. 5 d.lgs. 231/2001, possa essere neutralizzata (pena devastanti conseguenze anche in capo alla controllante) solo se vengono messe in atto tutta quella serie di tutele previste dall'art. 6 dello stesso d.lgs. 231/2001. In altre parole, come in ciascuna singola società, a maggior ragione nelle società che esercitano la direzione e il coordinamento, al fine di evitare pesanti responsabilità anche dell'ente e non solo dei suoi amministratori, è opportuno che gli organi amministrativi della controllante si dotino di efficienti sistemi di autotutela organizzativa, ed adottino modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

14. Mai come in questo caso risulta assumere pregnante significato la lucida visione di L. GUATRI, *La valutazione delle aziende*, marzo 2010, ove afferma che: "I risultati delle valutazioni aziendali sono spesso intesi (e proposti) come dati certi: siano essi espressi entro definiti "intervalli", o ancor più con una cifra unica che vorrebbe lasciar intendere una precisione quasi infinitesimale. Nulla di più falso! Simili convincimenti sono pure illusioni, remote dalla realtà".

15. Secondo la quale la condotta è causa dell'evento quando risulti essere una *condicio sine qua non* della lesione, vale a dire quando, espungendo la condotta mediante un procedimento di eliminazione mentale, si appura che il fatto non si sarebbe verificato. Pur trovando ancora riscontro in talune pronunce, la causalità materiale è stata tuttavia superata dalla c.d. *causalità adeguata*, in base alla quale il rapporto causa-effetto si manifesta in una sequenza costante, secondo un calcolo di regolarità statistica, in virtù della quale il danno si presenta quale conseguenza normale, non già straordinaria, della condotta.

16. Sebbene la teoria della causalità adeguata sia quella di più frequente applicazione giurisprudenziale, deve rammentarsi che nello specifico settore della responsabilità per direzione e coordinamento, al pari di quella professionale, non pare corretto ricorrere al criterio della probabilità statistica, ma bensì a quello della probabilità scientifica, per cui oggetto d'esame non è la certezza degli effetti della condotta, ma la probabilità e l'idoneità della condotta a produrla. La probabilità statistica non ricorre e non è quindi ipotizzabile in tutti i casi in cui alla condotta dell'uomo non segue un even-

A maggior ragione, speciali difficoltà si presenteranno tutte le volte in cui sia richiesto una determinazione del pregiudizio in presenza di un nesso causale con l'illecito *omissivo*, che postula la formulazione di un giudizio di probabilità in termini invertiti rispetto a quanto si pratica nell'ipotesi di illecito *commissivo*.

In tutte queste situazioni, il tecnico chiamato a quantificare e a determinare il risultato complessivo di innumerevoli singoli atti, nell'ambito di una eterogestione di gruppo, non potrà quindi che operare partendo da una enucleazione molto ponderata solo di quei comportamenti o fatti che assumano significato in termini di causalità.

Infine, in assenza di una causalità unica od esclusiva, quando cioè una sola causa non è di per sé sufficiente a produrre l'effetto, cioè nell'ipotesi in cui sussista una pluralità di fattori causativi di un danno, è stato precisato che l'individuazione del rapporto di causalità tra l'evento e l'ultimo fattore di una serie causale non esclude la rilevanza di quelli anteriori che abbiano avuto come effetto quello di determinare la situazione su cui il successivo è venuto ad innestarsi, poiché il limite alla configurazione del rapporto di causalità tra antecedente ed evento è rappresentato solo dalla idoneità della causa successiva ad essere valutata, per la sua eccezionalità, rispetto al decorso causale innescato dal fattore remoto, come causa sufficiente ed unica del danno.

Nella causalità materiale (pur adeguata) va quindi fatto riferimento solo ai metodi e alle regole scientifiche; vi è quindi ipotesi di ritenere che il giudice della causa incardinata dal socio e/o dal creditore nominerà necessariamente un consulente ausiliario (o più consulenti qualora siano interessate più materie tecniche), che sia esperto di aspetti valutativi aziendali e contabili, atteso che il risultato finale, in termini di determinazione del risultato complessivo, riguarderà comunque un asserito pregiudizio sulla (minore) "redditività" e sul (minore) "valore della partecipazione", nonché sull'esistenza o meno di una "lesione all'integrità patrimoniale".

Potrebbe inoltre presentarsi frequentemente il caso, nell'ambito della causa, che nell'attività affidata all'ausiliario, si richieda a quest'ultimo anche la preventiva identificazione delle operazioni in un nesso di causalità con la fattispecie di cui è causa.

to naturale, come negli illeciti di pura condotta ed in quelli omissivi in particolare, quali la inadempienza contrattuale (art. 1453 c.c.) e la omissione degli atti comandati dalle norme. Così: *Sulla causalità giuridica nella Responsabilità Civile da inadempienza e da illecito*, Rivista Dir. Civ., 2001, II, 409.

2.1. Sulla causalità giuridica

Le considerazioni relative alla sussistenza del nesso di causalità materiale devono essere fatte anche sul nesso di causalità giuridica,¹⁷ quale seconda condizione per l'esistenza di una responsabilità, indipendentemente dalla causalità materiale; deve cioè sussistere un nesso fra la perdita subita dal socio (perdita di valore o di redditività della partecipazione) e l'antigiuridicità della condotta (ovvero una condotta contraria ai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale).

La perdita subita dal socio e/o dal creditore può infatti essere considerato danno risarcibile solo nella misura in cui sia conseguenza diretta della condotta antiggiuridica posta in essere dalla capogruppo.

L'effetto non è qui quello naturale che può non esserci, come si è visto, ma è quello giuridico, cioè "il danno", che c'è sempre.¹⁸

Al riguardo debbono considerarsi gli artt. 1223 e 1227 c.c.,² dettati nell'ambito della responsabilità contrattuale, ma applicabili anche alla responsabilità extracontrattuale in forza del richiamo dell'art. 2056 c.c., prevedendo che il risarcimento debba comprendere tanto la perdita subita (c.d. danno emergente) quanto il mancato guadagno (c.d. lucro cessante) che siano conseguenza immediata e diretta del fatto lesivo.

È questo il caso, ad esempio, di finanziamenti (anche di provenienza estera) erogati alla controllata a tassi elevatissimi, da soggetti collegati al gruppo o da società finanziarie appartenenti al gruppo, ovvero canoni elevati per l'utilizzo da parte della eterodiretta dello stabilimento di proprietà della capogruppo o di altre società del gruppo al fine di compensare canoni di leasing finalizzati all'acquisizione dello stesso immobile dalla società madre o sorella; ovvero di interruzione improvvisa di commesse da parte di alcune società del gruppo verso le quali la eterodiretta lavorasse quasi in esclusiva, o la corresponsione di *royalties* per l'utilizzo di marchi o brevetti della capogruppo di entità rilevante eccessiva ed antiggiuridica, ecc..

In tutti questi casi, accertata l'antigiuridicità del com-

17. La causalità giuridica, a differenza di quella materiale, è invece il modello dettato dal legislatore che concerne la successione dei fenomeni, nell'ambito della fattispecie descritta e la loro frequenza ideale; l'antecedente causale non è qui costituito dalla mera condotta, ma "dal fatto", che è l'insieme di condotta e di evento naturale, quando questo c'è o di condotta senza evento, quando non c'è.

18. Questa seconda componente dell'analisi del nesso di causalità prende quindi in considerazione il collegamento tra il fatto dannoso e le sue conseguenze, ed è volta a delimitare l'area del danno risarcibile.

portamento della capogruppo, il lucro cessante è in effetti conseguenza immediata e diretta del fatto lesivo, con la precisazione che può applicarsi il criterio della c.d. regolarità causale,¹⁹ con una soglia meno elevata di probabilità rispetto al giudizio di causalità penale.²⁰

La regola che è alla base della causalità giuridica è perciò quella della probabilità, quale è desunta dalle regole di esperienza che appartengono al patrimonio culturale medio della società; regola alla quale bisognerà attenersi anche per la determinazione del risultato complessivo.

La vera difficoltà riguarda l'individuazione delle operazioni lesive soprattutto quando occorre valutare le condotte dell'organo amministrativo: spesso gli amministratori decidono di porre in essere determinate azioni, ma l'effettiva attuazione avviene con alcuni giorni di distanza e soprattutto insieme a tante altre scelte societarie che si vanno a mescolarsi con quella legata al pregiudizio del socio o del creditore.

Il giudizio di probabilità, sul piano soggettivo si traduce poi in quello di prevedibilità, essendo ammessa, come vedremo, la compensazione con vantaggi fondatamente prevedibili.

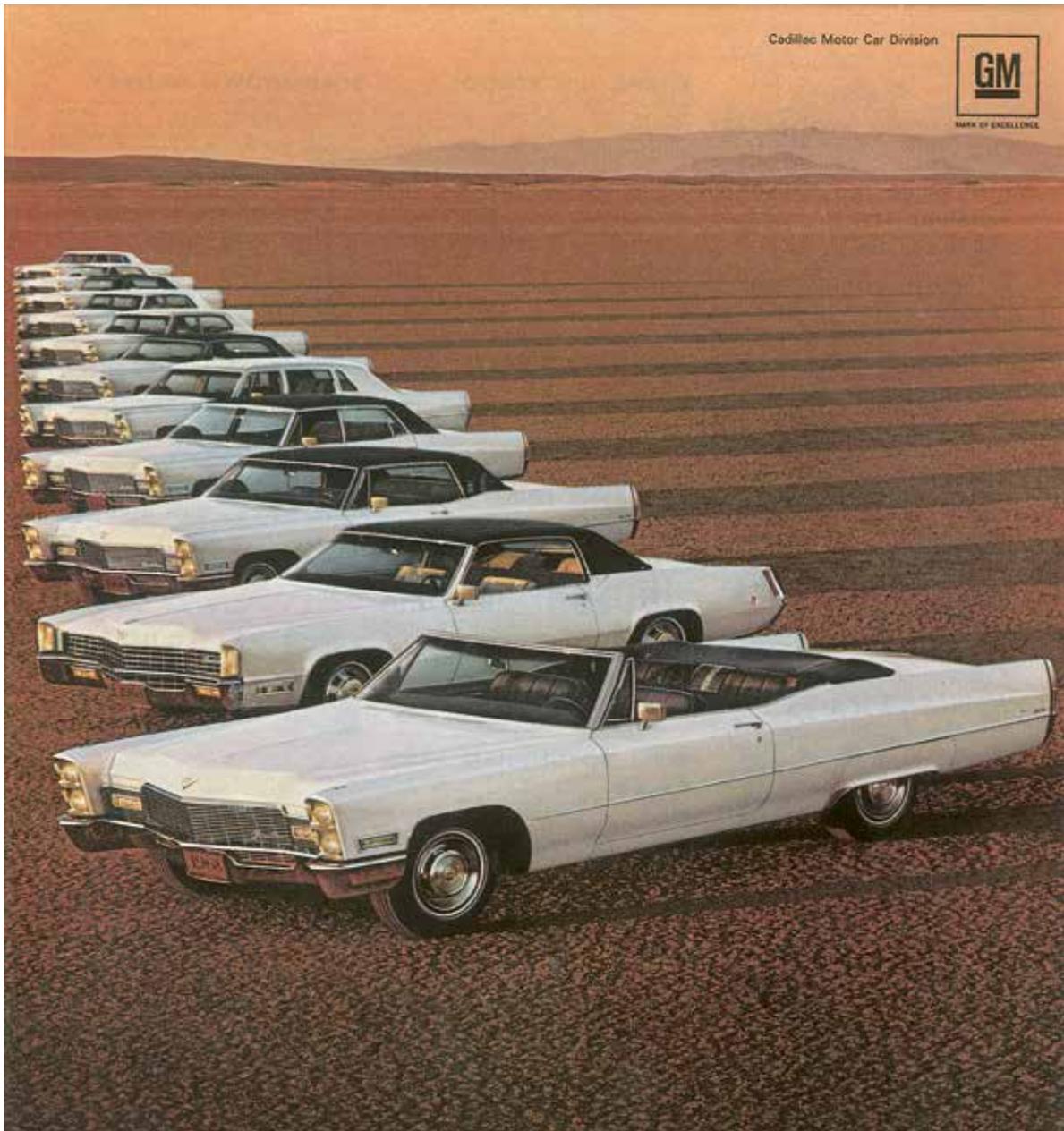
3. Onere della prova e i riflessi in termini di determinazione del danno

Altro aspetto di particolare importanza che potrà presentarsi nella determinazione del danno riguarda la specificità dell'onere della prova, poiché una sua rico-

19. Come precisato dalla giurisprudenza, l'art. 1223 c.c. circoscrive l'ambito del danno risarcibile secondo il criterio della cosiddetta regolarità causale, nel senso che sono risarcibili non solo i danni che sono immediati e diretti, ma anche quelli che sono mediati e indiretti, purché rientrino, secondo un giudizio di probabile verificaazione rapportato all'apprezzamento dell'uomo di ordinaria diligenza, nella serie delle conseguenze normali ed ordinarie del fatto. Tra le tante, Cass. Civ., Sez. II, 971/00.

20. Cass. Civ., Sez. III, 21619/07. È stato messo a fuoco come la causalità civile, in questo senso, possa essere caratterizzata da una soglia meno elevata di probabilità rispetto al giudizio di causalità penale e questo aspetto possiede una speciale valenza in riferimento alla valutazione tutte le volte in cui le implicazioni non consentono per lo più di addivenire a giudizi sicuri e trancianti, ovvero alla c.d. "tracciabilità" degli eventi. La sequenza ideale dei fenomeni nella causalità giuridica non è pertanto quella costante senza eccezioni (come nella causalità materiale), ma è quella che si basa sulla normalità ed è perciò di tipo probabilistico, che indica solo il numero dei casi favorevoli rispetto a quelli possibili.

Cadillac Motor Car Division



A luxury car buyer deserves the luxury of choice

That's why Cadillac for 1968 offers eleven different models in three series . . . including the fabulous Eldorado, world's finest personal car. In Cadillac's choice of body styles—by far the widest in the luxury car field—you are sure to find one that meets your individual taste in every way. And with Cadillac's unsurpassed array of colors, interiors and optional equipment, your authorized dealer can help you select a Cadillac ideally suited to your personal driving preferences. Shown front to rear: DeVille Convertible; Fleetwood Eldorado; Coupe deVille; Fleetwood Brougham; Fleetwood Seventy-Five Sedan; Hardtop Sedan deVille; Sedan deVille; Fleetwood Sixty Special; Calais Coupe; Calais Hardtop Sedan; Fleetwood Seventy-Five Limousine. Each brilliantly represents the Standard of the World.

Cadillac



struzione, pur alla luce delle difficoltà sopra evidenziate, potrà essere operata: a) in sede di ctu solo sulla base della documentazione prodotta in atti (salvo diverso accordo fra le parti, difficile tuttavia da immaginare sulla base della presumibile litigiosità collegata alla natura della causa); b) sulla base di elementi e di prove di cui i legittimati attivi devono essere in possesso; c) sulla base di valutazioni di natura qualitativa e di visione complessiva di gruppo che pone i legittimati passivi in condizione di maggior forza rispetto ai legittimati attivi.

Va così a finire che un'azione ex art. 2497 c.c. sarà verosimilmente e fruttuosamente esperibile solo in relazione a particolari palesi specifiche operazioni o a situazioni collegate a specifici atti di ingerenza dei quali si possa documentare la gestione contraria ai principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria, dalla quale possa emergere una responsabilità e, quindi, un danno.

Anche se a livello teorico una ricostruzione complessiva può essere attuata anche in ordine a fattispecie complesse, salvo i casi in cui la eterogestita acceda ad una procedura concorsuale, per il quale fatto gli elementi di prova diventino di possesso del curatore o del commissario, ovvero sia disposta una ispezione giudiziale ex art. 2409 c.c., negli altri casi tale ricostruzione appare estremamente difficile e, talvolta, quasi impossibile. Ma anche in questi casi, stante la specificità e l'isolamento delle operazioni individuabili, potrebbe mancare quel requisito di sistematicità dell'agire antigiusdicario, non essendo facile richiamare la responsabilità prevista dall'art. 2497 c.c. solo sulla base di atti occasionali e non sistematici; diviene infatti problematico per i legittimati attivi ricostruire l'attività di direzione e coordinamento (in particolare le direttive illegittime e/o quelle dannose) che ha causato il danno oltre che individuare chi, tra i componenti dell'organo amministrativo, abbia effettivamente dato input alla direttiva pregiudizievole o non abbia evitato l'esecuzione.

Per la quantificazione del danno risarcibile occorre infatti ricordare che i soggetti danneggiati ed individuati dalla norma – soci e creditori sociali – si trovano in una situazione diversa stante il differente pregiudizio subito; l'onere della prova assume oltremodo significato in ragione del suo collegamento al nesso di causalità, come sopra argomentato.

Ciò comporterà inevitabilmente una evidente difficoltà nella produzione delle prove (documentali e contabili) dell'operazione dannosa.²¹

21. SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei so-*

Ai fini che qui interessano, l'onere della prova, la prova stessa e la prova contraria, risultano elementi valutativi di estrema importanza in ordine alle conseguenze pratiche e patrimoniali, soprattutto prima della fase contenziosa, assumendo diverso significato a seconda del punto di vista dal quale ci si pone (se da parte del socio, ovvero del creditore, o da quello della capogruppo).²²

Ciò giustificherebbe la presenza di pochissime pro-

ci di minoranza delle controllate, in Soc. 2003, 2bis, 377. Potrebbe inoltre accadere che in relazione alla prova riguardante il presupposto dell'attività di direzione e coordinamento, il socio decida di riferirsi ad una direzione unitaria generica come causa del pregiudizio o preferisca invece indicare una determinata operazione (all'interno della direzione unitaria del gruppo) che ritiene essere stata pregiudizievole e che abbia causato un danno alla propria partecipazione.

22. Quale sia la natura che venga attribuita alla responsabilità prevista all'art. 2497 c.c., sia essa contrattuale che extracontrattuale, il problema circa la prova di un abuso da parte della capogruppo (mediante l'operato del proprio organo amministrativo) diviene in ogni caso molto importante, talché la migliore dottrina identifica l'azione di responsabilità contro la capogruppo come una azione molto difficile da esperire. Così GALGANO, IRACE. In particolare, nel caso in cui si riconosca una **natura contrattuale** alla responsabilità ex art. 2497 c.c., chi esercita l'azione dovrà dimostrare l'inadempimento ed il danno conseguente, spettando al convenuto (capogruppo e/o soggetti solidalmente chiamati in causa) dimostrarne la non imputabilità ai sensi dell'art. 1218 c.c.; viceversa, qualora si ritenga di dover attribuire alla responsabilità una **natura extracontrattuale**, sarà richiesto agli attori di provare anche l'elemento psicologico del dolo o della colpa (art. 2043 c.c.). Vi è tuttavia chi ritiene che le differenze tra i due regimi probatori siano piuttosto sfumate, BADINI CONFALONIERI - VENTURA, *Commento all'art. 2497 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, *Comm.*, diretto da COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO E MONTALENTI, 2004, 2163. ZAMPERETTI, *La responsabilità di amministratori e capogruppo per "abuso di direzione unitaria"*, nota a Tribunale di Milano, 22.1.2001, in *Fall.* 2001, 1143 ritiene che le agevolazioni probatorie proprie del regime contrattuale siano "messe in discussione dal fatto che l'obbligazione di esercitare correttamente la direzione unitaria ha per oggetto un'attività e non un risultato" con la conseguenza che anche nella responsabilità contrattuale discendente dall'abuso di direzione unitaria il danneggiato dovrà di fatto dare prova della colpa, non perché criterio di imputabilità, ma perché immagine speculare e negativa della diligenza che, ex art. 1176 c.c., costituisce canone dell'adempimento di quell'attività di cui il creditore è tenuto a dare prova. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato Colombo Portale* (diretto da), 1991, IV, 413 e 438 rileva, a sua volta, che la dimostrazione della colposa negligenza, nella prospettiva extracontrattuale si risolve nella prova dell'inadempimento degli obblighi o dei modelli comportamentali previsti dalla legge; sicché di fatto l'omologazione fra i due regimi probatori pare orientarsi piuttosto a favore di quello contrattuale.

nunche in materia rispetto all'effettiva rilevante realtà imprenditoriale organizzata in forma di gruppo.

Poiché l'azione riconosciuta ai soci esterni della dominata è una azione diretta e non surrogatoria di quella che, in ipotesi, potrebbe spettare direttamente alla società,²³ mentre l'azione del creditore deve presupporre un'insufficienza patrimoniale della eterogestita, chi è chiamato a ricostruire l'entità del danno dovrà pertanto fare riferimento e ponderare tutti quegli elementi (da valorizzare eventualmente in sede di giudizio) di vario e diverso genere, a seconda che a promuovere l'azione di responsabilità siano i soci o i creditori sociali (o l'organo fallimentare).

In particolare, dal punto di vista degli attori:

- a) per entrambe le fattispecie è innanzitutto necessario che sia valutata la documentazione come atto a provare, in prima battuta, l'attività di direzione e coordinamento da parte di una data società (o di un ente) nei confronti della società con cui loro stessi e/o i creditori siano in qualche modo legati da vincoli o rapporti obbligatori;²⁴
- b) sia in un caso che nell'altro è inoltre richiesta una valutazione sulla sostenibilità della prova del pregiudizio subito e del rapporto causale tra la condotta e il danno, identificando quindi le operazioni e gli atti che siano legati in un nesso di causalità;
- c) con riferimento al socio attore è richiesta anche una valutazione di insolvenza della società eterodiretta debitrice, in quanto è tenuto a provare che il proprio pregiudizio è dovuto ad un'insufficienza del patrimonio della società eterodiretta,²⁵ tale

23. Per questo motivo, infatti, il risarcimento dei danni deve essere direttamente operato al socio capogruppo e non, in primis, alla società.

24. In relazione a tale elemento va tuttavia evidenziato che l'onere in capo agli attori è in questo caso in parte alleggerito: a) dalla presunzione prevista dall'art. 2497sexies c.c. (rimanendo di conseguenza onere della capogruppo, per liberarsi dalla responsabilità, la prova contraria dell'inesistenza dell'attività di direzione e coordinamento) e b) dall'onere degli amministratori di adempiere agli obblighi di pubblicità richiesti dall'art. 2497 bis c.c. (poiché in assenza della pubblicità richiesta, se non fosse possibile né utilizzare le presunzioni né dimostrare l'attività di direzione, i soci potrebbero comunque promuovere un'azione risarcitoria nei confronti degli amministratori della controllata per l'omesso adempimento degli obblighi pubblicitari).

25. Va in tal modo distinto il semplice inadempimento dall'insolvenza e, per dirla con il Carnelutti, si ha insolvenza quando l'imprenditore che vorrebbe dare, non ha, mentre si verifica l'inadempimento quando l'imprenditore che ha, non vuole dare.

per cui è sua necessità procedere con un'azione nei confronti della società capogruppo al fine di ottenere il risarcimento;

- d) solo successivamente, va quindi effettuata la ricostruzione del danno, opportunamente documentata, tenendo conto dei vantaggi compensativi, anch'essi oggetto di valutazione e quantificazione. Se si opera dal punto di vista dei soggetti convenuti (sia la società capogruppo, sia chi ha preso parte al fatto lesivo o ne ha tratto beneficio ai sensi del 2° comma), si dovrà:
 - a) dimostrare, attraverso lo strumento dell'eccezione, l'assenza degli elementi per promuovere l'azione e cioè la insussistenza di un'attività di direzione e coordinamento e la mancanza del nesso di causalità tra la condotta posta in essere e il pregiudizio subito dagli attori;
 - b) provare, con prove dirette, la correttezza della gestione societaria e di gruppo, cioè che il danno non è stato prodotto dall'esercizio della direzione e coordinamento, ma piuttosto dalla inesperta o negligente condotta degli amministratori della società eterodiretta; in sostanza, che le direttive emanate dalla capogruppo erano in linea con la politica di gruppo e rispettavano i principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale, ma le modalità con cui sono state applicate dall'organo amministrativo della società controllata hanno causato un danno ai soci e ai creditori sociali di quest'ultima;
 - c) valorizzare tutta una serie di elementi finalizzati a dimostrare l'insindacabilità nel merito delle scelte di gestione;
 - d) valorizzare e quantificare l'assenza di un qualsiasi pregiudizio;
 - e) valorizzare e dimostrare la mancanza di un rapporto di causalità tra la lamentata perdita di redditività o di valore della partecipazione da parte dei soci e la condotta della capogruppo;
 - f) stimare e valorizzare i vantaggi compensativi. Con riguardo a quest'ultima eccezione, va segnalato che la prova dell'esistenza dei vantaggi compensativi grava ovviamente sui convenuti e, in particolare, sugli organi amministrativi e sui sindaci, i quali avranno l'onere di dimostrare che i dati allegati, volti a provare la compensazione, siano idonei ed in grado di equilibrare gli effetti negativi delle operazioni compiute (e contestate dagli attori).²⁶

26. Cass. 16707/2004 e ABRIANI, *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, 620.

4. La quantificazione dei danni risarcibili in capo ai soci della società eterogestita

Riguardo ai soci di minoranza, l'individuazione del danno risarcibile è quello arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione,²⁷ che non è di facile accertamento,²⁸ in quanto il valore della redditività della partecipazione varia (in positivo o in negativo) e tale variazione è, in qualche modo, legata a vari fattori, quali l'andamento del mercato, la struttura e le caratteristiche della società, fattori occasionali ed estemporanei e potrebbe dipendere solo in parte (o per nulla) dalle politiche societarie e di gruppo; la redditività della partecipazione non è quindi un'aspettativa sicu-

27. L. GUGLIEMMUCCI, *La responsabilità per direzione e coordinamento di società*, in *Dir. Fall.*, 2005, I, 38 – il quale precisa che trattasi di azione diretta, volta a far valere un danno indiretto, in quanto ricollegabile al pregiudizio subito dal patrimonio sociale.

28. MAGGIOLLO, *L'azione di danno contro la società o ente capogruppo (art. 2497³ c.c.)*, in *Giur. comm.* 2006, I, 176, ritiene che il socio della società eterogestita, che abbia subito un pregiudizio alla redditività ed al valore della partecipazione sociale mai potrà essere completamente ed integralmente soddisfatto con i mezzi propri dalla eterogestita cui appartiene.

T. VENTRELLA, *La responsabilità ex art. 2497 c.c.: questioni esecutive e applicazioni pratiche*, Luiss, 2012, 112, la quale afferma che per il socio di minoranza risulterà, quindi, più semplice cercare di dimostrare la responsabilità, ex art. 2393bis c.c., del proprio amministratore che abbia eseguito un atto estraneo all'oggetto sociale e non adeguatamente compensato dai vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo, piuttosto che adoperarsi per far emergere la responsabilità della controllante ex art. 2497 c.c. Le ragioni sembrerebbero molteplici: a) la dimostrazione dei vantaggi compensativi, che escludono la responsabilità del convenuto, è semplice per la holding, mentre per l'amministratore della controllata costituisce una prova difficile da fornire (è la holding che elabora le strategie economiche del gruppo, l'amministratore si limita solitamente ad eseguirle senza prender parte alla fase di indirizzo); b) la dimostrazione del nesso causale tra atto di indirizzo della controllante e atto di esecuzione dell'amministratore non è affatto agevole (considerata la generale informalità dei rapporti tra la capogruppo e le controllate); c) la controllante può liberarsi da responsabilità dimostrando che l'atto è imputabile alla negligenza degli amministratori della holding o della controllata (dimostrazione semplice, rispetto alla prova di cui al punto precedente, perché, se dell'atto di indirizzo della controllante spesso non rimane traccia, l'atto esecutivo viene sempre adottato dall'amministratore della controllata, con le modalità e le procedure riservate agli atti della sua società). In definitiva, l'amministratore della controllata risulta il soggetto su cui è più semplice far confluire tutte le responsabilità connesse all'attività di eterodirezione.

ra.²⁹ Per individuare il criterio e l'approccio per la determinazione del danno in capo al socio è necessario muoversi partendo dal presupposto, che sembra ormai consolidato anche in giurisprudenza,³⁰ che l'azione del socio è promossa direttamente nei confronti della società dominante e/o da chi ha preso parte al fatto lesivo o ne abbia tratto beneficio, dai quali soggetti provverrà l'indennizzo che lo stesso otterrebbe.

In questo modo sarebbe eliminato il problema di una iterazione del danno a seguito dell'azione stessa.³¹

Ciò premesso, la rappresentazione quantitativa del danno risarcibile ex art. 2497 c.c. ha ad oggetto le perdite di redditività e/o il valore della partecipazione sociale che, per il tempo e il modo in cui si sono verificate, sulla base di uno sviluppo normale degli eventi, si possono considerare, con adeguata probabilità,

29. DI MAJO, *La responsabilità per l'attività di direzione e coordinamento nei gruppi di società*, in *Giur. comm.* 2009, 540.

30. Trib. Milano 17.6.2011 in *Repertorio della Giustizia Civile*, 2011, 6590; secondo cui la norma "non sottende alcun tipo di responsabilità della società eterodiretta nei confronti dei suoi soci, in ipotesi per aver subito senza opporsi o senza opporsi efficacemente ad una diminuzione patrimoniale causata dall'altrui illegittima attività di direzione/coordinamento ed a sua volta causativa di una diminuzione del valore delle partecipazioni. Lo stesso tribunale peraltro afferma che "diverso forse sarebbe se fosse dedotta una diminuzione della redditività delle partecipazioni, il che qui non è", ammettendo quindi la possibilità di una responsabilità della società eterodiretta ex art. 2497 2° comma laddove il danno inerisca la redditività (rapporto capitale investito-rendimento) della partecipazione. Non così per il danno al valore (prezzo nella libera contrattazione) della medesima, in quanto questo non può dipendere dall'assemblea dei soci.

31. Tale soddisfazione, se rivolta alla società eterogestita anziché alla controllante, avrebbe infatti l'inevitabile effetto di diminuire la consistenza patrimoniale della stessa società eterogestita; e la diminuzione della consistenza patrimoniale avrebbe a sua volta l'effetto di deprimere il valore e la redditività della partecipazione sociale, ponendo il socio in condizione di subire ulteriori conseguenze in capo alla partecipazione da lui detenuta per l'azione stessa che ha promosso.

Per questo motivo la perdita di redditività o di valore della partecipazione dei soci potrà essere oggetto di risarcimento solo se valutata come conseguenza immediata e diretta della condotta lesiva, attiva o omissiva, nel rispetto dell'art. 1223 c.c. che può essere applicato, sia nel caso in cui la natura della responsabilità ex art. 2497 c.c. si ritenga contrattuale sia nell'ipotesi di responsabilità extracontrattuale per effetto del richiamo di cui 2056 c.c.

Sull'argomento cfr. anche SACCHI, *Sulla responsabilità della direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, 662 e C. COLAPRETE, *L'azione risarcitoria ex art. 2497 c.c.*, Università di Bologna, 2012.

causate dalla condotta antiggiuridica contestata alla capogruppo dai soci.

Va tenuto presente che la quantificazione del danno assume valori diversi a seconda dei soggetti ai quali ci si rivolge: *a)* nei confronti della società che ha esercitato la direzione antiggiuridica e/o dei suoi amministratori la richiesta di danno deve considerarsi piena, cioè per l'intero ammontare del pregiudizio subito dal socio della eterogestita, mentre *b)* la richiesta di danno nei confronti di chi abbia preso parte al fatto lesivo e ne abbia tratto beneficio è limitata al minor valore tra l'intero pregiudizio e il beneficio ottenuto.

4.1 In riferimento alla redditività

Con riferimento al danno conseguente al pregiudizio derivante dalla minore redditività, l'opacità della norma non permette di capire se redditività e valore della partecipazione rappresentino un'unica quantificazione del pregiudizio, ovvero esprimano due concetti diversi,³² nel senso che il pregiudizio alla redditività va analizzato solo in riferimento alla sua capacità di tutelare il valore della partecipazione, ovvero se il socio possa subire, dall'agire pregiudizievole della capogruppo, anche un danno per ciò che personalmente avrebbe potuto conseguire in termini di probabili dividendi ricollegabili ad una storicità di distribuzioni e/o in forza di patti parasociali o di una *policy* aziendale che ne preveda la sistematica distribuibilità.

A tal riguardo, autorevole dottrina sarebbe dell'avviso quest'ultimo non può essere ricollegato al diritto di dividendo, ma vada bensì identificato come pregiudizio alla produzione di utili, come nel caso in cui la redditività stessa venga neutralizzata da costi per interessi da finanziamento.³³

In tal caso, il decremento della redditività è pertanto strettamente correlato al valore della partecipazione, in quanto la prima (redditività) è tesa a tutelare il valore nominale della partecipazione sociale e, quindi, il diritto del socio al mantenimento del suo valore di scambio.

Tale danno può quindi essere quantificato, in linea di

32. G. FAUCEGLIA, *Codice Commentato delle Spa*, 1610.

33. L. GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, in quanto "poiché il diritto soggettivo al dividendo non sorge con la produzione degli utili ma con la delibera assembleare di distribuzione degli utili".

Dello stesso avviso anche G. SBISA, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario della riforma delle società*, 2012, 52, il quale afferma che non pregiudicare la redditività non significa neppure assicurare la distribuzione degli utili prodotti. Sotto questo profilo creazione di valore e redditività vanno considerati congiuntamente.

principio, considerando la differenza tra il valore della partecipazione prima e dopo il compimento di atti posti in essere per effetto delle direttive della controllante impartite in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale della società controllata.

Redditività e valore della partecipazione sono infatti tra loro collegate (v. § 4.3).

La giurisprudenza di legittimità³⁴ confermerebbe tale orientamento ed avrebbe escluso la sussistenza di un danno diretto in capo al socio, dato che, appartenendo gli utili, prima della distribuzione, alla società, il danno viene subito direttamente da questa e soltanto di riflesso dal socio per la riduzione del valore della sua quota.³⁵

Al contrario vi è chi confermerebbe la duplice esigenza, per un verso, di non esaurire il tema della partecipazione azionaria nel solo elemento della "partecipazione al capitale sociale" e di accentuare per contro la rilevanza dell'interesse ai flussi finanziari generati dall'attività, e dunque ad una remunerazione potenzialmente illimitata derivante dalla gestione sociale, per altro verso, di ricondurre all'interesse della società anche l'interesse alla periodica distribuzione di utili, che andrà temperato con l'interesse all'autofi-

34. Cass, 8359/2007 e Cass. 10271/2004.

35. Nel primo senso, cioè della valorizzazione della redditività solo in funzione del valore della partecipazione v. anche L. GUGLIELMUCCI, *La responsabilità per direzione e coordinamento di società*, in *Dir. Fall.*, 2005, I, 45, il quale afferma che trattasi, quindi, di un pregiudizio alla capacità dell'impresa controllata di produrre utili e si traduce sostanzialmente in un pregiudizio al valore della partecipazione: pregiudizio - quello al valore della partecipazione - che può essere determinato anche altrimenti, attraverso operazioni pregiudizievoli.

Sulla stessa linea anche V. SALAFIA, *La responsabilità della holding nei confronti dei soci di minoranza delle controllate*, in *Soc. n. 2/bis 2003*, 390, il quale afferma che il danno suddetto è stato ravvisato nel nocumento, che il socio della società controllata subisce di riflesso, come conseguenza del danno direttamente patito dal patrimonio della società. Si tratta di un danno indiretto, in quanto proiezione del danneggiamento del patrimonio della società; cioè, di quel danno il cui risarcimento il socio non potrebbe, alla stregua di quanto dispone l'art. 2395 c.c., richiedere agli amministratori e ai sindaci della sua società. La redditività e la valorizzazione della partecipazione sociale sono risultati dipendenti dalla corretta e proficua gestione del capitale sociale, ma il rapporto fra la predetta gestione

ed i risultati, nei confronti delle partecipazioni dei soci, è solo indiretto. La corretta e proficua gestione del capitale comporta risultati positivi diretti solo nell'economia e nella sfera giuridica della società.

nanziamento; con il corollario che il contemperamento dell'interesse all'autofinanziamento (proprio della controllante) e quello della remunerazione periodica (tipico dell'azionista di minoranza), pur rimesso alla deliberazione dell'assemblea, dovrà comunque avvenire secondo soluzioni rispettose del principio correttezza e di affidamento.³⁶

La correlazione ai dividendi pare quindi valorizzabile, come forma alternativa e residuale rispetto alla regola generale di un mero rafforzamento della partecipazione, nei soli casi in cui la società abbia già deliberato la distribuzione dei dividendi, ovvero quando, in base ad una clausola statutaria che preveda tale distribuzione, sussista comunque un credito esigibile del socio,³⁷ ma forsanche quando la storicità dei rapporti e le delibere avvenute *medio tempore* evidenzino un palese affidamento in tal senso.

Stante la diversa interpretazione in relazione alla perdita di redditività, si verifica che: *a)* nel primo caso (insensibilità del diritto ai dividendi), da considerarsi quale regola generale, la determinazione del danno coinciderebbe con quella relativa alla perdita di valore della partecipazione, mentre *b)* nel secondo caso (diritto alla distribuzione del dividendo) andrebbe valorizzato tale diritto in capo al socio attore.

Qualora si presentassero casi riferibili a tale seconda tesi è necessario sviluppare le linee razionali di quantificazione del danno in modo separato nelle sue due componenti (redditività e partecipazione), salvaguardando contemporaneamente la regola generale (fatta propria dalla dottrina prevalente e dalla giurisprudenza) di correlare i due effetti per quanto più sotto esposto.

Ciò detto, applicando i principi ragionieristici ai quali la prassi fa riferimento, si ritiene che un corretto approccio ed un equo criterio di determinazione, senza per il momento valorizzare i vantaggi compensativi, debba necessariamente tenere in considerazione i seguenti aspetti:

- 1) nel caso più semplificato di limitati elementi di valutazione e di un preciso momento in cui sia stato compiuto (o iniziato) l'atto antiggiuridico da parte della controllante, va identificato il *dies a quo* dal quale la redditività della società eterogestita sarebbe stata compromessa;
- 2) contrariamente al parametro di redditività funzionale al valore della partecipazione, la redditività da prendere come riferimento ai fini del potenziale dividendo è evidentemente l'utile netto e non il reddito operativo (*Ebitda*); cioè il reddito (*Rn*) al netto della componente finanziaria e della tassazione, poiché in assenza di pregiudizio tale sarebbe stata la redditività riflessa in capo al socio;
- 3) va quindi ricostruita la simulazione di quale sarebbe stato il reddito netto della società in assenza degli atti lesivi posti in essere dalla capogruppo.³⁸ Nella valutazione dei risultati vanno infatti escluse le componenti esogene, in quanto occorre riferirsi non a ciò che si sarebbe verificato se la società avesse operato in modo autonomo, bensì alle condizioni di soggezione all'altrui direzione e coordinamento, in quanto accettata dai soci esterni che non abbiano esercitato il recesso ai sensi dell'art. 2497 quater, comma 1, lett. c), c.c.;³⁹
- 4) quanto alla componente fiscale va tenuto conto anche delle imposte differite (ed eventualmente di quelle anticipate) che potenzialmente graverebbero sul maggior reddito (o sulla minor perdita), mentre per la componente finanziaria si dovrà tener anche conto, in un nesso di causalità adeguata, dell'impatto degli oneri finanziari in relazione alla modificazione della struttura debitoria ricollegabile all'atto antiggiuridico;
- 5) la simulazione andrà quindi effettuata sulla base di corretti principi contabili per tutta la durata del rapporto, cioè dal momento in cui è emersa

36. N. DI ABRIANI, *Le società per azioni*, 261 che farebbe forza sul tenore della legge delega alla riforma societaria (l. 366/2001) e della Relazione in cui si chiarisce che da un lato viene riconosciuta la legittimità di base della direzione e coordinamento e vengono altresì tenuti presenti - e non penalizzati - i legittimi interessi di chi la esercita; dall'altro è stato posto un limite a tale attività di direzione e coordinamento, per cui è apparso doveroso il rispetto dei valori essenziali del "bene" partecipazione sociale, bene che l'art. 2247 c.c. individua: "nell'esercizio in comune di una attività economica al fine di dividerne gli utili".

37. Trib. Milano 28.9.2006, in *Giur. It.*, 2007, 387.

38. Tale simulazione si rende necessaria in quanto non è possibile imputare qualsiasi evento negativo alla responsabilità della capogruppo, in quanto il dovere di quest'ultima è quello di non impartire direttive che vanifichino la potenziale redditività, mentre, una volta rispettati i principi di corretta gestione imprenditoriale, la produzione di utili dipenderà dalla capacità dei gestori dell'impresa, dalla congiuntura economica, dalla situazione del mercato, con costituendo fonte di responsabilità il fatto che la controllata non abbia conseguito il risultato atteso in base alle previsioni dei budget. Così G. SBISA, *op. cit.*, 2012, 51.

39. A. VALZER, *Le responsabilità da direzione e coordinamento*, 2011, 72.



L'APICE DELLA
VELOCITA' COL
SUPERCARBURANTE
DI RINOMANZA
MONDIALE



Società Italo Americana per i Petroli Genova

GES
1934

la condotta antiggiuridica e fino alla richiesta del socio quale legittimato attivo (ovvero fino alla data della sua uscita dalla compagine della società eterogestita);

- 6) nel caso di cause dirette e in assenza di elementi di causalità esogena che possano modificare la struttura produttiva, non dovrebbero rilevarsi particolari ulteriori elementi da prendere in considerazione, per cui la minor redditività dovrebbe essere determinata quale differenza tra la redditività come sopra simulata e ricostruita e quella storica registrata in presenza della direzione lesiva; tuttavia, anche in questo caso, andranno prese in considerazione (e pertanto rettificata) le eventuali altre voci del conto economico che potrebbero essere modificate in un'ottica di simulata assenza dell'atto lesivo;
- 7) nel caso invece di presenza di elementi di causalità esogena (quali ad esempio un aumento dei tassi di interesse applicati dal sistema bancario in forza di prestiti effettuati dalla eterogestita a favore della controllante) andrà attentamente analizzata la componente di causalità materiale mediata e, qualora riscontrata, andrà valorizzata nell'ambito del raffronto.

In tal caso, infatti, qualora non si fosse proceduto ad indebitare la controllata a favore della capogruppo (o di altre società del gruppo) l'impatto in termini finanziari dovrà tener conto della componente esogena delle variazioni dei tassi di mercato.

È molto probabile che, per le caratteristiche proprie della gran parte delle aziende, ci si trovi in presenza di concause (preesistenti, simultanee o sopravvenute) che possano concorrere ad incrementare (o comunque a variare) l'entità del pregiudizio. In tal caso si dovrà tener conto anche degli effetti di tali concause qualora legate da un nesso di causalità adeguata secondo i principi in precedenza esposti;

- 8) tenuto conto della finalità dell'azione ex art. 2497 c.c. in merito alla minor redditività, quest'ultima va riferita al socio legittimato attivo esattamente per la percentuale agli utili spettanti allo stesso socio in forza delle previsioni statutarie, senza alcuna riduzione per disaggi di minoranza;
- 9) la simulazione come sopra indicata dovranno essere sviluppate lungo tutto l'arco temporale interessato dal pregiudizio, tenuto anche conto di eventuali mutamenti della percentuale agli utili. Qualora l'atto antiggiuridico posto in essere dalla capo-

gruppo coinvolga operazioni sul capitale, con lesione dei diritti del socio di minoranza (come, ad esempio, in relazione a pregiudizievoli determinazioni del sovrapprezzo deliberate o influenzate dalla capogruppo), tali effetti dovranno essere sterilizzati con appropriata e simulata rideterminazione dei diritti lesi (ad esempio la rideterminazione del corretto sovrapprezzo) e dei diversi corretti assetti partecipativi che si sarebbero ottenuti in assenza dell'atto lesivo che li avrebbe determinati;

- 10) in presenza di perdite pregresse in capo alla società partecipata, i maggiori utili come sopra determinati dovranno in primis essere destinati alla copertura delle perdite e solo successivamente resi disponibili alla potenziale distribuibilità; in tal caso, la maggiore redditività non impatta direttamente nella sfera personale del socio, bensì nel valore della partecipazione;
- 11) si dovrà tener conto della componente finanziaria ricollegabile ai dividendi potenzialmente distribuibili, nel senso che una maggiore redditività potenzialmente distribuibile in capo al socio di minoranza comporterebbe un analogo diritto in capo alla società controllante (e agli altri soci di minoranza), con la conseguenza che una presunta distribuzione deve essere riferita all'intera compagine societaria – e va in tal senso simulata – impattando sull'esposizione finanziaria e, di conseguenza, sugli oneri finanziari dei periodi successivi.

A tal riguardo, poiché il pregiudizio sulla redditività è collegato a quello del valore della partecipazione (come presupposto di conservazione della stessa) si ritiene corretto tener conto che tale partecipazione sia tutelata e preservata e che, inoltre, vadano valorizzati da una parte gli eventuali patti parasociali in ordine alla politica dei dividendi e, dall'altra, la quota parte di *free cash flow (fcf)* disponibile per tali dividendi, al netto quindi dei *capital expenditures (capex)* e della remunerazione del capitale di terzi (rimborso mutui e finanziamenti a medio/lungo termine), senza poter ipotizzare nuove linee di credito (in quanto ipotetiche) oltre a quelle già in essere sulla società.

La parte di maggior redditività, in un'ottica di prudenza e di conservazione del valore della partecipazione, potrebbe in tal modo non essere destinata interamente a potenziali dividendi, ma solo in parte; in tal caso avrà come impatto una diversa proiezione delle successive esposizioni

bancarie ed un maggior valore della partecipazione stessa;

- 12) operate le simulazioni come sopra indicate, il pregiudizio alla redditività consisterebbe nella sommatoria delle differenze tra i teorici flussi disponibili per l'azionista in termini di potenziali dividendi (*div*), come distribuibili in relazione al *fcf* in un'ottica simulata di equilibrio finanziario che tuteli l'azienda e la società durante tutto il periodo preso in considerazione, e quelli effettivamente percepiti;
- 13) trattandosi di importi che costituiscono debiti di valore e non di valuta,⁴⁰ andranno tenute in considerazione le componenti di svalutazione e di interessi compensativi con riferimento alle singole date in cui i suddetti dividendi si sarebbero potuti erogare (data di approvazione dei singoli bilanci).

È evidente che quantificare una componente di danno legata ai potenziali dividendi distribuibili comporterà, come contropartita, una diversa (minore) valorizzazione della partecipazione (di cui ai successivi § 4.2 e § 4.3) in relazione alle potenziali distribuzioni effettuate.

4.2 In riferimento al valore della partecipazione

La perdita del valore della partecipazione del socio è pertanto, di regola, l'effetto del danno patrimoniale arrecato alla società sottoposta alla direzione e coordinamento; può quindi essere definito come un danno indiretto.

La perdita subita dal socio può infatti essere considerata danno risarcibile solo nella misura in cui sia conseguenza diretta della condotta antiggiuridica posta in essere dalla capogruppo.⁴¹

Il pregiudizio al valore della partecipazione si verifica quando si determina un decremento di valore, che può essere quantificato considerando la differenza tra il valore della partecipazione prima (tempo t_0) e dopo il compimento degli atti posti in essere per effetto delle direttive della controllante impartite in violazione dei

40. A. BALDASARRI – P. CENDON, *Codice civile annotato con giurisprudenza*, 836.

41. Queste considerazioni relative alla sussistenza del nesso di causalità materiale devono essere fatte anche sul nesso di causalità giuridica; deve cioè sussistere un nesso fra la perdita subita dal socio (perdita di valore o di redditività della partecipazione) e l'antigiuridicità della condotta (ovvero una condotta contraria ai principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale).

principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale della società controllata (tempo t_1).

Per procedere alla relativa quantificazione dei danni subiti dai soci, alla luce di tutto quanto sopra esposto, vi è chi ritiene che saranno rilevanti tutta una serie di indici tra cui:⁴²

- a) il deprezzamento del valore dell'azienda;
- b) le performances dei titoli operanti nello stesso settore economico della controllata;
- c) le performances delle azioni della controllata nel periodo precedente l'acquisto del controllo.

Con tali indicatori si potrà effettuare un paragone tra il valore della partecipazione (e di conseguenza della società) precedente all'esecuzione delle direttive pregiudizievoli (o alla venuta in essere degli effetti di una determinata operazione di gruppo) ed il valore successivo che i soci ritengono essersi ridotto, imputando tale calo di valore alla condotta della capogruppo.

Sebbene i criteri sopra indicati siano, in linea di principio, condivisibili, come parametri di correlazione che tengono conto della congiuntura di mercato e di *benchmark* di riferimento, è tuttavia da ritenere preferibile un approccio più puntuale e dettagliato, applicando i principi ragionieristici ai quali la prassi fa riferimento, per cui si ritiene che un corretto approccio ed un equo criterio di determinazione del danno relativo al valore della partecipazione, senza per il momento tener conto dei vantaggi compensativi, debba necessariamente tenere in considerazione i seguenti aspetti:

- 1) il raffronto del valore delle partecipazioni al tempo t_0 e al tempo t_1 andranno evidentemente effettuate con la stessa metodologia, tenendo eventualmente in considerazione la componente di danno valorizzata in termini di redditività;
- 2) anche in questo caso, quindi, andrà ricostruita una simulazione di quale sarebbe stato il reddito netto della società in assenza degli atti lesivi posti in essere dalla capogruppo, secondo quanto previsto al precedente § 4.1, al fine di escludere le componenti esogene e di valorizzare le condizioni di soggezione all'altrui direzione e coordinamento;
- 3) per le società quotate andrà valorizzato il valore della partecipazione al tempo t_0 come emergente dal mercato, mentre quello al tempo t_1 andrà ridefinito sulla base dei parametri di borsa (rapporto *Ev/Ebitda* o altro parametro ritenuto più confacevole alla fattispecie) tenuto conto della diversa struttura economica e patrimoniale che emergerà

42. FIGÀ – TALAMANCA, *op. cit.*, 1212.

al tempo t_1 da una depurazione dell'evento pregiudizievole in capo alla società eterogestita;

- 4) per le società non quotate andranno applicati i metodi (patrimoniali, reddituali o finanziari) più confacenti alla tipologia della società eterogestita, ed andrà valorizzato il valore della partecipazione al tempo t_0 come determinato con il metodo utilizzato, mentre quello emergente al tempo t_1 andrà rideterminato sulla base dello stesso metodo tenuto conto della diversa struttura economica al tempo t_1 che emergerà da una depurazione dell'evento pregiudizievole in capo alla società eterogestita.

Per i metodi reddituali e finanziari potrebbe rendersi necessaria la rideterminazione della posizione finanziaria netta (*pf_n*) al tempo t_1 , qualora tale componente sia rappresentativa del valore della partecipazione;

- 5) la redditività oggetto di depurazione dovrà essere quella propria del metodo reddituale adottato, nella gran parte dei casi riferita all'*Ebitda*;
- 6) andranno presi in considerazione, e come tali valorizzati, i disaggi di minoranza, sulla base dei principi di prassi, così come gli eventuali diritti riservati ai soci e gli eventuali vincoli statutari al trasferimento delle partecipazioni;
- 7) andrà altresì preso in considerazione il contesto di gruppo in cui l'azienda opera, nonché i suoi effetti in capo alla eterogestita, soprattutto in relazione al periodo di attualizzazione dei redditi o dei flussi di cassa futuri posti a base della valutazione;
- 8) ai fini della rideterminazione del valore del conto economico e dello stato patrimoniale, ovvero per i flussi di cassa finalizzati a determinare il valore delle partecipazioni si applicheranno i principi di cui al precedente § 4.1 in quanto applicabili alla fattispecie.

Tale rappresentazione, proprio per il contesto in cui dovrà essere fatta e per la particolarità dell'oggetto, sarà necessariamente l'esito, come per la rappresentazione sulla redditività, di un *giudizio probabilistico*.⁴³

Ciò perché se fosse richiesta una verifica rigorosa del carattere diretto ed immediato del rapporto tra condotta e danno sarebbe quasi impossibile individuare il valore del pregiudizio e, di conseguenza, procedere ad una tutela piena e al risarcimento dei soggetti danneggiati.

Si potrebbe obiettare che vengano incluse in questa

rappresentazione anche le perdite di redditività e di valore che, pur non trovandosi in rapporto diretto e immediato con la condotta, si possono considerare conseguenze normali del processo causale messo in moto dalla condotta della capogruppo, ma tale fattore è la conseguenza di una corretta o meno applicazione del principio di causalità in precedenza argomentato.

4.3 Il rapporto tra redditività

e valore della partecipazione in termini di danno

Il rapporto tra redditività e valore della partecipazione, troverebbe particolare significato in tutti quei casi in cui vengano valorizzati metodi reddituali o finanziari (o anche misti).⁴⁴

Un approccio basato su una separazione delle componenti di danno (redditività intesa come dividendi distribuibili e minor valore della partecipazione) in linea teorica non dovrebbe portare a risultati diversi, atteso che la sommatoria dei dividendi non distribuiti a seguito dell'ingerenza illegittima della capogruppo

44. I metodi **reddituali** considerano l'azienda come un complesso economico unitario e tengono conto della sua capacità di generare redditi. In particolare, vengono stimati i cosiddetti «sovraredditi» consistenti nei risultati economici realizzabili al di sopra della media, attualizzati alla data di stima. Tale metodologia appare indicata nella stima di complessi aziendali con prevalenza degli aspetti economici della gestione rispetto a quelli patrimoniali e di investimento, e quindi non risulta appropriata nei casi in cui il complesso patrimoniale risulti consistente e non trascurabile.

I metodi **finanziari** sono basati sulla attualizzazione dei flussi finanziari attesi dalla gestione sostanzialmente considerano l'azienda come un qualsiasi investimento, determinando il ritorno in termini finanziari dell'investimento del proprio capitale in una determinata attività. In linea teorica, i metodi che si basano sull'attualizzazione dei flussi finanziari attesi, offrono un'ottima rappresentazione del valore dell'investimento, pur con i limiti intrinsecamente presenti in metodi che necessitano di stime e previsioni sui parametri utilizzati nel calcolo del valore attuale.

I metodi **misti** patrimoniali/reddituali sono i metodi maggiormente utilizzati nella realtà professionale italiana, poiché uniscono i principi utilizzati nei singoli metodi di valutazione. In particolare, essi valorizzano la componente patrimoniale come punto di partenza e, ritenendo la stessa non sufficiente al fine di pervenire ad un valore del capitale economico attendibile, operano una verifica di tipo reddituale, che porta alla determinazione di un avviamento. Il concetto di avviamento risulta intrinseco nei metodi misti e la sua quantificazione avviene sia in via diretta che indiretta. Il metodo maggiormente diffuso è quello della stima autonoma e diretta dell'avviamento, quale valore attuale dei sovraredditi attesi, che andrà a sommarsi al valore del capitale netto rettificato determinato in base ai criteri di tipo patrimoniale.

43. FIGÀ – TALAMANCA, *Riforma del diritto societario e gruppi di società*, in *Vita notarile*, n. 2, 2004, 1212.

impatterebbero, in termini di saldo della posizione finanziaria netta di stima del valore della partecipazione al tempo t_2 , nel senso che eventuali simulazioni sulla distribuzione di dividendi comporterebbe un minor saldo della liquidità aziendale (e quindi un minor valore della partecipazione) al tempo t_1 .

Tuttavia, tale apparente equivalenza deve tener conto di alcuni fattori, che possono presentarsi come necessitanti di correzione, ovvero di specifica considerazione, in quanto:

a) la simulazione sulla distribuibilità dei dividendi, se da un lato impatta sulla *pfm*, dall'altro non tiene conto degli interessi passivi pagati dalla società eterogestita sulla maggior indebitamento a seguito della distribuzione stessa.

È pur vero che la componente di danno legata al diritto ai dividendi verrebbe incrementata degli interessi, ma ciò riguarderebbe solo il socio di minoranza danneggiato, mentre gli interessi passivi che graverebbero la eterogestita sarebbero influenzati da una simulazione di distribuzione rivolta a tutti i soci (compresa la capogruppo) e, quindi, per importi ben superiori;

b) i tassi di interesse che la società eterogestita è tenuta a pagare al sistema bancario non necessariamente coincidono con gli interessi (legali) da riconoscersi al socio e, nella gran parte dei casi, sarebbero verosimilmente superiori;

c) mentre la distribuzione dei dividendi non risente dei disagi di minoranza, una corretta valorizzazione del valore della quota in tempi diversi ne è necessariamente influenzata e ciò potrebbe portare ad ulteriori disallineamenti sui valori ottenuti con i due metodi.

In quest'ottica, a seconda del punto di vista in cui ci si pone, potrebbe essere preferibile adottare un approccio ovvero l'altro; per tali motivi, al socio di minoranza (e tanto più quanto sia di minoranza) risulterà in genere preferibile incorporare la componente di danno legata a potenziali dividendi nel valore della partecipazione, ma ciò non rappresenta una regola sempre valida e la convenienza di uno o l'altro approccio va di caso in caso valutata in ordine alla fattispecie concreta.

5. La quantificazione dei danni risarcibili in capo ai creditori della società eterogestita

Il danno da risarcire al creditore, come prevede l'art. 2497 c.c., si configura in termini ricostruttivi in modo più semplice, quantificabile nella lesione cagionata

all'integrità del patrimonio della società eterodiretta con cui è in essere un rapporto obbligatorio; è pertanto rappresentato dall'impossibilità di ottenere il pagamento integrale del proprio credito in dipendenza della insufficienza patrimoniale determinata dall'operazione pregiudizievole.

Si tratta della situazione classica in cui una società può venirsi a trovare, cioè l'incapacità di fare fronte ai propri debiti con il proprio patrimonio.

Per quantificare il risarcimento che compensa il danno al creditore si avrà quindi riguardo essenzialmente all'entità del debito insoddisfatto; sarà dunque più agevole individuare l'importo da restituire al creditore sociale (rispetto a quello del socio), potendo riferirsi al rapporto contrattuale intercorrente con la società e al valore eventualmente residuo di cui quest'ultima risulta debitrice.

Anche nel caso in esame è rilevante che la causa della riduzione del patrimonio sociale della società soggetta alla direzione e coordinamento non derivi (esclusivamente) da una *mala gestio* della società, ma da una condotta della capogruppo contraria ai principi indicati all'art. 2497 c.c.

In tal caso, come per i soci, sarà quindi fondamentale, anche ai fini della rappresentazione del danno risarcibile ai creditori sociali, provare il nesso di causalità sia materiale che giuridico.

L'aspetto tecnico della ricostruzione comporterà, quindi, di dover individuare alcuni danni patiti dai creditori sociali direttamente risarcibili dalla società eterodiretta e danni invece che solo la società holding è in grado di risarcire ai soggetti danneggiati.

Da ciò deriva il riconoscimento di un'azione immediata contro la capogruppo anche per il creditore sociale solo per la parte non soddisfatta dalla eterogestita, dovendosi precisare che con tale azione i creditori sociali possono richiedere un risarcimento il quale, se può sicuramente comprendere i pregiudizi per loro assenza non suscettibili di essere risarciti dalla società eterogestita, può altresì estendersi sino al pregiudizio che di per sé anche la società eterogestita potrebbe risarcire solo nel caso in cui questa società non abbia provveduto direttamente a soddisfare il socio di minoranza o il creditore sociale.⁴⁵

L'apparentemente più semplice approccio per la quantificazione del danno in capo ai creditori va tuttavia distinto a seconda che l'azione sia promossa *uti singuli* da uno o pochi creditori, ovvero sia promossa

45. MAGGIOLÒ, *op. cit.*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 192.

“in massa” da parte del curatore nell’ambito del fallimento della società eterogestita (o da un commissario giudiziario di equivalente procedura).⁴⁶ In un caso come nell’altro, parte della dottrina ritiene che per il creditore sociale ci sia una perdita non suscettibile di essere risarcita dalla società soggetta a direzione e coordinamento, quantificabile nei costi necessari per cautelarsi.⁴⁷

Da ciò consegue che in tutti i casi in cui il creditore, a seguito della richiesta di risarcimento alla società eterodiretta (e nel rispetto di quanto richiesto dal 3° comma dell’art. 2497 c.c.), non risulti completamente soddisfatto, sarà costretto ad agire nei confronti della capogruppo.

Discorso differente va fatto qualora l’azione ex art. 2497 c.c. venga esperita, in sede fallimentare, dal curatore nell’interesse della massa dei creditori ai sensi del 4° comma dell’art. 2497 c.c..

In questo caso, vi è chi sostiene che si potrebbe meccanicamente ragguagliare la lesione all’integrità del patrimonio sociale alla differenza tra attivo e passivo fallimentare.⁴⁸

Il criterio del raffronto dei netti patrimoniali di periodo sarebbe in tal caso l’unico dotato di validità scientifica; l’unico oggettivo, l’unico applicabile a qualsiasi tipologia di impresa e di insolvenza.⁴⁹

Il differenziale fra i patrimoni netti, dunque, pur con l’adozione dei correttivi e dagli adattamenti necessari a depurare il risultato dalle inevitabili “anomalie”, costituirebbe il punto di partenza imprescindibile per la stima del danno provocato dagli organi sociali in tutte le azioni di responsabilità.

Anche tale criterio risulta tuttavia non esente da critiche, poiché da un lato ben potrebbe essere che il lamentato danno, o almeno parte di esso, sia dovuto ad una avversa congiuntura economica, anziché a specifiche violazioni dei principi di correttezza gestionale (si rischia infatti d’imputare alla holding la colpa anche di eventi relativi al mercato, quasi a voler convertire l’azione risarcitoria in azione sanzionatoria); dall’altro lato, il passivo ammesso può essere inferiore al passivo reale, perché sovente nelle procedure fallimentari

46. Sul rapporto tra art. 2497 u.c. e l’art. 147 l. fall. vedasi F. FIMMANÒ, in *Direzione e coordinamento di società*, a cura di G. Sbisà, 2012, 141.

47. MAGGIOLO, *op. cit.*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 184.

48. MENDITTO, *op. cit.*

49. D. GALLETI, *Brevi note sull’uso dei criteri dei “netti patrimoniali di periodo” nelle azioni di responsabilità*, in *Il Caso*, documento 215/2010.

le poste attive subiscono una notevolissima falcidia a seguito delle vendite concorsuali.

6. I rapporti tra danno in capo ai soci e danno in capo ai creditori sociali della società eterogestita

Si potrebbe presentare il caso che l’azione ex art. 2497 c.c. sia promossa sia dai soci che dai creditori sociali; si tratta in tal caso di verificare quali siano le conseguenze, in termini di ricostruzione del danno, a seguito dell’interazione delle due azioni.

È opportuno segnalare che ogni risarcimento che la eterogestita si trova a dover corrispondere ad un creditore sociale, a seguito della relativa richiesta, ha nel contempo l’effetto di danneggiare i soci, poiché l’esborso a favore dei creditori danneggiati comporta una diminuzione del patrimonio della società e, di conseguenza, diminuisce il valore e la redditività della partecipazione della compagine sociale.

In tal caso, qualora l’azione sia promossa contemporaneamente dai soci e dai creditori sociali, si dovrà procedere prima alla ricostruzione del danno in capo al creditore sociale, valutando la componente posta a carico della società eterogestita e, successivamente, alla determinazione del danno in capo ai soci; determinazione, quest’ultima, che tenga conto anche dell’impatto delle pretese del creditore sociale, quale potenziale effetto sulla redditività e sul valore della partecipazione.

Qualora, tuttavia, l’azione promossa dal socio anticipi quella del creditore sociale, si può quindi ipotizzare che per offrire una tutela ai soci, questi potrebbero agire in via extracontrattuale per l’ulteriore danno subito, a causa della violazione dei principi di corretta gestione imprenditoriale, da parte della capogruppo e, quindi, con l’automatica responsabilità della capogruppo per il danno ai soci che hanno dovuto risarcire con il patrimonio della eterogestita il danno ai creditori.⁵⁰

7. La quantificazione dei danni in presenza di vantaggi compensativi

Ben più delicata è, sotto il profilo tecnico, la determinazione del danno in presenza di vantaggi compensativi.

50. MENDITTO, *In tema di responsabilità della società capogruppo*, nota a decreto Trib. Napoli, 28.5.2008, in *Foro it.*, 2009, 1965.



OLIO DANTE

Si vende soltanto
in recipienti originali e sigillati
in tutti i buoni negozi

Delineati come sopra esposti i criteri di determinazione del danno in capo alle due tipologie (soci e creditori), si tratta ora di capire come si debba procedere in presenza di corrispondenti vantaggi che la eterogestita abbia ottenuto dalla direzione e dal coordinamento della capogruppo, ricordando che toccherà al convenuto provare i fatti estintivi o modificativi delle singole voci (cioè i vantaggi compensativi).

La teoria dottrinale dei vantaggi compensativi prevede la condizione esimente che consente di escludere la responsabilità degli amministratori della società o dell'ente controllante allorquando la società controllata abbia tratto vantaggio dalla partecipazione al gruppo.

Ciononostante, la nozione di vantaggio compensativo non è ancora concordemente interpretata da dottrina e giurisprudenza, le quali tendono a valorizzare ora l'interesse dell'impresa di gruppo a non vedere paralizzata la propria attività di direzione e coordinamento, ora invece l'interesse di soci e creditori sociali a ricevere tutela dei propri diritti, evitando pertanto compensazioni eccessivamente elastiche.

Una parte della dottrina e della recente giurisprudenza è favorevole ad una interpretazione rigorosa della nozione di vantaggio compensativo, che va pertanto inteso in termini ragionieristici, consentano una distribuzione del c.d. *surplus* ricavato dall'operazione, in forma equa tra tutte le varie società del gruppo.⁵¹

In una prima decisione del 2006 la Suprema Corte ha riconosciuto che l'eventuale pregiudizio economico derivato direttamente da un'operazione può anche aver trovato la sua contropartita in un generico "altro rapporto", tale per cui l'atto *prima facie* lesivo risulterebbe "preordinato al soddisfacimento di un ben preciso interesse economico, sia pure mediato e indiretto".⁵²

51. R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2003, I, 673 - M. MIOLA, *Il diritto italiano dei gruppi de jure condendo: i gruppi e i creditori*, in *Giur. Comm.*, 1996, I, 409 - F. BONELLI, *Conflitto d'interesse nei gruppi di società*, in *Giur. Comm.*, 1992, I, 226; D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 1998, III, 137. In giurisprudenza, cfr. Cass., 11.3.1996, n. 2001 in *Riv. Dir. Comm.*, 1996, II, 341; Trib. Bologna, 22.6.1999, in *Giur. Comm.*, 2000, II, 521; Trib. Napoli, 5.10.2000, in *Dir. Fall.*, 2001, II, 275.

52. Cass. 17696/2006 in *Mass. Giust. Civ.* 2006, 7-8. Nella fattispecie la S.C. ha infatti ritenuto legittimo il contratto di mutuo, stipulato da una delle società del gruppo, destinato a procurare la liquidità necessaria alla sistemazione dei debiti dell'intero gruppo, sistemazione che condizionava la realizzazione dei progetti imprenditoriali della società mutuataria.

In un'altra decisione, subito successiva, la Corte sembra però richiedere una più rigorosa valutazione dei vantaggi in questione.⁵³

Per quanto concerne la natura dei vantaggi compensativi, oltre a dover essere "provati" sia i benefici che la loro efficacia compensatoria, è anche necessario che siano effettivamente venuti ad esistenza, non potendo prendersi in considerazione vantaggi elisivi di un danno se il beneficio è solo futuro.

Poiché ai sensi del terzo comma dell'art. 2497 non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento, ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette, per la determinazione del risultato complessivo diventa quindi necessario abbandonare una visione unilaterale delle singole scelte societarie e considerare ciascun atto compiuto all'interno del gruppo come parte di un sistema più vasto, i cui esiti ed effetti (e la relativa opportunità) andranno valutati soltanto nel loro insieme e nell'ambito di un lasso di tempo ragionevole.

La ricostruzione del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento va quindi letta, in due sensi:

a) come pregiudiziale verifica della "componente netta di gruppo", quale fattore valutativo della responsabilità della capogruppo, così che, in assenza di un valore rilevante sbilanciato in pregiudizio alla eterogestita, calcolato tenendo conto di tutti i flussi di beneficio/pregiudizio provenienti alla eterogestita da parte dal gruppo, non vi può essere responsabilità e, quindi, danno.

In tal caso il ripianamento deve essere, in linea di massima, integrale;⁵⁴

b) in presenza di responsabilità, come ricostruzione ragionieristica della quantificazione del danno

53. Cass. 26325/2006 in *Mass. Giust. Civ.* 2006, 2153, la quale, affrontando un caso riguardante la costituzione di ipoteca in favore di altra società controllata, riconosce infatti che, in presenza di un interesse di gruppo, la liceità dell'atto rispetto ai limiti posti dall'oggetto sociale "può essere valutata prescindendo dalla sua possibile inerenza allo scopo sociale ed alla sua potenziale utilità per il perseguimento dello scopo stesso", ma in questo caso la valutazione, "deve essere peraltro rigorosa nell'individuare l'interesse mediato che si traduce in un vantaggio per la società che compie un atto formalmente estraneo all'oggetto sociale. Tanto più nel caso di specie, ove difettava tra la concedente la garanzia e la società finanziata un rapporto di controllo (le due società erano soltanto collegate in ragione del comune controllo da parte della capogruppo)".

54. G. SBISA, *op.cit.*, 63.

stesso secondo il concetto di *compensatio lucri cum damno* e con riferimento diretto tra la società o l'ente che ha esercitato la direzione e il coordinamento e la società eterogestita.

Questa precisazione non è altro che il frutto di numerosi dibattiti di dottrina e giurisprudenza sulla c.d. teoria dei *vantaggi compensativi*.

Alla luce delle poche pronunce e di quanto emerge dalle considerazioni della dottrina, per la determinazione del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento, si ritiene che in ordine ai vantaggi compensativi si debbano adottare i seguenti criteri:

- a) i vantaggi compensativi vanno intesi come contropartita, in un altro rapporto e nell'ambito della complessiva situazione di gruppo, per cui l'atto pregiudizievole possa presentarsi come preordinato al soddisfacimento di un ben preciso interesse economico, sia pure mediato e indiretto;⁵⁵
- b) i vantaggi compensativi possono essere anche successivi agli atti dannosi; in tal caso, va tuttavia attentamente analizzato l'arco temporale in cui poter collocare la verifica di un eventuale sussistenza del risultato complessivo.

Si tratta infatti di domandarsi se l'espressione "risultato complessivo" concerna, come prospettato da qualcuno: *i*) il risultato apprezzabile, ovvero *ii*) la chiusura dell'esercizio nel corso del quale l'atto pregiudizievole è stato compiuto e/o ha prodotto i suoi effetti; o *iii*) il momento (eventuale) della c.d. uscita dal gruppo della società diretta e coordinata; o, ancora, *iv*) un'altra data.⁵⁶

Non sembrerebbe infatti possibile definire a priori non solo il *dies a quo* del termine di prescrizione, ma anche fino a quale momento il pregiudizio cagionato al patrimonio della controllata possa essere compensato dai vantaggi (non tanto già conseguiti, bensì) fondatamente prevedibili (vale a dire il limite temporale entro cui il vantaggio compensativo dovrebbe prodursi per poter essere preso in considerazione);⁵⁷

55. Cass. ss.uu. 2.2.2010 n. 6538.

56. CARIELLO, in *Riv. dir. civ.* 2003, fasc. 4, pt. 2.

57. COLAPRETE, *op. cit.*, fa riflettere, ad esempio, al caso della commessa di grandi opere (quali la realizzazione di uno stabilimento o la costruzione di un oleodotto), in cui il risultato complessivo potrebbe essere valutato solo sulla base del rendiconto finale, con al conseguenza che l'azione non potrebbe essere proposta fino a che l'opera non fosse stata completata e potrebbe essere esercitabile in un momento in cui gli organi amministrativi della holding e delle società etero dirette potrebbero non essere più in carica.

- c) l'eventualità che un atto lesivo del patrimonio della società trovi compensazione nei vantaggi derivanti dall'appartenenza al gruppo non può essere posta in termini meramente ipotetici.⁵⁸

Si discute se possano trovare valorizzazione i vantaggi compensativi non realizzati ma fondatamente prevedibili all'epoca dell'azione lesiva;⁵⁹ a tal riguardo, in un'ottica restrittiva, verso la quale pare orientarsi la giurisprudenza, in via generale, si ritiene che possano essere presi in considerazione tutti i vantaggi compensativi, purché realizzati e non futuri, né ipotetici, fino al tempo dell'esercizio dell'azione ex art. 2497 c.c., con possibilità di dilatazione temporale anche in corso di causa;⁶⁰

- d) i vantaggi compensativi vanno inseriti, di volta in volta, nella ricostruzione e nella simulazione della redditività e del valore della partecipazione, come definite nel precedente § 4;
- e) i vantaggi compensativi vanno identificati puntualmente, con quantificazione dei loro effetti, pur tuttavia in una valutazione del risultato complessivo del governo del gruppo, quale adeguato contenimento degli interessi.

In sostanza, vanno valutati sia i vantaggi riconosciuti alla società in primo tempo pregiudicata, sia quelli conseguiti dal gruppo (c.d. "vantaggi di gruppo"), nella misura in cui ne possa beneficiare la società eterodiretta in questione.⁶¹

Potrebbe infatti accadere che, nella ricostruzione che tenga conto dei vantaggi compensativi, la società eterodiretta abbia un saldo "a credito" nei con-

58. Cass. 24.8.2004, n. 16707, in *Giur. Comm.*, 2005, II, 246.

59. Mutuando così il disposto dell'art. 2634 c.c. (infedeltà patrimoniale) che fa esplicito riferimento a "*vantaggi conseguiti o fondatamente prevedibili [...]*".

60. Se, invece, i previsti vantaggi compensativi non risultano confermati prima dell'inizio del giudizio, ma si realizzano in corso di causa, subentrano le regole processuali, per cui, sino a quando quelle regole lo consentono, potrà essere fornita la prova che il danno è stato riparato, quale fatto sopravvenuto. Così G. SBIÀ, *op. cit.*, 63, che cita anche R. RORDORF, *I gruppi nella recente riforma*, 543, secondo cui l'effetto preclusivo dell'azione risarcitoria potrebbe essere realizzato anche dopo il promovimento di detta azione, fin quando la causa non sia definitivamente decisa, provocando in tal modo la cessazione della materia del contendere e rendendo inutile ogni pronuncia sul merito.

61. Ciò in forza nel disposto alla stessa Relazione alla legge di riforma, ove è previsto che, per stabilire la correttezza o meno dell'operazione, il criterio sarebbe consistito nella "*necessità di considerare i costi/benefici non solo dell'operazione in sé, ma dell'appartenenza ad un gruppo*".

fronti della capogruppo ma, contestualmente, abbia un saldo “a debito” nei confronti di altre società del gruppo, dalle quali avrebbe beneficiato, per il quale effetto i due saldi potrebbero tra loro elidersi con esonero di responsabilità della capogruppo e la conseguente sterilizzazione dell’azione promossa dai soci e/o dai creditori della eterogestita.⁶²

È il caso, ad esempio, di una società controllata che abbia subito un pregiudizio nei confronti della capogruppo per direttive anti-giuridiche legate a finanziamenti o flussi per diritti di privativa eccessivamente onerosi ma, al contempo, abbia ricevuto forniture da altre società del gruppo a prezzi inferiori a quelli di mercato, ovvero abbia ottenuto in locazione o in comodato beni con un evidente vantaggio rispetto ad alternative forme di approvvigionamento al di fuori del gruppo;

- f) si deve tener conto non solo del loro ammontare, ma anche degli effetti che gli stessi producono (qualora valorizzabili in uno stretto nesso di causalità), poiché deve essere attribuita rilevanza compensativa non solo al mero bilanciamento tra poste attive e passive (secondo un metodo ragionieristico), ma anche in considerazione di una valutazione globale degli effetti della sottoposizione della società all’attività di direzione e coordinamento;⁶³

- g) la correlazione tra pregiudizio e vantaggi compensativi deve essere comunque rigorosa in termini di causalità,⁶⁴ potendosi considerare il danneggiante, che è senz’altro più vicino alle fonti di conoscenza, come principalmente onerato di dimostrare che il pregiudizio concretamente cagionato sia inferiore a quello “presunto”, ma allo stesso tempo tale correlazione va effettuata sulla base di criteri efficienti, in quanto il giudice è comunque chiamato ad esprimersi in ordine al *quantum* risarcitorio (sulla base, appunto, di criteri “efficienti”), con possibilità di costituire prima un criterio empirico di matrice giurisprudenziale, e poi un metodo accettato;⁶⁵
- h) in caso di difficoltà nella ricostruzione, quando è provata la violazione, è ben possibile fornire dati ed elementi in termini di “ordine di grandezza”, poiché il giudice ben può ricorrere a meccanismi presuntivi ed a semplificazioni concettuali, che trovano ampia copertura nell’art. 1226 c.c., al fine di liquidare il danno;
- i) ove possibile, va tenuto conto dell’effetto temporale in ordine alle conseguenze sulla redditività della società del vantaggio compensativo, con rideeterminazione dell’utile, del *free cash flow* e del patrimonio, in modo da applicare più correttamente i criteri in precedenza indicati al § 4.

62. PACCIANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi*, in Atti del Convegno di Torino, 4.10.2002, 78 e 81.

Lo stesso criterio è utilizzato nell’ipotesi di responsabilità penale dall’art. 2634 c.c., relativamente al delitto di infedeltà patrimoniale, ove l’illiceità della condotta sarebbe pertanto esclusa dalla presenza di un bilanciamento dei vantaggi derivanti alla società dall’appartenenza al gruppo. A tal proposito, si ricorda che l’art. 2634 c.c., relativamente al delitto di infedeltà patrimoniale, prevede che gli atti di disposizione dei beni sociali, in danno della società e nell’interesse altrui, non sono puniti se l’interesse altrui (e cioè “il profitto della società collegata o del gruppo”) sia “compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall’appartenenza al gruppo”. Ne deriva che l’illecito penale ha il proprio fondamento in una situazione di conflitto in cui sia prevalso l’interesse extrasociale.

A. TINTINSONA, Università Roma 3, tesi di dottorato: *La responsabilità per l’attività di direzione e coordinamento*, relatore F. FORTUNATO, 2008, 77, fa presente che il fatto che nell’art. 2497 c.c. il legislatore abbia prescritto esclusivamente una valutazione del “risultato complessivo”, senza riferirsi espressamente ad una compensazione tra vantaggi e svantaggi, consente di coordinare tale la disciplina civilistica con quella penalistica testé richiamata e giustifica un’interpretazione del criterio suddetto nella sua formulazione più ampia ed elastica.

63. SCOGNAMIGLIO, *Poteri e doveri degli amministratori nei gruppi di società dopo la riforma del 2003*, 198.

8. Particolari ipotesi di determinazione e quantificazione dell’azione risarcitoria

Così inquadrati i criteri con i quali si dovrebbe procedere alla quantificazione del danno ex art. 2497 c.c.,

64. Cass. 24.8.2004, n. 16707, in *Giur. Comm.*, 2005, II, 246, con nota di SALINAS F., *Responsabilità degli amministratori, operazioni infragruppo e vantaggi compensativi*. A tal riguardo, la Suprema Corte ha statuito che occorre guardare “non soltanto all’effetto patrimoniale immediatamente negativo di un determinato atto di gestione, ma altresì agli eventuali riflessi positivi che ne siano eventualmente derivati in conseguenza della partecipazione della società ai vantaggi che quell’atto abbia arrecato al gruppo di appartenenza”.

Questa posizione appare coerente con la logica dell’art. 1223 c.c., richiamato dall’art. 2056 c.c. in tema di determinazione del risarcimento dovuto al danneggiato, che prevede che “il risarcimento del danno per l’inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta.”

65. ed anche imposto dalla legge (come ad esempio previsto dall’art. 125 cod. p.i.) in tal senso D. GALLETI, *Brevi note sull’uso dei criteri dei “netti patrimoniali di periodo” nelle azioni di responsabilità*, in *Il Caso*, documento 215/2010.

anche alla luce del risultato complessivo in presenza di vantaggi compensativi, si rende utile affrontare il problema con riferimento ad alcune fattispecie, sia in relazione ai soggetti, sia in relazione ad eventuali fattispecie dell'agire illegittimo.

In via semplificata,⁶⁶ oltre agli amministratori e sindaci della controllante e della controllata, si ricorda che, ai sensi dell'art. 2497 co. 2 c.c., i soggetti che partecipano all'attività della capogruppo, anche in veste di ideatori, proponenti o artefici,⁶⁷ rispondono in modo pieno, mentre chi abbia consapevolmente tratto beneficio risponde nei limiti del beneficio ottenuto.

8.1 Determinazione del danno per solidarietà ex art. 2497, co. 2, in capo ai soci della holding (per aver consapevolmente tratto beneficio)

La direzione pregiudizievole operata dalla capogruppo potrebbe verosimilmente comportare un beneficio in capo alla stessa holding e, di riflesso, in capo ai soci di quest'ultima, che potrebbero trarre vantaggio dagli stessi benefici della società dagli stessi posseduta sia in termini di dividendi che in termini di maggior valore della partecipazione.

Trattasi di responsabilità solidale in presenza di approfittamento consapevole quali soci di controllo privi di cariche gestorie o che non hanno impartito direttive.⁶⁸ Se fossero anche amministratori di diritto o di fatto, qualora dimostrata la responsabilità, risponderebbero in misura piena.⁶⁹

La quantificazione del danno, qualora invece dimostrata la sola consapevolezza degli stessi, sarebbe comunque commisurata nel minore tra il danno complessivo (al netto dei vantaggi compensativi) generato dalla direzione della capogruppo e il vantaggio ottenuto dal terzo creditore dell'altra società del gruppo.

Nell'ambito del vantaggio conseguito, tra i vantaggi compensativi va tuttavia valorizzata la componente, di un minor valore della partecipazione nella capogruppo a seguito di una svalutazione della eterogestita danneggiata dall'agire pregiudizievole.

In altre parole, si applicheranno i criteri elencati al precedente § 4 anche alla redditività e al valore della

partecipazione dei soci della holding che abbiano consapevolmente beneficiato dell'agire eterodiretto; ne consegue che il valore della partecipazione detenuta nella holding al tempo t_1 sarebbe in parte compensato (per la percentuale detenuta dalla holding nella eterogestita) da un minor valore della eterogestita stessa.

8.2 Determinazione del danno per solidarietà ex art. 2497, co. 2, in capo ai creditori della holding (per aver, in mala fede, consapevolmente tratto beneficio)

Vi è responsabilità solidale piena anche nei confronti dei creditori della società apicale i quali, in mala fede, avrebbero indotto la società al proprio soddisfacimento a scapito della società eterogestita.

È il caso, ad esempio, di garanzie rilasciate dalla società eterodiretta a terzi (ad esempio istituti di credito), ovvero pagamenti diretti a favore di altra società del gruppo da parte della società soggetta a direzione e coordinamento su direttive della capogruppo, con successiva impossibilità di rientro del pagamento.

Tale azione presenta elementi di estrema difficoltà probatoria.

In tali casi, la quantificazione del danno, qualora dimostrata la responsabilità del terzo, sarebbe comunque commisurata nel minore tra il danno complessivo (al netto dei vantaggi compensativi) generato dalla direzione della capogruppo e il vantaggio ottenuto dal terzo creditore dell'altra società del gruppo.

8.3 Determinazione del danno nell'ipotesi che vede il Fisco come legittimato attivo e soggetto terzo (creditore) danneggiato

È indubbio che l'Amministrazione Finanziaria si ponga in qualità di terzo creditore della società diretta e coordinata; di conseguenza, potrebbe porsi come legittimato attivo con ripercussioni nei confronti dei legittimati passivi.

La determinazione del danno, in tali casi, seguirebbe le stesse regole di qualsiasi altro creditore della società eterogestita per la parte non soddisfatta.

In tal caso, l'Amministrazione non godrebbe di alcuna presunzione diversa da quella di qualsiasi altro creditore, per cui, in tutti i casi in cui la eterogestita non sia fallita (per cui l'azione di responsabilità è fatta dal curatore) al fine di potersi rivalere sul patrimonio della capogruppo e/o degli altri soggetti solidali, dovrà farsi carico di: *a)* dimostrare la sussistenza di un'attività di direzione e coordinamento e il nesso di causalità tra la condotta posta in essere e il pregiudizio subito dagli attori; *b)* provare, con prove dirette, la pregiudizievole gestione di gruppo, cioè che il danno è stato prodot-

66. Per maggiori approfondimenti sulla responsabilità solidale e sulle fattispecie applicabili v. G. SBISA, op.cit., 97 ss.gg.

67. Compresi i creditori della holding, tra cui gli istituti di credito che la finanziano e i creditori in genere, ovvero i professionisti che abbiano studiato o messo a punto le modalità esecutive dell'operazione che viola i principi di corretta gestione.

68. FERRARA CORSI, ed. 2006, 824.

69. L. GUGLIEMUCCI, in *Dir. Fall.*, 2005, I, 44.

to dall'esercizio della direzione e coordinamento; c) valorizzare e quantificare il pregiudizio; mentre non dovrà d) stimare e valorizzare i vantaggi compensativi, in quanto tale onere grava sui convenuti.

8.4 Determinazione del danno nella fattispecie di atti pregiudizievoli legati ad operazioni di transfer pricing

In caso di atti pregiudizievoli legati ad operazioni di transfer pricing, messi in essere dalla capogruppo a vantaggio di altra società del gruppo (anche estera) va segnalata l'opportunità di agire in solidarietà nei confronti della società sorella, per aver consapevolmente tratto beneficio, quantificando i relativi danni nel minore tra il danno complessivo (al netto dei vantaggi compensativi) generato dalla direzione della capogruppo e il vantaggio ottenuto dal terzo creditore (altra società del gruppo).

L'ubicazione extraterritoriale della società consorella potrebbe tuttavia rendere estremamente difficile l'onere della prova.

8.5 Determinazione del danno nella fattispecie di atti pregiudizievoli legati ad operazioni di cash pooling e di assistenza finanziaria

Anche in tal caso, oltre all'azione diretta nei confronti della capogruppo, vi potrebbe essere l'interesse ad agire in solidarietà anche nei confronti di eventuali società consorelle (che abbiano beneficiato del drenaggio di cassa).

Nel caso di flussi finanziari da cash pooling, la ricostruzione del danno sarà caratterizzata da evidenti componenti legate agli interessi, sì che il danno andrebbe ricostruito, a maggior ragione, anche nella sua dinamica temporale.

Tra i vantaggi compensativi valorizzabili va inoltre tenuto in debita considerazione (e come tale quantificato) l'effetto della postergabilità dei flussi finanziari e la loro revocabilità in ipotesi di fallimento della eterogestita.

A tal fine, va tenuto presente che l'art. 2497-*quinquies* parrebbe non applicabile ai finanziamenti "ascendenti", erogati dalla eterodiretta a favore della società che esercita la direzione e il coordinamento.⁷⁰

Nel caso si volesse abbracciare la (prevalente) tesi che

70. G. BALP, in *Direzione e coordinamento di società*, a cura di G. Sbisà, 2012, 302. Tra i molti anche U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi*, 66. In senso contrario A. IRACE, *Commento all'art. 2497-quinquies*, 342 e, in senso critico, G.B. PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Soc.*, 2003, 147.

l'art. 2497-*quinquies* non si applicherebbe ai finanziamenti ascendenti, al di là delle ipotesi distrattive, il danno andrebbe quantificato senza poter tener conto dei vantaggi compensativi dati dalla postergazione e revocabilità e, quindi, con maggiore quantificazione dello stesso nell'ambito dell'azione di responsabilità ex art. 2497 c.c.⁷¹

Più complessa è la situazione di garanzie rilasciate dalla eterogestita; anche in tal caso, al di là degli effetti della postergazione e della revocabilità, si presentano seri problemi di quantificazione dei vantaggi compensativi.

La quantificazione del danno comporterebbe poi approcci diversi, a seconda che le garanzie si presentino come palesemente rilasciate con effetti distrattivi, per cui il danno potrebbe essere ricollegato alle somme escusse dal garantito, ovvero che le garanzie, rilasciate a titolo gratuito, fossero riconosciute nei limiti del rischio accettabile, per il qual caso si tratterà di evidenziare il costo non corrisposto dalla fidejudente in relazione al rischio dell'operazione stessa.

9. Conclusioni

Le difficoltà in precedenza evidenziate in ordine alla determinazione del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento, che troverebbero il loro presupposto su una pregiudiziale difficoltà a "provare" l'entità del pregiudizio in capo ai soci e/o ai creditori della eterogestita nella nuova azione di responsabilità ex art. 2497 c.c., anche per una evidente disparità e asimmetria delle informazioni e della documentazione (diversamente disponibile fra le parti), lasciano intravedere uno scenario che si prospetta teso a "diluire" nuovamente, sugli organi di gestione delle singole controllate, la responsabilità da eterodirezione, che la Riforma del 2003 aveva invece voluto "accentrare" nella capogruppo.

Ciò sarebbe confermato, nella prassi, dai sporadici interventi nei quali i tribunali sono stati coinvolti.

71. Il problema potrebbe porsi in ipotesi di *default* della capogruppo; in tal caso tuttavia, sia l'azione revocatoria, sia la il maggior danno come sopra quantificato troverebbero necessità di insinuazione, privilegiando forse l'aspetto quantitativo della non postergabilità delle somme insinuate.

In tal caso potrebbe inoltre essere maggiormente valorizzata la responsabilità in solidarietà nei confronti degli amministratori della controllante per il loro imprudente ed antigiuridico comportamento.

L'evidente conseguenza è quella di rendere inoperante un'azione che, pur lodevole nell'intento di "responsabilizzare" la holding, non sembra sia riuscita, di fatto, a trasporre la logica unitaria dal piano della gestione, al piano della responsabilità.

In quest'ambito, infatti, la logica più efficace, dal punto di vista della tutela, sembra ancora quella, cosiddetta, "atomistica", che incentrandosi però unicamente sulla singola società quale ente autonomo e indipendente, rischia di presupporre un dato irrealistico, posto che l'attuale contesto economico è ormai largamente dominato da fenomeni di interdipendenza tra società e da una gestione imprenditoriale di gruppo.

La constatazione che l'azione ex art. 2497 c.c. sia difficile da esperire non deve tuttavia neutralizzare la positiva portata della norma, poiché la stessa deve solo essere affinata, anche con il contributo di una puntuale ricostruzione delle prove e di una corretta (seppur

difficile) quantificazione del danno al netto dei vantaggi compensativi.

In ogni caso, la nuova disciplina dell'attività di direzione e coordinamento deve essere tenuta in considerazione anche per stabilire quali siano ora i doveri specifici degli amministratori e dei componenti l'organo di vigilanza di una capogruppo e se qualcuno degli amministratori o dei componenti l'organo di vigilanza della società possa sottrarsi alla responsabilità solidale di cui all'art. 2497 c.c.

Le conseguenze sarebbero quelle di un'azione diretta nei loro confronti di entità pari a quella che potrebbe essere determinata nel risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento, secondo criteri come meglio in precedenza indicati, pur con la variante, in capo agli amministratori, di un contenimento del danno stesso in forza dei vantaggi compensativi conseguiti.

PIRELLI

*non ho risuolato le scarpe
ho riscarpato le suole*



suola Corvia

dura due volte e mezzo di più

GIOVANNI ALBERTI E RITA MAGGI

Esiste il valore dell'azienda?

“Dica il CTU il reale valore di mercato dell'azienda”. “Determini il CTU il valore della partecipazione di x nella società y”, sono clausole di stile che, assieme ad altre simili, si presentano spesso nei quesiti posti dai Giudici o dagli Arbitri agli aziendalisti e contro i quali si combatte spesso con azioni spuntate e inefficaci. La risposta è sovente rappresentata da una lunga premessa teorica sulle metodologie applicate ed applicabili nella determinazione del valore aziendale e da una breve relazione quantitativa in cui si applicano, spesso acriticamente, le formule preordinate inserendo dati storici per determinare una cifra il cui significato concreto è largamente insignificante.

Ma esiste il valore di un'azienda? E, più propriamente, esistono dei metodi per determinare il valore reale di un'azienda? La risposta ai quesiti presuppone il chiarimento di alcuni termini.

Il primo termine da chiarire è il concetto di azienda. L'azienda secondo il nostro codice civile è il “complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa” (2555 c.c.).

Da tale definizione si potrebbe indurre che il valore dell'azienda è la sommatoria dei valori dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa, il che evidentemente è privo di ragionevolezza se interpretato in senso tecnico ed economico. Ciò in quanto è necessario definire il concetto di valore del singolo bene che è un concetto astratto e inesistente se non lo si correla con il concetto di prezzo. Il prezzo è il corrispettivo monetario della cessione di un fattore di produzione. Il prezzo può essere peraltro declinato in più configurazioni: prezzo di attuale acquisto, prezzo di vendita, prezzo di mercato, prezzo di sostituzione del bene, prezzo pagato per l'acquisto del bene in passato, prezzo di realizzo attuale.

Quali di questi prezzi dovrebbe essere utilizzato per valutare i singoli beni costituenti l'azienda? Evidentemente nessuno, perché la norma di legge non prevede che l'azienda sia una sommatoria di beni ma che sia un complesso di beni *organizzati* dall'imprenditore per l'esercizio della sua attività di impresa.

I beni, quindi, quando inseriti nell'impresa perdono la loro identità ed hanno un significato e quindi un valore in quanto siano correlati fra di loro in unitarietà. Organizzare significa quindi fare in modo che i beni, siano essi materiali o immateriali, fisici o finanziari, assumano una unica identità nel complesso dell'azienda, a seguito della loro organizzazione.

Ciò significa che l'azienda è una entità logica ed economica differente rispetto ai beni che la compongono così come gli ingredienti di una torta sono entità logiche ed economiche differenti rispetto alla torta stessa.

L'attività organizzativa dell'imprenditore conferisce quindi ai fattori di produzione, beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa, un valore unitario.

Diverso è quindi il valore dell'azienda dal valore delle sommatorie dei valori dei beni costituiti la stessa e diverso, di conseguenza, sarà il prezzo di trasferimento dell'azienda rispetto alla sommatoria dei prezzi, di acquisto o vendita dei beni costituenti l'azienda stessa.

Una ulteriore specificazione è rappresentata alla differenza fra valore e prezzo dell'azienda.

Valore è un concetto astratto che in termini economici è riferibile al prezzo di un bene (vedasi voce “valore” in Lo Zingarelli. Zanichelli. 1996). Di conseguenza, se il valore di un bene corrisponde al prezzo, il prezzo presuppone l'esistenza di un mercato in cui si creino scambi di un certo bene e due parti che siano, quindi, disponibili a scambiarsi un bene, cioè una utilità contro la corresponsione di un'altra utilità. Nella pratica, per le società quotate, il prezzo è determinato normalmente dai prezzi-valori relativi ai trasferimenti effettuati in un certo periodo di tempo. L'avverbio “normalmente”, peraltro, sta ad indicare che non necessariamente tale prezzo è corrispondente a quello che può essere percepito dal trasferimento delle azioni, in quanto le dimensioni del pacchetto azionario e le condizioni economiche dei due soggetti della transazione possono portare a definire un prezzo differente da quello espresso dai listini di borsa.

Nel caso di partecipazioni in società non quotate il



concetto di prezzo-valore di mercato deve essere abbandonato in quanto tali partecipazioni non sono inserite in un mercato di scambio per cui l'unica entità a cui si può fare riferimento è il prezzo a cui due soggetti possono essere indotti a effettuare una transazione. Le determinanti del prezzo sono quindi definite dagli interessi dei due soggetti, da una parte il venditore e dall'altra l'acquirente.

Il primo, il venditore, acquisisce un'utilità attuale, l'importo in moneta od in altre utilità che potrà ricevere, contro la cessione di benefici futuri rinvenienti dalle disponibilità della partecipazione.

Il secondo, l'acquirente, rinuncia ad utilità attuali rappresentate normalmente dalle somme di denaro corrispondenti al prezzo, per ottenere delle utilità future rinvenienti dalla disponibilità della partecipazione.

Il prezzo è dato quindi dall'incontro delle valutazioni sull'utilità futura della proprietà dell'azienda o delle partecipazioni formulate dal venditore e dal compratore.

In cosa consiste l'utilità futura della partecipazione o della proprietà dell'azienda?

Dal flusso attualizzato di moneta che si ritiene possa derivare dalle partecipazioni o dall'azienda. Cioè dagli importi che potranno essere ricevuti per utili, nell'orizzonte previsionale di vita dell'azienda, sommati agli importi corrispondenti a quanto sarà incassato in sede di liquidazione della stessa, il tutto riportato alla situazione attuale attraverso la attualizzazione dei valori.

Il prezzo definito corrisponde infatti a movimenti di utilità, normalmente monetari, attuali, mentre i flussi di utilità rinvenienti dalla proprietà dell'azienda e dalle partecipazioni sono futuri e sperati.

L'aspetto della dicotomia temporale è risolto dalla attualizzazione di flussi di utilità, l'aspetto della ipoteticità dei flussi è connesso al rischio di ottenere quanto ipotizzato.

Il concetto di rischio è, ad evidenza, connesso alla probabilità che un certo evento si verifica o non si verifichi. La valutazione del rischio e quindi la valutazione della probabilità dell'evento, dipende dall'atteggiamento psicologico dei soggetti e dei fatti che vengono ipotizzati. Per un soggetto, il fatto che un dipendente dell'azienda lasci la stessa può essere considerato elemento rilevante in termini di redditività futura mentre, per un altro soggetto, tale fatto può essere considerato ininfluenza in quanto ritenga che lo stesso dipendente possa essere sostituito con altro disponibile ad assumere le stesse funzioni. Per un soggetto la previsione sull'andamento futuro del mercato di riferimento può essere negativo, mentre un altro può avere sensazioni completamente opposte.

Tutte tali analisi inducono a formulare le seguenti considerazioni in merito al processo di definizione del prezzo-valore di una azienda o di una partecipazione al capitale della stessa.

La prima considerazione riguarda la natura del processo di stima del valore economico di un'azienda.

Valutare un'azienda o un'attività economica non è il frutto di un semplice algoritmo né, tantomeno, è il risultato dell'applicazione di formule matematiche che la prassi ha ritenuto idonee per esprimere, in termini monetari, il valore del capitale economico di un'impresa.

Se così fosse, infatti, il processo di valutazione non richiederebbe conoscenze e capacità specifiche in quanto sarebbe il risultato, necessario, di una formula in base alla quale, date alcune variabili indipendenti, il valore economico costituirebbe la variabile dipendente, a prescindere dalle peculiarità dell'azienda oggetto di analisi.

Ogni valutazione, invero, è diversa dalle altre in quanto influenzata da particolari condizioni e condizionamenti, spesso unici ed irripetibili.

Con il termine condizioni si intendono tutti i vincoli interni al processo di stima, ovvero le specificità che costituiscono l'insieme degli assunti e delle informazioni a disposizione dell'esperto, indispensabili per la determinazione del capitale economico.

Le condizioni, a loro volta, sono costituite da fattori esterni ed interni e i loro effetti sono differenziati in



ragione della tipologia di impresa in esame.

Tra le condizioni esterne sono meritevoli di menzione, tra le altre, il settore di attività, la situazione concorrenziale, gli *stakeholders* e, in generale, l'ambito sociale di riferimento per la valutazione.

Condizioni interne sono invece rappresentate da tutti i fattori che influenzano la gestione e che ne determinano lo svilupparsi futuro. Tra questi è possibile individuare 5 macro aree: le risorse umane, le possibilità di crescita, l'area commerciale, l'area tecnico/produttiva, l'area finanziaria e patrimoniale.

La tensione al raggiungimento dell'equilibrio generale dell'impresa, e, di conseguenza alla creazione di valore per gli *stockholders*, è il frutto del continuo gioco di equilibrismo tra condizioni esistenti e potenzialità future. Ogni scelta strategica, passata, attuale o futura, influenza le possibilità che si presentano al soggetto economico di tradurre in vantaggi aziendali le opportunità di sviluppo dell'impresa o, al contrario, di minimizzare quelle ad essa ostative. La gestione, unitaria nel tempo e nello spazio, determina i vincoli per il funzionamento dell'impresa e viceversa, con conseguente impatto sulla creazione del valore.

I condizionamenti, invece, dipendono dalle finalità attribuite alla misurazione del capitale economico e sono la combinazione delle influenze esterne che si ripercuotono sulla stima nonché sull'approccio assunto dall'esperto.

Gli obiettivi di una valutazione, in alcuni casi, sono rivolti a soddisfare fabbisogni interni all'impresa. Esistono esigenze conoscitive da parte della compagine sociale in merito alla creazione nonché al valore attribuibile alle loro partecipazioni; nel caso di operazioni di compravendita di imprese si riscontra la necessità di un parametro di riferimento per fissare un *range* di prezzo; non sono infrequenti, infine, valutazioni funzionali all'individuazione delle eventuali responsabilità degli amministratori nel caso di cessioni di pacchetti azionari a prezzi ritenuti non congrui.

In altri casi, invece, le finalità del processo sono indicate dalla stessa norma di legge che richiede la stima del valore economico di un'impresa: si pensi, solo per citarne alcune, al compito attribuito alle perizie di conferimento, di trasformazione, di fusione, oppure agli obiettivi della misurazione in ipotesi di recesso del socio o di liquidazione delle partecipazioni sociali.

Conseguentemente la stima del valore economico di un'impresa dipende direttamente dai condizionamenti esogeni al processo e si basa sulle concrete condizioni, sia interne sia esterne, in cui opera la gestione.

L'approccio ad ogni singola valutazione che deve essere assunto dall'esperto, quindi, è del tutto peculiare ed irripetibile, così come peculiari ed irripetibili sono le condizioni e i condizionamenti che caratterizzano il caso specifico oggetto di misurazione.

Alla luce di ciò appare evidente come le tecniche e le formule per la determinazione del valore economico assumano un ruolo, sì indispensabile, ma comunque secondario nel processo.

Non esistono formule predefinite universalmente valide, né, tantomeno, algoritmi che permettano, una volta inseriti i valori di riferimento al posto delle incognite, di calcolare correttamente il valore di un'attività economica.

Ogni stima richiede all'esperto un'approfondita analisi e ricognizione delle metodologie potenzialmente utilizzabili nonché un adattamento delle stesse alle specifiche condizioni e condizionamenti che influenzano la valutazione.

Se, dunque, esistono innumerevoli circostanze che possono incidere sul processo è doveroso distinguere alcuni concetti fondamentali riguardanti le diverse possibili configurazioni del valore.

Il valore può essere oggettivo o soggettivo: il primo scevro da condizioni e condizionamenti specifici mentre il secondo influenzato da circostanze peculiari in capo ad un certo soggetto economico.

La seconda riflessione che merita approfondimento riguarda la razionalità della distinzione tra valore og-

ELIXIR DI CHINA ATI



44

CAVADINI

CONCESSIONARIA PER LA FABBRICAZIONE
S.A.G.B. GAMBAROTTA & C.
CASA FONDATA NEL 1832 SERRAVALLE SCRIVIA

PRODUTTRICE DEL FAMOSO **AMARO GAMBAROTTA** - LIQUORI - VERMOUTH - SCIROPPI -

gettivo e prezzo di un'attività economica nel campo delle operazioni che comportano il trasferimento della titolarità di un'azienda.

Infatti, se è vero che il valore oggettivo è una quantità astratta che prescinde dai condizionamenti e dalle condizioni di cui si è detto sopra, ne deriva che la sua misurazione è sostanzialmente irrealizzabile. Nessun esperto, infatti, per quanti sforzi possa compiere, può approssimare ad una valutazione in maniera del tutto asettica rispetto alle circostanze specifiche ed alle informazioni che caratterizzano concretamente la situazione.

Anzi, si può affermare che la stima del valore oggettivo di un'azienda non ha alcuna motivazione razionale o utilità in quanto, nella realtà, l'interesse è rivolto alla conoscenza del valore che può essere attribuito ad un'attività economica in uno specifico contesto spazio-temporale, del tutto intriso dai condizionamenti e dalle condizioni, anche di mercato, che lo contraddistinguono. Il valore oggettivo di un'azienda è, quindi, un'informazione di difficilissima stima e, di fatto, del tutto inutile perché completamente avulsa dalle specificità del caso.

Le stime, invero, tendono a fissare un valore soggettivo, inteso come base informativa per la definizione di un prezzo attribuibile ad un'azienda o ad una sua parte.

La determinazione del valore è inevitabilmente influenzata dalle circostanze specifiche della situazione in cui la stessa è effettuata: una medesima azienda in un momento temporale, in uno spazio geografico o in un contesto di mercato differente potrebbe essere stimata in maniera differente.

La definizione delle influenze spazio temporali sulla stima del prezzo probabile di un'azienda richiede la conoscenza delle parti potenziali di una transazione: solamente disponendo di tale indicazione è possibile determinare le condizioni e le finalità della stima stessa. Anche nel caso in cui una delle parti di una transazione non fosse nota, sarebbe comunque indispensabile avere informazioni in merito alla platea dei possibili interessati alla stessa, cioè del mercato della domanda e dell'offerta del bene.

A conferma della rilevanza delle circostanze specifiche nel risultato di una valutazione si pensi al caso di un soggetto che desideri acquistare una partecipazione minoritaria al capitale di una società ma in misura idonea, congiuntamente alla partecipazione precedentemente posseduta, anch'essa di minoranza, ad ottenere il controllo dell'impresa, o, al contrario, ad un soggetto interessato a effettuare un investimento di breve periodo, con finalità meramente speculative e senza alcun interesse alla gestione. I due casi prospettati, anche

se basati su una medesima azienda e tenuto conto di un'identica percentuale del suo capitale sociale, conducono alla determinazione di due valori profondamente differenti tra loro, non certo perché il valore intrinseco dell'azienda risulti variato, ma perché del tutto eterogenei sono i condizionamenti e le condizioni che influenzano la stima. La diversità dei due valori, peraltro, non può essere spiegata solamente facendo riferimento all'applicazione di un premio di maggioranza o da uno sconto di minoranza in quanto l'intera sottostante valutazione risulta costruita su fondamenti logici e finalità divergenti l'una dall'altra.

Un'ultima considerazione riguarda l'astrattezza della nozione di "valore del capitale economico di un'azienda": il valore, infatti, come il reddito d'esercizio è una quantità astratta d'impresa.

Tuttavia, mentre il reddito d'esercizio è il risultato di rilevazioni quantitative storiche e di alcune assunzioni ed ipotesi sulla gestione futura, il valore di un'azienda è stimabile prioritariamente in ottica prospettica e solo in minima parte sulla base delle dotazioni patrimoniali attuali. Il valore di ogni bene, infatti, è determinato dai benefici futuri ritraibili dallo stesso, prescindendo da quelli passati.

Il valore è una quantità astratta di secondo livello perché basata sull'attualizzazione di flussi reddituali o finanziari previsionali, a loro volta fondati sul presupposto per il quale le assunzioni e le proiezioni per il futuro troveranno manifestazione così come previste. Di primaria importanza sarà quindi determinare, tra tutte quelle possibili, le condizioni che più probabilmente influenzeranno la futura gestione, mediante un'analisi degli scenari, tenuto conto del rischio connesso alla loro non realizzabilità.

Il valutatore deve assegnare una probabilità di accadimento ad ogni evento previsto per il futuro, approssimando ad esso, per semplicità, come ad una curva gaussiana: compito del professionista sarà quello di identificare l'eventualità con maggiore probabilità di accadimento, ovvero quella dove la curva raggiunge il punto di massimo.

Si pensi, per chiarire, ad un esperto chiamato ad esprimersi sul prezzo attribuibile ad un immobile di una certa estensione. Per tale valutazione dovrà disporre di informazioni in merito al possibile prezzo unitario per metro quadrato. La probabilità associata ad ogni prezzo unitario sarà disposta, per ipotesi, come una curva normale: alle code saranno indicati i prezzi unitari meno probabili, se non impossibili da praticare, mentre, invece, in corrispondenza del punto di massimo si potrà identificare il prezzo di vendita più probabile, da



riconoscere per la valutazione dell'intero immobile. Ovviamente la curva delle probabilità dovrà essere costruita tenuto conto delle specificità e condizioni di cui si è detto sopra, in quanto caratterizzanti il prezzo.

Le curve associate alla probabilità di accadimento degli eventi, inoltre, dipendendo dal periodo storico cui sono riferite, possono traslare verso destra o verso sinistra o avere maggiore o minore varianza. Un mercato illiquido, ad esempio, farà degenerare la curva dei prezzi verso l'origine degli assi cartesiani. Diversamente, periodi di espansione e prosperità economica tenderanno a far spostare la curva verso destra, laddove si pongano sull'asse delle ascisse i prezzi di un bene e sull'asse delle ordinate le probabilità.

L'adozione di una curva normale nell'approccio agli scenari prospettici, consente di evidenziare come, in relazione ad eventi futuri, esista sempre un certo livello di aleatorietà, una rischiosità ineliminabile che si dispone nelle code del grafico e che rappresenta l'imprevedibilità che sempre e comunque contraddistingue le previsioni sul domani.

Il rischio e la sua quantificazione sono la pietra angolare del processo di valutazione e il vero motivo per il

quale non esiste formula o tecnica che, se non supportata dalla professionalità, dalle conoscenze e competenze e dalla sensibilità dell'esperto, possa misurare correttamente il valore di un'attività economica.

Conclusioni.

Come sintesi di quanto sopra esposto si può concludere che non esiste il valore dell'azienda se non con riferimento all'ipotetico prezzo di scambio dell'azienda stessa o delle partecipazioni che ne rappresentano la proprietà, fra due soggetti. Ciò comporta che il prezzo-valore non solo è influenzato dalle condizioni interne ed esterne dell'azienda ma anche dalle valutazioni di interesse per la sua utilità nel tempo. Tali valutazioni sono influenzate dalla situazione generale dei partecipanti alle trattative e dalla loro percezione del rischio connesso alle previsioni che sono alla base della valutazione.

Valutare significa prevedere. La previsione è soggetta al rischio della sua realizzazione. Valutare l'azienda significa rendere compatibili le considerazioni e le aspettative dei partecipanti alle trattative per pervenire ad un prezzo che permetta l'incontro della volontà di vendere con quella di acquistare.

Lambertini e Associati a fianco di NEM Sgr nell'acquisto del 42% di Orogroup Spa

Gli avvocati **Debora Cremasco** e **Nicola Grigoletto** dello Studio Lambertini & Associati hanno assistito **NEM Sgr** - società di gestione del risparmio controllata da **Nordest Merchant** e facente parte del **Gruppo Banca Popolare di Vicenza** - nell'acquisizione del 42% di Orogroup Spa, primario operatore italiano del settore turistico-alberghiero.

Questo primo intervento di NEM ha rafforzato la struttura finanziaria del gruppo Orovacanze e consentito di incrementare il numero di strutture alberghiere gestite, da 18 alle attuali 24.

La nuova compagine sociale è ora pronta a finanziare anche la seconda fase di crescita, che prevede l'acquisizione di ulteriori strutture ricettive ovvero di concorrenti/operatori del settore; l'obiettivo del Gruppo Orovacanze è raggiungere 100 milioni di euro di ricavi nei prossimi 5 anni.

Orovacanze nasce nel 1996 dall'idea di Franjo Ljuljdjuraj di creare un'organizzazione per la gestione diretta di villaggi, hotel e strutture alberghiere in località marine e di montagna con una forte specializzazione nella gestione di gruppi, meeting sportivi e culturali. Orovacanze gestisce direttamente tutte le strutture commercializzate e garantisce un'elevata qualità del servizio, dalla prenotazione al termine del soggiorno del cliente. Attualmente il Gruppo pubblica un proprio catalogo che viene distribuito a livello nazionale presso 7.000 agenzie di viaggio.

*Pur in questa fase di crisi finanziaria NEM – segnala **Luca Duranti** direttore generale della Sgr di Nord Est Merchant – il fondo negli ultimi 24 mesi ha investito circa 40 milioni e sta valutando ulteriori investimenti in aziende dinamiche per accompagnarle nei percorsi di crescita. L'investimento in Orogroup garantirà all'azienda i fondi necessari per un ambizioso piano di espansione. Il nostro fondo – continua il dottor Duranti – intende valutare opportunità di investimento in piccole e medie imprese come Orogroup che abbiano in essere ambiziosi progetti di crescita.*

*Con l'inizio della collaborazione con NEM Sgr - ha dichiarato il **Dottor Franjo Ljuljdjuraj, Presidente del Gruppo Orovacanze** – la nostra società porta a compimento il primo passo verso un ulteriore sviluppo. Dopo la conclusione in crescita dell'anno 2012 e la proposta di cinque nuove strutture per la prossima estate, infatti, l'ingresso del gruppo Banca Popolare di Vicenza pone delle solide basi per ampliare ulteriormente la già ricca offerta della nostra realtà, così da assumere sempre più un ruolo di primo piano nel settore turistico-alberghiero a livello nazionale.*

*Nordest Merchant, merchant bank del Gruppo Banca Popolare di Vicenza anche attraverso l'attività di private equity svolta dalla controllata NEM Sgr - ha dichiarato **Samuele Sorato, Direttore Generale di Banca Popolare di Vicenza** - sta concretizzando numerose operazioni finalizzate al rafforzamento delle piccole e medie imprese per favorirne lo sviluppo e l'internazionalizzazione. L'investimento in Orogroup Spa rientra in questa strategia di forte sostegno alle imprese del territorio, e si va ad aggiungere ad altre importanti operazioni realizzate recentemente in Save Spa, Corvallis Holding e Gruppo Braccialini.*

Orogroup è stata assistita dallo Studio Legale De Falco e Grompe e dello Studio Boraso di Padova. Bain & Company di Milano, Reconvi di Vicenza e lo Studio Associato Adacta hanno partecipato alle fasi di due diligence e deal structuring.

Nuove frontiere della responsabilità professionale dell'avvocato¹

48

L'evoluzione del sistema della responsabilità professionale

C'era una volta un sistema di responsabilità civile del professionista molto indulgente, legato ad un contesto sociale alquanto diverso, in cui la configurazione del rapporto con il cliente risentiva del carattere liberale delle professioni, in cui la responsabilità era preferibilmente ritenuta extracontrattuale e veniva ravvisata in pochi casi prevalentemente di natura omissiva; fiorivano i detti popolari: "Gli errori del medico li copre la terra, gli errori dell'avvocato li coprono le parole". A partire dagli anni '90 questo sistema ha subito una profonda trasformazione, passando dalla sostanziale immunità di un tempo, ad una attenzione maggiore da parte della giurisprudenza (e, per quanto riguarda gli avvocati, anche del legislatore), ad un rigore elevato, con una chiara tendenza a valorizzare la natura contrattuale del rapporto, l'applicazione delle regole conseguenti e il relativo favor creditoris.

Questa evoluzione giurisprudenziale non ha toccato però nello stesso modo e nello stesso tempo tutte le professioni, limitandosi per i primi anni a rivoluzionare il settore della responsabilità medica, con "l'invenzione" della responsabilità da *contatto*, il conseguente termine decennale di prescrizione, l'applicazione della regola generale dell'art. 1218 c.c., l'inversione dell'onere della prova, la forte attenuazione della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, l'introduzione di un nesso di causalità meno rigoroso e, infine, la configurazione del "consenso informato" e la conseguente valorizzazione del danno da violazione del diritto all'autodeterminazione.

IL nuovo e sempre più rigoroso orientamento giuri-

sprudenziale, dettato dall'intento di favorire una maggior protezione del paziente, ha portato, come è noto, all'esplosione del contenzioso per malpractice sanitarie e, per altro verso, al deprecabile fenomeno della "medicina difensiva".

Tutto ciò accadrà anche nel settore della responsabilità legale?

Ci sono purtroppo tutti i presupposti per dare una risposta affermativa.

La responsabilità dell'avvocato, il sistema tradizionale e i nuovi indirizzi

Va detto che fino a pochissimi anni orsono, nonostante le regole generali delle professioni intellettuali siano le medesime, la Suprema Corte ha dimostrato, nel settore della responsabilità dell'avvocato, non poche resistenze al nuovo, mantenendo un orientamento altalenante tra segnali di novità e riaffermazione di principi classici, con un sostanziale favor nei confronti del professionista legale.

Il sistema della responsabilità civile dell'avvocato è rimasto, pertanto, quasi sino ad oggi, quello tradizionale, basato sulla configurazione dell'obbligazione come obbligazione di mezzi; su un nesso di causa rigorosamente ancorato alla *certezza*, prima "assoluta", poi "ragionevole", poi ancora "morale"; su un onere probatorio diabolico per il cliente, tenuto a dimostrare la colpa dell'avvocato, il danno e il nesso di causa.

Le cose stanno cambiando, e anche piuttosto rapidamente, negli ultimissimi anni, in virtù certamente dell'effetto traino di quanto avvenuto nel settore medico, ma anche di una mutata concezione della figura del professionista legale e del suo rapporto con il cliente: modifica di indirizzi giurisprudenziali consolidati e riforme legislative fanno sì che oggi l'avvocato si trovi al centro di un sistema che lo responsabilizza su più versanti, rendendo, da un lato, più accessibile l'azione

1. Pubblichiamo, per gentile concessione dell'Autrice e della *Rassegna degli Avvocati Italiani*, questo articolo apparso sul numero 2/2012 della *Rassegna*. L'articolo è stato aggiornato, tenendo conto di alcune novità giurisprudenziali.

di responsabilità nei suoi confronti e, dall'altro lato, introducendo regole – processuali o attinenti al rapporto con il cliente – che celano vere e proprie insidie.

Sotto il primo aspetto, meritano di essere segnalate diverse aperture:

- L'apertura sul nesso di causalità: sia pure dopo varie oscillazioni si è da ultimo affermato che, al criterio della *certezza* (ragionevole o morale che sia) che gli effetti di una diversa attività del professionista sarebbero stati vantaggiosi per il cliente, può sostituirsi quello della *probabilità* di tali effetti e della idoneità della condotta a produrli (da ultimo Cass. 20828/09; Cass. 9917/10);
- l'apertura sul piano dell'onere probatorio, con qualche pronuncia che supera la invero poco comprensibile eccezione all'onere della prova di cui all'art. 1218 c.c. (applicabile ai rapporti contrattuali e anche al rapporto medico-paziente), tenendo conto dello squilibrio informativo tra le parti (Cass. 8312/11);
- l'apertura sul fronte della discrezionalità dell'avvocato, vero e proprio dogma del sistema tradizionale: la scelta dei mezzi difensivi, la strategia processuale, l'interpretazione della legge, sin qui prerogativa esclusiva e insindacabile del professionista, trova ora un limite nell'interesse concreto del cliente che, ove leso dalla scelta difensiva pur legittima, obbliga l'avvocato al risarcimento del danno (ordinanza Cass. 15717/10);
- l'apertura, cauta, sul piano della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato

Sulla qualificazione dell'obbligazione dell'avvocato, sicuramente di risultato nell'ambito della consulenza stragiudiziale (Cass. 16023/02), sembrano poter influire le nuove disposizioni di cui al regolamento sui parametri che, in relazione a determinati risultati dell'operato del professionista, riduce il compenso ordinario. Se il compenso dovuto è subordinato alla vittoria della causa (quota lite) ovvero è soggetto ad una riduzione del 50% in relazione al tipo di pronuncia del giudice (D.M. parametri), la distinzione sembra affievolirsi alquanto, lasciando spazio alla considerazione che non sia tanto l'attività ad essere remunerata, bensì, nel bene o nel male quanto ad utilità per il professionista, il risultato raggiunto.

Sotto il secondo aspetto, va richiamata l'attenzione su nuove regole e nuove insidie

Sulla responsabilità dell'avvocato possono significativamente incidere, infatti, diverse novità legislative, che prospettano nuovi rischi.

Con particolare riferimento alle novità processuali in-

trodotte con la legge 69/09, mi riferisco, in primo luogo, alla facilitazione all'estinzione del processo che le nuove norme finiscono con il determinare mediante l'abbreviazione di tutti i termini a favore delle parti e l'operatività di diritto dell'estinzione.

Il rischio è quello della prescrizione, particolarmente per diritti a prescrizione breve, o del giudicato, in virtù dell'abbreviazione del termine *lungo* all'impugnazione: sono eventi legati al rito che evocano la nostra responsabilità, così come l'onere di contestazione specifica, ora codificato con la nuova formulazione dell'art. 115 c.p.c. che, se violato, rende facilmente ipotizzabile una rivalsa del cliente, che veda la sentenza fondata su fatti ritenuti provati perché non specificamente contestati, nei confronti del suo legale.

Ma mi riferisco soprattutto a quelle novità che riguardano *l'abuso del processo* e in particolare alla modifica dell'art. 91cpc, che pone a carico della parte, anche vittoriosa, che non abbia accettato la proposta transattiva senza giustificato motivo, le spese di lite; alla modifica dell'art. 96 c.p.c., che introduce una ulteriore ipotesi di responsabilità aggravata con la condanna anche d'ufficio ad una somma equitativamente determinata a carico della parte soccombente. Per non parlare delle sanzioni collegate a mancata accettazione o mancata comparizione in sede di media conciliazione, da cui l'abolizione dell'obbligatorietà ha (almeno per ora) salvato clienti e avvocati, ma che non vanno dimenticate perché ulteriormente rivelatrici dell'intento del legislatore.

Ancora devono essere richiamate le modifiche agli artt. 283 e 431 c.p.c. introdotte con la legge 183/11, che prevedono, in modo estremamente penalizzante, per il caso di rigetto dell'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza di primo grado per inammissibilità o manifesta infondatezza, la condanna ad una pena pecuniaria che può arrivare ad € 10.000. È un sistema volto a responsabilizzare le parti del processo e, a monte, gli avvocati delle parti, giacché è chiaro che l'accettazione o meno di una proposta o la decisione di non comparire dal conciliatore o, ancora l'iniziativa di una lite temeraria o di una richiesta di sospensiva, possono provenire dall'avvocato, da una sua scelta sbagliata o da un suo cattivo esercizio del dovere di informazione, persuasione e dissuasione o, almeno, il cliente sanzionato può sostenerlo.

L'obbligo di informazione

Un aspetto ormai fondamentale nel sistema della responsabilità professionale – e in particolare di quella



sanitaria – e che si avvia ad assumere un ruolo centrale anche nella responsabilità dell'avvocato, è quello relativo all'informazione del cliente.

Oggi molti obblighi di informazione sono previsti dalla legge:

L'art. 4 c. 3 D.lgs. 28/10 prevede l'obbligo di informare chiaramente e per iscritto l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione e delle connesse agevolazioni fiscali.

L'art. 9 c. 4 del D.lgs. 1/2012 (decreto liberalizzazioni) prevede:

- l'obbligo di rendere noto al cliente il grado di complessità dell'incarico, fornendo tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento fino alla conclusione dell'incarico;
- l'obbligo di indicare i dati della polizza assicurativa per i danni provocati nell'esercizio dell'attività professionale;
- l'obbligo di rendere nota la misura del compenso attraverso un preventivo di massima, anche se condizionato alla richiesta del cliente

E, ancora, l'art. 40 del Codice Deontologico prescrive un obbligo di informazione esauriente circa le possibili

iniziative da intraprendere e tutte le ipotesi di soluzioni possibili, nonché circa la necessità del compimento degli atti necessari ad evitare effetti pregiudizievoli.

Questa concentrazione, difficilmente giustificabile solo a carico dei professionisti legali, si risolve nel consacrare la necessità di un consenso informato del cliente su tutti gli aspetti del rapporto in modo da consentirgli una scelta consapevole.

Quali le conseguenze del mancato assolvimento degli obblighi informativi?

La giurisprudenza sta dimostrando particolare attenzione al tema dei doveri di informazione dell'avvocato, tanto da poter dire che alcune delle prescrizioni normativamente previste non sono che la traduzione dei principi giurisprudenziali più recentemente elaborati. È ormai consolidato l'indirizzo che vede i doveri di informazione, sollecitazione e dissuasione rientrare nell'obbligo di diligenza qualificata del professionista la cui violazione costituisce inadempimento contrattuale, e che a tali doveri l'avvocato debba adempiere all'atto dell'assunzione dell'incarico, ma, altresì, nel corso del suo svolgimento e, nei momenti successivi alla cessazione del mandato (Cass. 21589/09; Cass. 24544/09).

Consenso informato e danno risarcibile

Alla luce delle riferite novità normative, il tema del consenso informato si svela in tutta la sua centralità: l'obbligo informativo è fonte autonoma di responsabilità; può produrre, come conseguenza immediata e diretta della sua violazione, danni al cliente, che avrà vita facile in un'eventuale azione giudiziaria contro il suo legale, dal momento che, già da tempi in cui l'onere a carico del cliente era una *probatio diabolica*, la violazione degli obblighi informativi prevedeva un'inversione dell'onere della prova (Cass. 14597/04).

I danni consistono innanzitutto nelle varie sanzioni di natura patrimoniale che le nuove norme introducono, ma possono essere anche danni non patrimoniali: la Suprema Corte (ordinanza 20995/11), interpretando con criterio letterale il novellato art. 96 c.p.c., afferma la possibilità di richiedere, in caso di lite temeraria, anche il danno non patrimoniale come lesione dell'equilibrio psicofisico per dover subire e contrastare la ingiustificata condotta processuale della controparte, danno che non deve necessariamente essere provato ma può desumersi da nozioni di comune esperienza e liquidarsi in via equitativa. Queste conseguenze pregiudizievoli il cliente può riversare sull'avvocato che abbia mal operato o anche solo che non lo abbia correttamente informato dei rischi connessi a determinate scelte processuali.

Ma attenzione, perché, il danno non patrimoniale non è, allo stato, coperto dalle polizze assicurative, né, nel caso di cui all'art. 96 c.p.c., potrebbe esserlo trattandosi verosimilmente di conseguenza di atti dolosi, esclusi dalla garanzia ex art. 1917 c.c..

In tema di danno, occorre accennare al dibattito in corso sul danno da lesione del diritto all'autodeterminazione, di cui tanto si discute in ambito di responsabilità medica ma che ben può riguardare tutte le professioni, come conseguenza della violazione degli obblighi informativi, configurandosi come un diritto inviolabile della personalità fondato sugli artt. 2 e 13 della Costituzione.

Si tratta anche qui di un danno non patrimoniale che, rifacendoci alle linee guida di cui alla sentenza a Sezioni Unite del novembre 2008 (n.26972) può essere liquidato ricorrendo due condizioni: l'apprezzabile gravità del danno, vale a dire il superamento di un limite minimo di tollerabilità, e la prova (anche per presunzioni) da parte del richiedente.

Potrebbe configurarsi un danno non patrimoniale causato dall'avvocato con la violazione dell'obbligo di informazione?

A mio avviso non è escluso, e penso all'ipotesi in cui il professionista consigli al cliente di impugnare la sentenza di primo grado senza informarlo della durata media, nel suo distretto, dei giudizi d'appello, che può essere di parecchi anni.

Il timore è che, come già ampiamente avvenuto nel sistema di responsabilità medica, la questione del consenso informato diventi il *refugium peccatorum*, il modo per ottenere comunque un risarcimento in caso di esito sfavorevole della causa, e, ancora, che possano essere riconosciuti danni esclusi dalla copertura assicurativa, pur obbligatoria.

Il regolamento sui parametri

Alcune disposizioni del D.M. 140/12 meritano di essere segnalate perché confermano l'atteggiamento fortemente responsabilizzante nei confronti delle scelte e dei comportamenti degli avvocati.

Mi riferisco all'art. 10 che prevede, nel caso di responsabilità ex art. 96 c.p.c. ovvero, comunque, nel caso di inammissibilità o improponibilità o improcedibilità della domanda, la riduzione *di regola* del 50% del compenso dovuto all'avvocato del soccombente.

Con tale disposizione, per un verso, si rafforza il freno alle difese temerarie colpendo non più la parte ma direttamente il suo avvocato, rendendo, nella sostanza, applicabile al difensore la disposizione dell'art. 94 c.p.c. che la Suprema Corte, a differenza di qualche giudice di merito, aveva sin qui negato.

Per altro verso, la disposizione, con severità a mio parere eccessiva e ingiustificata, introduce una sorta di presunzione che le pronunce negative in rito siano causate da colpa del professionista.

Del resto, il D.M. 140 contiene altri segnali negativi nei confronti della professionalità dell'avvocato.

Mi riferisco all'art. 1, sesto comma, ai sensi del quale l'assenza di prova del preventivo di massima, costituisce elemento di valutazione negativa per la liquidazione del compenso; e, ancora, a quella sorta di norma in bianco contenuta nell'art. 4 6° comma (per il processo civile) secondo cui costituisce elemento di valutazione negativa, in sede di liquidazione giudiziale del compenso, l'adozione di *condotte abusive* tali da ostacolare la definizione dei procedimenti in tempi ragionevoli e, per il processo penale, nell'art. 12, 6° comma, per cui costituisce elemento di valutazione negativa in sede di liquidazione giudiziale del compenso l'adozione di *condotte dilatorie* tali da ostacolare la definizione del procedimento in tempi ragionevoli.



Verso una "difesa difensiva"?

La professione forense non esce bene dal complesso di disposizioni normative e regolamentari di recente emanate, che rivelano una sorta di sfiducia, quasi di diffidenza; una valutazione preconcepita sulla professionalità dell'avvocato, che viene fortemente responsabilizzato, direttamente e indirettamente, e viene quasi messo sull'avviso in relazione ad iniziative giudiziali che potrebbero poi – se dal Giudice ritenute temerarie – risolversi in una sua penalizzazione sul compenso e in una verosimile rivalsa del cliente in caso di condanna ad un risarcimento del danno che potrebbe addirittura non essere coperto da garanzia assicurativa.

È scontato ogni invito alla prudenza nell'accettazione degli incarichi, alla formulazione chiara e completa delle informazioni necessarie, alla stipulazione di una polizza assicurativa che si faccia carico di rischi diversi da quelli tradizionali.

Il sistema è in continua evoluzione

Si è già accennato che nell'ambito della responsabilità medica tale evoluzione ha portato ad un forte incremento del contenzioso e al fenomeno della medi-

cina difensiva: il medico non è più libero nelle scelte diagnostiche e terapeutiche ma è sempre più condizionato dalla necessità di evitare comportamenti che possano metterlo a rischio di richieste risarcitorie o di processi penali, e ciò lo porta, per un verso, a prescrivere test e analisi in misura molto elevata e, per altro deprecabile verso, ad evitare certi pazienti o certi interventi per evitare il relativo rischio.

Accadrà così anche per l'avvocatura?

Il rischio è notevole: se gli avvocati, tra l'altro allettati dal premio per le vicende finite con conciliazione (artt.3e5 DM n.140) penseranno prima di tutto a proteggere sé stessi, poco si muoverà nel mondo del diritto, gli indirizzi consolidati dalla Cassazione resteranno quelli che sono; poco si farà, e solo con un ferreo e inattaccabile consenso informato scritto, per tentare di ottenere la tutela di nuove situazioni giuridiche.

Pubblichiamo, per gentile concessione dell'autrice e della Rivista degli avvocati italiani, questo articolo apparso sul numero 2/2012 della stessa. L'articolo è stato aggiornato, tenendo conto di alcune novità legislative.

"CAMPARI"



Come vincere le cause e vivere (professionalmente) felici

Parte prima

54

Ci sembra giunto il momento di rivelare ai lettori interessati come ogni avvocato possa vincere ogni causa, gli venga affidata, trovando soddisfazione nei clienti, nella propria autostima, nella remunerazione ricevuta per il suo impegno.

Una strada possibile potrebbe consistere nell'accettare solo quegli incarichi giudiziali che offrano una possibilità di riuscire vincitore. In questo modo si evita di spiegare ad un cliente di aver perso il processo. Il che (nel penale), significa vedere aprirsi le porte della prigione, nelle questioni di famiglia veder affidati i figli ad un'altra parte; nel civile, significa spesso prendere atto di una perdita economica grave.

E pur tuttavia, sappiamo bene che in ogni sentenza c'è almeno una parte che vince e una parte che perde.

E non è mai facile prevedere il risultato giudiziale, anche quando si è diligentemente svolta una accurata indagine sui fatti portati a sostegno della domanda; anche quando si è operato una verifica della giurisprudenza particolare di quel magistrato o di quel collegio che dovrà giudicare. E, come capita nei momenti di riforma giudiziaria, a volte mancano precedenti.

L'unico modo per non perdere sarebbe quello di evitare il processo.

Ma non sempre si può.

Pensate al caso di Publitalia, impresa che agli inizi degli anni '90 aveva grandi dimensioni, quando ha ricevuto dalla Procura del Tribunale di Milano una denuncia al Tribunale di gravi irregolarità gestionali ai sensi dell'art. 2409.

La compagine sociale di Publitalia allora era rappresentata da un unico azionista (o meglio, per il 99% da Mediaset e per il restante 1% da altra società del gruppo Fininvest).

La questione era grave.

Infatti *“La valutazione globale che il P.M. ricava dal complesso delle indagini espletate e dalle imputazioni elevate ai singoli individui, è che in Publitalia fosse stato escogitato e realizzato un sistema capace di sottrarre sostanze*

patrimoniali dalla cassa della società e di costituire fondi neri da distribuire a vantaggio della società stessa, di soci, di amministratori e di terzi” (Trib. Milano, 11 luglio 1995, *Foro it.* 1996, I, 2243).

Qui il processo non era rinviabile e, per come si proponeva la questione, sembrava non avere alcuna soluzione positiva.

Ed è a questo punto che un grande giurista, purtroppo mancato (Piergiusto Jaeger), ha dimostrato come spesso non esistano controversie giuridiche, ma problemi da risolvere e nel caso di specie ha dimostrato come sia possibile depoliticizzare e funzionalizzare la giustizia sul presupposto che i conflitti diventano politicamente improduttivi ed è necessario evitarne i costi.

Per il vero è l'unico caso che risulta a chi scrive, nel quale il protagonista di quella vicenda abbia scelto la strada della soluzione del problema e non già della contrapposizione frontale con la magistratura. Ma non è questo l'argomento che vogliamo trattare.

Nel caso di specie, Piergiusto Jaeger trovò la soluzione, ragionando sul fatto che il problema era costituito dagli amministratori di Publitalia che, di fronte all'evidenza dei fatti contestati dalla Procura della Repubblica, andavano sicuramente verso una loro destituzione e sostituzione con un amministratore giudiziario, il quale avrebbe, probabilmente, determinato la fine di Publitalia e, con buona probabilità, un rischio assai elevato per l'“impero” Mediaset.

Individuato il problema, non fu difficilissimo trovare la soluzione. Bastava mandare a casa, dimissionandoli, i precedenti amministratori e nominare nuovi amministratori, di caratura professionale tale da dimostrare che le gravi irregolarità gestionali di Publitalia potevano essere risanate.

Per dirla con il Tribunale: *“I nuovi amministratori e sindaci di Publitalia hanno infatti dichiarato la loro ferma intenzione di procedere ad una gestione trasparente e corretta, con l'eliminazione di pregresse irregolarità. In*

quindici giorni hanno tenuto cinque riunioni del Consiglio di Amministrazione e del Collegio sindacale.

All'udienza gli amministratori hanno chiarito che loro azione è rivolta in due direzioni: quella preventiva, a fine di assicurare il corretto funzionamento dei controlli interni; quelle repressiva, al fine di accertare le scorrettezze della passata gestione e di disporre i rimedi".

... "I sindaci hanno attestato all'udienza l'efficacia delle procedure adottate dagli amministratori, al fine del raggiungimento della corretta amministrazione della società.

In questo contesto il Tribunale rileva che, ad un ispettore giudiziario non si potrebbe chiedere nulla di più di quanto è già stato predisposto dai nuovi organi della società.

E allo stato non sussiste alcun concreto sospetto che i controlli da questi sollecitati siano strumentali a copertura di intervenute irregolarità: va evidenziato che buon parte di queste sono state segnalate e documentate dal P.M. e che le personalità dei professionisti interessati al controllo costituiscano una garanzia di serietà" (Trib. Milano, cit. 2243).

Deve essere sottolineato il fatto che, in allora, la giurisprudenza riteneva irrilevante la sostituzione degli amministratori, presupponendo la sfiducia nelle capacità risanatorie dei nuovi soggetti chiamati ad amministrare; soggetti espressi dalla stessa maggioranza assembleare, che era rappresentata dagli amministratori nei cui confronti la denuncia era stata proposta.

I nuovi amministratori, professionisti qualificati, non volevano certo perdere la loro autorevolezza per accontentare chi li aveva nominati, fosse anche un soggetto come Silvio Berlusconi.

Ed in effetti il problema fu rimosso e il Tribunale, dopo aver comunque proceduto alla nomina dell'ispettore giudiziario, per dimostrare che nessuno stava scherzando (Trib. Milano, 27 novembre 1995, *Foro It.*, 1996, 1, 2236) prese atto dell'intervenuta regolarizzazione della gestione di Publitalia. Un costo per questa società certamente molto elevato, ma ben remunerato dalla sopravvivenza della medesima.

Il caso peraltro è diventato norma esplicita. Basta leggere il 3° co. del novellato art. 2409, in cui si afferma: "Il Tribunale non ordina l'ispezione e sospende per un periodo determinato il procedimento se l'assemblea sostituisce gli amministratori e i sindaci con soggetti di adeguata professionalità, che si attivano senza indugio per accertare se le violazioni sussistono e, in caso positivo, per eliminarle, riferendo al Tribunale sugli accertamenti e l'attività compiuta".

Come dicevamo, è un caso questo in cui non c'era una controversia giuridica, ma un problema da risolvere e

il problema è stato risolto con una sorta di conciliazione tra la società e il Tribunale, individuando autonomamente la società i soggetti che rendevano inutile la nomina dell'ispettore giudiziario prima e dell'amministratore giudiziario poi.

E così si può dire per tutte le controversie societarie, in cui le questioni giuridiche sono quasi sempre strumentali alla soluzione di un problema, che quasi sempre si risolve in poche ipotesi: chi governa la società? Come si può divenire soci di maggioranza? Come può il socio di minoranza ottenere di recedere da una società in cui non crede più? Come può monetizzare al meglio la propria quota?

Dato il problema, le questioni giuridiche possono essere moltiplicate a piacere: il bilancio non è veritiero; la procedura per l'approvazione del bilancio di esercizio è stata fallace; l'amministratore è in conflitto di interessi; l'assemblea non è stata validamente convocata; l'assemblea non è stata validamente costituita; l'assemblea non ha validamente deliberato; il verbale di assemblea non è corretto; la delibera assemblea integra un abuso di posizione di maggioranza; gli amministratori hanno commesso gravi irregolarità gestionali, le così via elencando.

Tutto ciò finirà per rappresentare materia per plurime iniziative giudiziali. Ma risulterà chiaro, in breve, che il conflitto è improduttivo, giacché la definizione giuridica della singola questione sollevata, non risolve il problema. Problema che è costituito dall'eliminazione stessa del conflitto.

Così si è affermato che: "La conciliazione...è designata dai neo liberali quale forma ottimale di giustizia, a somiglianza del meccanismo di incontro tra domanda e offerta, che permette di individuare la realtà economica di un bene. Non ci si può sorprendere di questa giustizia deal-latoria, che il consenso depura da ogni sospetto in un'epoca in cui la valorizzazione della libertà dell'individuo, sembra vincere su tutto, ivi comprese le garanzie del giusto processo (A. Garapon, *Lo stato minimo e la giustizia*, Cortina Editori, 2012, 47).

Raggiungere questa forma ottimale di giustizia richiede però un figura di avvocato radicalmente diversa da quella tradizionale: l'inquadramento giuridico e le argomentazioni di diritto sono necessarie, ma non bastano da sole.

Occorre sapere consigliare una parte a scegliere tra diverse opzioni, limitare alcune pretese, a concedere qualcosa alla parte avversa.

A questo punto daremo la parola a Thierry Kirat (*Économie du droit*, Editions Le Découverte, Parigi, 2012)



« Le processus judiciaire est considéré comme une succession d'étapes procédurales, de l'introduction de l'instance au procès. Une étape importante est celle qui mène au terme de pretrial negotiations, c'est-à-dire de négociations entre les parties sous l'égide du juge, qui peuvent aboutir à un règlement du litige avant qu'il ne soit mené au procès.

Le raisonnement en termes de valeur espérée consiste à considérer que le justiciable associe à chaque étape une valeur de gain et de perte à une probabilité subjective. Imaginons un plaignant qui doit décider de consentir un règlement transactionnel ou d'aller au procès.

Au procès, le plaignant (p) estime qu'il a une chance sur deux de gagner une somme de 100 euros (ou de ne rien obtenir), les frais d'instance étant de 20 euros. La valeur espérée du jugement (EVT - expected value of the trial) est alors :

$$ETV_p = 0,5 (100) + 0,5 (0) - 20 = + 30 \text{ euros}$$

Le défendeur (d), pris ici comme l'image inversée du plaignant, peut être condamné à payer 100 euros avec une probabilité de 0,5 :

$$ETV_d = 0,5 (-100) + 0,5 (0) - 20 = - 70 \text{ euros.}$$

La valeur de la solution juridictionnelle, dite non coopérative, est la somme des valeurs espérées :

$$\text{Valeur de la solution non coopérative : } EVT_p + EVT_d = - 40$$

Pour la transaction, le processus d'arrangement est coûteux (le « coût de la transaction » : dépenses d'avocats, de négociation). Son coût est de 1 euro. Si les parties transigent, le plaignant recevra un montant transactionnel S payé par le demandeur. La négociation transactionnelle n'étant pas à coût nul, nous fixons ce coût à 1 euro. La valeur de la coopération sera alors :

$$+ S \text{ euro} - 1 \text{ euro} - S \text{ euro} - 1 \text{ euro} = 2 \text{ euros.}$$

Le surplus de la coopération est égal à la différence entre la valeur de la solution coopérative et celle de la solution non coopérative :

$$\text{Surplus de la coopération} = \text{valeur de la coopération} - \text{valeur de la non coopération, soit :}$$

$$- 2 \text{ euros} - (- 40 \text{ euros}) = + 38 \text{ euros}$$

La transaction crée un surplus positif qui la rend préférable au règlement juridictionnel. Cependant, si une partie, ici le demandeur, est très optimiste, le surplus de la coopération sera réduit, ce qui affaiblit l'intérêt de la transaction.

Considérons que les probabilités subjectives des deux parties diffèrent : le plaignant est plus optimiste que le défendeur et la somme des probabilités est > 1 :

- la probabilité pour le plaignant de gagner son procès est de 0,8 ;

- la probabilité pour le défendeur est de 0,5.

La valeur espérée du jugement pour le plaignant devient :

$$EVTp = 0,8 (100) + 0,2 (0) - 20 = 60 \text{ euros.}$$

Pour le défendeur, elle reste identique :

$$ECTd = 0,5 (100) + 0,5 (0) - 20 = - 70 \text{ euros}$$

Un plaignant optimiste aura plus tendance à préférer à la solution juridictionnelle à la solution transactionnelle parce que la première solution est associée à une plus grande valeur espérée. De plus, l'optimisme tend à réduire le surplus de la coopération. En effet, le surplus de la coopération avec un plaignant optimiste devient :

$$\text{Surplus de la coopération} = + S \text{ euro} - 1 \text{ euro} - S \text{ euro} - 1 - (60 \text{ euros} - 70 \text{ euros}) = 8 \text{ euros.}$$

On observe que l'optimisme du plaignant a réduit le surplus de la coopération de 40 euros à 8 euros, ce qui réduit donc les incitations à transiger. »

Chiaro no?

Quando si dice che occorre una categoria pronta ad affrontare i problemi ed a valutare la convenienza del processo rispetto a quella della transazione, lo possiamo dire con le parole di Kirat, ma anche più semplicemente prendendo atto che il declino del processo civile, le sue lungaggini, le sue strutture, dimostrano la perdita della valenza della giustizia civile come bene comune.

Lo affermavamo prima per Publitalia e lo ripetiamo qui: tutto ciò è sintomo di una tendenza a depoliticizzare e a funzionalizzare la giustizia sul presupposto che i conflitti sono politicamente ed economicamente improduttivi.

Ci rendiamo conto di dirlo nella primavera del '13, quando qualcuno ha deciso di fare del suo scontro giudiziario la parte più rilevante della sua proposta politica.

A differenza però di quanto è successo per Publitalia, quel soggetto sembra destinato oggi a non trovare una soluzione al problema.

continua...



CHIEDETE
SEMPRE UN
LYNX
ESIGENDO
L'ETICHETTA
ORIGINALE

LYNX

l'impermeabile fuori classe

**AGENTI ESCLUSIVI IN
TUTTE LE CITTÀ DEL REGNO
DELL'IMPERO E ALBANIA**



DEBORA CREMASCO E LAMBERTO LAMBERTINI

I finanziamenti interinali erogati dalla banca alle imprese in crisi

Premessa: l'importanza dell'opera di risanamento dell'impresa in crisi

I tre diversi strumenti di risanamento dell'impresa in crisi (piano di risanamento ai sensi dell'art. 67, co. 3°, lett. d, accordo di ristrutturazione di debiti ai sensi dell'art. 182 bis e concordato preventivo con continuazione dell'attività) offrono all'imprenditore una scelta per non fallire. Scelta che deve essere operata sulla base della causa che hanno condotto alla crisi dell'impresa e sulla base delle azioni industriali e finanziarie che debbono essere adottate in relazione alla specificità del caso concreto.

Deve essere osservato innanzitutto che qualsiasi tentativo di superamento della crisi e di ricerca di soluzioni impone il coinvolgimento degli istituti di credito anche (e spesso soprattutto) nell'erogazione di nuova finanza. Deve osservarsi inoltre che il sistema bancario non è facilmente disposto a concedere nuove linee di credito (a volte anche quando sono autoliquidanti), pur in presenza di un regime di prededuzione, che parrebbe anteporre la banca che ne fruisce a tutti i creditori (ad eccezioni di quelli assistiti da pegno e ipoteca).

Solo a fronte di forti interventi industriali (dal riposizionamento strategico sul mercato alla riduzione della capacità produttiva in esubero, dal miglioramento dei livelli di efficienza al ridimensionamento delle risorse umane) e di concreti interventi finanziari, in grado di ottimizzare il capitale circolante per eliminare le sacche di inefficienza (dalla ridefinizione dei tempi contrattuali di pagamento con i fornitori alla riduzione dell'indebitamento, a mezzo di dismissioni di attività e di beni non essenziali, dalla cartolarizzazione dei crediti alla vendita con conduzione in affitto di beni di proprietà), si può pensare di ottenere nuova finanza.

In una fase di restrizione del credito, l'intervento del sistema bancario deve basarsi su di una fondata prognosi di risanamento e su di una forte fiducia verso il creditore.

Costituisce spesso un indice apprezzabile in tal senso il riequilibrio della situazione finanziaria per mezzo di nuovi *equity* dei soci o di terzi, eventualmente ricorrendo a strumenti finanziari partecipativi di cui all'art. 2468, co. 6° o ad eventuali prestiti obbligazionari, a prestiti con interessi variabili in relazione all'andamento della società, strumenti ibridi o mezzanini, con tempi ed entità del rimborso del capitale variabile, in base all'andamento economico.

Difficilmente però la nuova finanza viene concessa convertendo i crediti bancari in azioni, anche se le disposizioni di vigilanza sulle partecipazioni che possono essere detenute dalle banche e dai gruppi bancari (disposizioni emesse dalla Banca d'Italia nel dicembre 2009) mirano a favorire le partecipazioni in imprese in temporanea difficoltà finanziaria.

L'iniziativa comunque *“deve essere valutata con estrema cautela per la complessità e l'elevato grado di incertezza che caratterizzano tali operazioni. In particolare deve essere attentamente verificata la sussistenza di una convenienza economica di tali operazioni. La conversione dei crediti può rivelarsi vantaggiosa a condizione che la crisi dell'impresa affidata sia temporanea, riconducibile essenzialmente ad aspetti finanziari e non di mercato e perciò esistano ragionevoli prospettive di riequilibrio nel medio periodo. In particolare l'organo deliberativo deve valutare la convenienza economica dell'operazione rispetto a forme alternative di recupero”*.

La prededucibilità del credito dei soggetti finanziatori

Il legislatore negli ultimi anni (L. 122 del 2010 e c.d. Decreto Sviluppo del 2012) ha ritenuto che attribuire il rango di prededucibilità ai creditori che finanziano l'impresa in crisi, costituisca l'incentivo migliore per un intervento che dia una certezza, per quanto relativa, del rimborso del finanziamento.



Sono state introdotte così due norme (182 quater e 182 quinquies L.F.) che dovrebbero garantire il raggiungimento dell'obiettivo.

Le norme non sono però modelli di chiarezza e meritano un approfondimento.

Deve essere segnalato innanzitutto un evidente rifiuto normativo, quando nell'art. 182 quater L. F. (che dispone la prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti) si parla di prededucibilità anche negli accordi di ristrutturazione. In questi accordi i creditori estranei debbono essere pagati per intero, anche se con la moratoria prevista dalla nuova disposizione di cui all'art. 182 bis) e quelli aderenti secondo le modalità e le pattuizioni intervenute, prescindendo espressamente dall'osservanza della regola della *par condicio* per i creditori.

Anche nel concordato preventivo, la prededucibilità non è espressamente prevista, se non nell'ipotesi in cui la ristrutturazione dei debiti ex art. 160 non riesca e venga dichiarato il fallimento.

Dunque l'applicazione dell'art. 182 quater deve basarsi sul richiamo diretto all'art. 111 L.F. (che stabilisce

l'ordine di distribuzione delle somme) e sulla considerazione per cui sarebbe paradossale non rimborsare integralmente quei finanziamenti che hanno reso possibile l'accesso al concordato.

Con la conseguenza che il finanziatore, che non ha potuto godere della prededuzione, sarebbe indotto a votare contro la proposta di concordato, anche quando questa fosse accettata dagli altri creditori, con lo scopo unico di poter godere del rango della prededucibilità.

Criticare le tecniche legislative serve a poco, soprattutto in un lavoro come questo, ma la costante necessità di fare chiarezza sulle norme con l'aiuto della dottrina scientifica e delle decisioni giudiziali è fonte di incertezza, anche nelle materie in cui occorrerebbe poter operare con sicurezza.

I finanziamenti interinali nel concordato e nell'accordo di ristrutturazione

Superando la legislazione del 2010, si è previsto nel c.d. Decreto Sviluppo che il beneficio della prededu-

zione sia riconosciuto ad ogni forma di finanziamento, indipendentemente dalla qualifica del soggetto che lo eroga e quindi anche se non è una banca o un altro intermediario finanziario.

La precisazione era necessaria, anche per favorire interventi finanziari di soggetti diversi da quelli professionali.

Tali interventi sono classificati dalla norma come “*concessione di credito in esecuzione*” di un concordato o di un accordo di ristrutturazione e con cessione di credito “funzionale” alla presentazione della domanda di concordato o dell’omologa degli accordi di ristrutturazione.

Nel caso di accordo ai sensi dell’art. 182 bis, occorre che l’accordo di ristrutturazione dei debiti sia omologato, per poter godere della prededucibilità.

Nel caso invece di concordato, sembrerebbe non richiedersi l’autorizzazione del giudice delegato per il finanziamento, al fine di ottenere il rango di prededucibilità, giacché non si tratta di un atto di straordinaria amministrazione. È difficile però pensare che i soggetti finanziatori non richiedano tale autorizzazione, rischiando l’incertezza sul rango del proprio credito.

“*Sia nel caso del concordato, che dell’accordo, ad ogni modo, condizione implicita ma necessaria è che nel piano sia contenuta la specifica previsione dei finanziamenti e dei loro elementi essenziali senza la quale né l’esperto attestatore, né i creditori, sono in grado di valutare la coerenza rispetto all’esecuzione del piano*” (Ambrosini, 2012, 472).

Ottenute le autorizzazioni, i finanziamenti ricevuti in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione non potranno essere sottoposti ad azione revocatoria, ai sensi dell’art. 67, 3° co. lett. e) della L.F.

Per quanto riguarda invece i finanziamenti effettuati in epoca anteriore all’ammissione al concordato o alla stipulazione dell’accordo di ristrutturazione definiti, dall’art. 182 quater, al co. 2°, funzionali alla presentazione della domanda di concordato o dell’omologa degli accordi di ristrutturazione, occorrono alcune precisazioni.

Il termine “funzionali” infatti richiede una lettura che ne consenta l’efficace applicazione pratica. Sicuramente rientrano in questa categoria i finanziamenti destinati a fornire la massa monetaria necessaria e sufficiente al deposito delle spese della procedura concordataria o a quella per pagare l’opera dell’attestatore e del redattore del piano.

Altrettanto certamente sono funzionali quei finanziamenti che, contribuendo a pagare i dipendenti, i for-

nitori più rilevanti, gli istituti previdenziali ed il fisco consentono una solvibilità che permetta la prosecuzione dell’impresa.

Non sembra doversi ritenere funzionale invece quel finanziamento strumentale all’attuazione del piano, giacché la funzionalità non dipende dal successo del piano. Si può affermare però che la funzionalità debba risultare dall’attestazione del piano, con una specifica previsione del ruolo che il finanziamento ha avuto.

Sarà dunque necessario che i finanziamenti siano analiticamente descritti nel piano, affinché il Tribunale possa verificare la funzionalità che la legge prescrive. Ciò significa, nel concordato, che “*la prededuzione sia espressamente disposta*” nel decreto di ammissione. Negli accordi di ristrutturazione invece non si richiede un’espressa pronuncia giudiziale, ma occorre che sia intervenuta l’omologazione che deve presupporre che il decreto di omologazione sia passato in giudicato.

Le nuove disposizioni sui finanziamenti strumentali al conseguimento degli obiettivi del piano

Sino al 2012 non vi era cenno della sorte dei finanziamenti successivi alla domanda di ammissione del concordato preventivo o di omologazione dell’accordo di ristrutturazione.

Oggi l’art. 182 quinquies, ai primi tre commi, prevede il riferimento ad ogni “atto introduttivo”: la domanda di concordato, anche se presentata senza piano, la domanda di omologazione dell’accordo di ristrutturazione, l’istanza di moratoria delle azioni esecutive e cautelari ai sensi dell’art. 162 bis, 6° co.

Se ne ricava che il beneficio della prededuzione richiede inderogabilmente (Ambrosini, 477) che la conclusione dei contratti di finanziamento sia autorizzata dal Tribunale e che l’esperto attestatore verifichi il complessivo fabbisogno finanziario dell’impresa fino all’omologazione e attesti che detti finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione creditoria.

La conclusione ha un effetto rilevante, giacché la concessione del nuovo credito può essere autorizzata, se l’esperto possa attestarne la funzionalità rispetto all’obiettivo di consentire la “*miglior soddisfazione dei creditori*” (Ambrosini, 477-478).

L’attestatore dunque dovrà calcolare il fabbisogno finanziario, sino al previsto provvedimento di omologazione e verificare se il finanziamento consente una soddisfazione dei creditori migliore di quanto succederebbe se il credito non venisse concesso.



A questo punto non è inutile ricordare che l'art. 182 quinquies prevede, al suo secondo comma, che l'autorizzazione del Tribunale può *"riguardare anche finanziamenti individuati soltanto per tipologia ed entità, e non ancora oggetto di trattativa"*. Nel comma successivo, la stessa norma prevede che: *"Il Tribunale può autorizzare il debitore a concedere pegno o ipoteca a garanzia dei medesimi finanziamenti"*.

Non sarà inutile osservare che l'autorizzazione del Tribunale può essere rilasciata in momenti diversi, a seconda delle diverse situazioni.

Nel caso di domanda di concordato in bianco, mancando un piano, non sembra che il Tribunale possa provvedere contestualmente alla fissazione del termine di cui all'art. 161, 6° co.

Nel caso di domanda di concordato che comprenda anche il piano, il Tribunale può emanare il provvedimento autorizzativo, sia con il decreto di ammissione, che con quello di fissazione del termine, di cui all'art. 162 L.F.

Dopo l'ammissione alla procedura di concordato, si ritiene che l'organo che può autorizzare il finanziamento sia il giudice delegato (Ambrosini, 480).

Nell'ipotesi di accordi di ristrutturazione, l'autorizzazione potrà essere contenuta nel provvedimento che fissa l'udienza di omologazione o se vi è ricorso alla protezione di cui all'art. 182 bis, 6° co., il Tribunale può provvedere con il provvedimento con cui concede la misura sospensiva.

Resta infine da confermare il principio che la nuova finanza non necessita di prosecuzione dell'attività di impresa, se tale prosecuzione non è funzionale alla miglior soddisfazione dei creditori.

Conclusioni

Se, come speriamo, queste note sono riuscite ad offrire qualche elemento utile per la comprensione di un problema giuridico che ha un'influenza pratica importante nella decisione di erogare finanziamenti interinali, auspichiamo che finanziatori e debitori contribuiscano a migliorare l'efficienza dei procedimenti di composizione della crisi di impresa.

Per ottenere questo risultato, è necessario che l'imprenditore possa confidare nel comportamento leale



del sistema bancario, affinché non venga punito se lodevolmente anticiperà la propria dichiarazione di difficoltà nell'adempimento.

Reciprocamente il sistema bancario deve confidare nella lealtà dell'imprenditore, quando descrive le cause del dissesto e propone una valida soluzione, non basata sul suo ottimismo, ma su concreti e realizzabili obiettivi industriali e finanziari.

Bibliografia

- S. Ambrosini, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi dopo la riforma del 2012*, *Il diritto fallimentare*, 2012, 469 e segg.
- L. Balestra, *I finanziamenti alle imprese in crisi nel c.d. Decreto Sviluppo*, *Il fallimento*, 12, 2012, 1401 e segg.
- Bonfatti, *I concordati preventivi di risanamento*, in *ilcaso.it*, II, 228, 2012
- Bozza, *La fattibilità nel concordato preventivo e il giudizio che spetta ai creditori, per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Il fallimento*, 2011, 195
- F. Di Marzio, *Finanza esterna e concordato preventivo*, *Il fallimentarista*, 9 marzo 2013
- M. Fabiani, *Nuovi incentivi per la regolarizzazione concordata della crisi di impresa*, *Il corriere giuridico*, 11, 2012, 1265 e segg.
- Limitone, *Art. 67*, in *La legge fallimentare, commentario teorico-pratico*, a cura di Ferro, Cedam, 2011, 741
- R. Ranalli, *La scelta dello strumento di risanamento della crisi aziendale*, *Il fallimento*, 5, 2012
- Trentini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Ipsoa, 2012

Scienza e diritto: il tribunale di l'Aquila sulla responsabilità degli esperti che rassicurarono la popolazione prima del terremoto

Sei anni di reclusione per omicidio colposo. Questa è la **severa pena detentiva** inflitta dal Tribunale di L'Aquila ai sette componenti della Commissione Nazionale Grandi Rischi. A questa pena si aggiunge (e, come la detenzione, diventerà esecutiva dopo l'eventuale passaggio in giudicato) l'interdizione perpetua dai pubblici uffici. Pesanti anche le condanne al **risarcimento** pronunciate a carico degli imputati, in solido con la Presidenza del Consiglio dei Ministri quale responsabile civile. I condannati facevano parte, all'epoca dei fatti, dei principali Istituti scientifici nei settori della sismologia e della prevenzione dei rischi (**Dipartimento Nazionale della Protezione Civile, Istituto Nazionale di Geofisica e Vulcanologia, Centro Nazionale Terremoti, Fondazione Eucentre**).

In sintesi, ai componenti della Commissione veniva contestato di aver fornito alle Autorità locali e alla cittadinanza aquilana **informazioni incomplete, imprecise e contraddittorie sulla natura, sulle cause, sulla pericolosità e sui futuri sviluppi dell'attività sismica che era in corso il 31 marzo 2009** – data nella quale la Commissione si riunì nel capoluogo abruzzese. Per l'effetto di rassicurazione derivante dalle comunicazioni degli esperti – che, secondo l'imputazione, tendevano nella sostanza ad escludere l'elevata probabilità di un rischio imminente – molti aquilani avrebbero improvvisamente modificato le loro abitudini, abbandonando le cautele (per esempio, dormire all'aperto o fuori città) che avevano seguito sino al giorno precedente. Alcuni di essi rimasero vittime della pesante scossa sismica verificatasi il 6 aprile 2009, e di qui muove l'accusa di omicidio colposo a carico dei membri della Commissione.

Questo articolo contiene un primo e breve commento "a caldo" della lunga sentenza (circa 900 pagine), de-

positata dal Giudice nei giorni scorsi. Gli autori sono peraltro già impegnati, insieme con altri esperti e docenti universitari, nella redazione di un più articolato commento in merito ai diversi profili di interesse della decisione, con particolare riferimento alle tematiche del nesso causale (e della sua possibile "interruzione"), dell'utilizzo della scienza nelle decisioni giudiziarie, della corretta interpretazione dei dati statistici recepiti nelle sentenze e della cooperazione di diverse persone nel reato colposo.

Diversamente da quanto riportato da alcuni organi di stampa, **la sentenza aquilana non sostiene che i terremoti si possano prevedere** e non motiva con la mancata previsione del terremoto la condanna degli esperti. Vengono al contrario approfonditamente analizzati, nella motivazione, attraverso considerazioni talora discutibili ma sempre approfondite, tanto il profilo della colpa quanto quello del nesso causale tra il comportamento degli imputati ed il decesso delle persone menzionate nel capo di imputazione.

Quanto al primo aspetto (**colpa**), sarebbero stati colposamente violati i **doveri di "valutazione dei rischi"** che delineano lo statuto giuridico della Commissione Grandi Rischi, sia attraverso taluni giudizi inaccurati – e di impropria sottovalutazione del rischio – espressi durante la riunione del 31 marzo 2009, sia attraverso le iniziative di comunicazione alla stampa ed all'opinione pubblica degli esiti di tale riunione.

Quanto al secondo aspetto (**nesso causale**), il Tribunale analiticamente ricostruisce l'**effetto di rassicurazione che sarebbe conseguito alla colposa condotta degli imputati**. Parenti e amici hanno testimoniato i mutamenti nelle abitudini di alcune delle vittime che si sono determinati nei giorni immediatamente successivi alla comunicazione degli esiti della riunione della

Commissione del 31 marzo 2009. Nei casi in cui queste testimonianze sono state ritenute genuine e convincenti – e solo a condizione che non fossero ravvisabili possibili motivazioni alternative per il cambio di abitudini – il Tribunale ha ritenuto sussistente il nesso causale tra le rassicurazioni degli esperti e la morte avvenuta in occasione della scossa del 6 aprile 2009. Emerge molto chiaramente dalla sentenza che l'effetto di rassicurazione era fortemente richiesto (per usare un eufemismo) dalle Autorità: *“Non c'è un pericolo, io l'ho detto al Sindaco di Sulmona, la comunità scientifica mi continua a confermare che anzi è una situazione favorevole”*, è l'espressione sorprendente (e molto più ottimistica rispetto alle dichiarazioni effettivamente rese dagli esperti durante la riunione) utilizzata, a margine della riunione della Commissione, dal Vice Capo del settore tecnico operativo della protezione civile. In sostanza, **ciascuna delle due parti (politici e tecnici) sembra aver abdicato nella vicenda ai propri doveri**. Gli esperti, sotto l'evidente pressione dei politici, sono stati troppo ottimisti (per la verità non tutti gli imputati sono stati allo stesso modo “rassicuranti”, con possibili conseguenze, a nostro avviso, in tema di responsabilità colposa dei singoli: ma questo è tema troppo specifico per poter essere affrontato in questa sede). I politici – assenti dal processo, benché nel complesso responsabili della scarsa attenzione ai requisiti antisismici delle costruzioni, che tanto ha contribuito alla gravità delle conseguenze del sisma – hanno abdicato al proprio ruolo: che non è quello di pretendere dagli esperti impossibili rassicurazioni, quanto invece quello di decidere autonomamente – dopo aver ascoltato le oggettive ragioni della scienza – quale sia il livello di rischio accettabile per la comunità. Che questo ruolo di **valutazione del livello di rischio accettabile** e di conseguente adozione delle necessarie decisioni operative (anche in merito ai consigli da fornire alla popolazione) **non spetti agli esperti, ma ai politici**, emerge chiaramente dalla normativa europea sul principio di precauzione. In particolare, la **Comunicazione 2 febbraio 2000 della Commissione europea** (COM – 2000 – 1 def.) bene spiega come, di fronte alle possibili catastrofi, pur essendo indispensabile una *“valutazione scientifica quanto più completa possibile”*, **il giudizio su “quale sia un livello di rischio accettabile per la società costituisce una responsabilità eminentemente politica”**.

Ciò premesso quanto alle rispettive competenze degli esperti e della politica, **due sono, a nostro avviso, i profili maggiormente discutibili della lunga motivazione nella sentenza aquilana.**

In primo luogo, **il Tribunale ha a nostro avviso errato nella scelta dei criteri in base ai quali ha deciso di poter utilizzare una determinata teoria scientifica**. Nella valutazione della colpevolezza degli imputati ha infatti giocato un ruolo rilevante l'utilizzazione della teoria dei cd. *“fenomeni precursori”* dei terremoti. La sentenza dà correttamente atto che – in merito a tale problematica – *“si registrano, in campo scientifico, posizioni diverse e contrastanti”* (p. 67): salvo poi affermare che, per dirimere tale contrasto scientifico, sarebbe necessario, *“per esigenze di garanzia difensiva”* (!), *“privilegiare l'opinione esplicitata in proposito da uno degli imputati”* in una pubblicazione risalente peraltro a diversi anni prima del sisma. Orbene, un simile criterio è del tutto inidoneo a giustificare l'utilizzo nel processo di una determinata teoria scientifica, quando essa non sia pacifica tra gli esperti. Infatti, secondo la giurisprudenza della Cassazione, le acquisizioni scientifiche cui è possibile attingere nel processo penale sono quelle *“più generalmente accolte, più condivise”* (Cass., sezioni unite penali, 25 gennaio 2005, n. 9163) da individuare principalmente – secondo una recente ed approfondita sentenza (Cass., sez. IV penale, 13 dicembre 2010, n. 43786) – attraverso la verifica del *“grado di consenso che la tesi raccoglie nella comunità scientifica”*. Questo esame invece manca completamente nella sentenza del Tribunale aquilano.

In secondo luogo, il Tribunale è a nostro avviso incorso in un serio **errore di valutazione dei dati statistici disponibili**, con evidenti quanto gravi conseguenze in merito all'affermazione della responsabilità degli imputati. Per comprendere questo aspetto occorre ricordare che, per pervenire ad una sentenza di condanna, non è sufficiente dimostrare l'esistenza di un rapporto di causalità fra il comportamento colposo e l'evento: non è sufficiente, in altre parole, dimostrare che – se il comportamento colposo (in ipotesi: le rassicurazioni infondate degli esperti) non fosse stato tenuto – l'evento-morte non si sarebbe verificato. Occorre anche dimostrare che il nesso causale fra evento colposo e morte non si sia interrotto per effetto di una **causa sopravvenuta “da sola sufficiente a determinare l'evento”** (art. 41, secondo comma, del codice penale). Il Tribunale dà correttamente atto, nella motivazione, che, secondo la giurisprudenza di legittimità, il nesso di causalità può essere interrotto anche da cause sopravvenute che non siano del tutto autonome e scollegate dal comportamento degli imputati. Ciò che conta, per escludere la causalità, è infatti solo che le cause sopravvenute siano *“imprevedibili”* e connotate da *“un carattere di assoluta anormalità”* (p. 846 della senten-



za; in questi termini, del resto, tutta la giurisprudenza di legittimità più recente: per esempio Cass., sez. IV penale, 25 settembre 2009, n. 42502). Il Tribunale si è perciò chiesto se la grave scossa sismica del 6 aprile 2009 – in occasione della quale si sono verificati i decessi delle persone che erano state “rassicurate” dagli esiti della riunione degli esperti del 31 marzo – potesse considerarsi un evento “*imprevedibile*” e connotato da “*un carattere di assoluta anormalità*”. Ed ha ritenuto di escluderlo, sulla base dei seguenti argomenti:

- ogni anno si verificano mediamente nel mondo 120 terremoti di pari intensità;
- per quanto riguarda L'Aquila, si sono verificati negli ultimi otto secoli tre terremoti con intensità pari e superiore, con un periodo medio di ritorno compreso fra 325 e 475 anni: tanto che, ricorda il Tribunale, in autorevoli pubblicazioni scientifiche si è sostenuto che il terremoto aquilano del 6 aprile 2009 rientri nel quadro della sismicità dell'area e non rappresenti pertanto “*un caso eccezionale*”.

Ora, pare a noi evidente l'errore di interpretazione dei dati statistici nel quale è incorso il Tribunale. Una cosa infatti è dire che, in relazione alla storia sismi-

ca abruzzese, la scossa del 6 aprile 2009 non rappresentasse un fatto del tutto eccezionale. Ciò è certamente vero, ed avrebbe dovuto spingere le Autorità ad imporre ben più elevati standard di costruzione e manutenzione degli edifici. Altra cosa è invece sostenere che – in sede di valutazione ex ante – non dovesse considerarsi eccezionale il verificarsi, pochissimi giorni dopo la riunione di “rassicurazione”, un sisma così grave proprio a L'Aquila. Ci ripromettiamo, in un futuro più approfondito studio, di proporre, con la collaborazione di esperti di statistica, un'ipotesi di calcolo di tale probabilità. Ma è sin d'ora evidente che **il giudizio probabilistico sulla “eccezionalità” o meno di un fenomeno non possa prescindere da valutazioni di luogo e soprattutto di tempo**. Il verificarsi, da qualche parte nel mondo nel corso di un anno, di un sisma grave come quello aquilano non è certamente eccezionale (accade 120 volte all'anno, secondo i dati forniti dal Tribunale). Il verificarsi di un simile evento a L'Aquila è certamente assai meno probabile, ma forse ancora non eccezionale (è accaduto tre volte in otto secoli, secondo il Tribunale). Tuttavia, nel caso in questione dobbiamo considerare che il comporta-

mento giudicato colposo è consistito nell'effetto di rassicurazione provocato dalla riunione del 31 marzo 2009 degli esperti, che avrebbe indotto molte persone a cambiare abitudini, ad esempio tornando a dormire in casa. Per quanto tempo è ragionevole pensare che questo effetto di rassicurazione, in mancanza di una scossa, sarebbe potuto durare? Una settimana? Un mese? Questi sembrano periodi ragionevoli, ed il secondo pare francamente già eccessivo. Orbene, la domanda che dobbiamo porci – al fine di valutare la “eccezionalità” o meno della causa sopravvenuta – è perciò la seguente: quante probabilità vi erano, il 31 marzo 2009, che nella settimana o nel mese successivo si verificasse a L'Aquila un sisma grave come quello che purtroppo intervenne il 6 aprile? Non occorre essere grandi esperti di statistica per immaginare che queste probabilità fossero estremamente basse, e che pertanto la valutazione circa la eccezionalità o meno della causa sopravvenuta avrebbe dovuto essere, da parte del Tribunale, ben altrimenti approfondita. Del resto, lo stesso Tribunale riconosce correttamente, in altra parte della motivazione (pp. 218-219) che – pur accogliendo la (come abbiamo visto assai discussa) teoria dei cd. “fenomeni precursori” – “le attuali conoscenze scientifiche non permettono una previsione deterministica dei terremoti”, potendosi effettuare “al massimo previsioni probabilistiche ... distribuite nell'arco di un certo numero di anni o decenni, caratterizzate da un tasso di incertezza talmente ampio ... da non poter essere utilizzate per dare allarmi”. In conclusione su questo punto, una analisi obiettiva dei fatti porta a nostro avviso a ritenere che – anche ammettendo il comportamento colposo degli imputati e la sua efficacia causale rispetto alla morte delle vittime – **il nesso causale si sia interrotto per effetto del verificarsi, assolutamente imprevedibile nei termini spaziali e temporali rilevanti nell'ambito dell'effetto rassicurante prodotto dagli esperti, della scossa del 6 aprile.**

Insomma, vi è una differenza abissale, della quale il



Tribunale non ha tenuto conto perciò emettendo un erroneo giudizio di “prevedibilità” dell'evento, fra la probabilità che un forte terremoto si verifichi in qualche parte del mondo in qualche momento e quella che esso si verifichi in un luogo preciso nell'ambito di un brevissimo periodo. Questo genere di errore di ragionamento è ben noto alla scienza. Ricorda ad esempio il Premio Nobel per la Fisica R.P. Feynman che “non ha senso calcolare la probabilità di un evento dopo che è già avvenuto” (*Il senso delle cose*, Adelphi, 1989, pp. 86-87.). Il concetto è ulteriormente approfondito – anche con istruttivi esempi – dal fisico L. Mlodinow (*La passeggiata dell'ubriaco. Le leggi scientifiche del caso*, Rizzoli, 2009, pp. 209 ss.).

Come si vede, le questioni affrontate nella sentenza aquilana sono di enorme importanza giuridica e scientifica, oltre che di drammatica rilevanza sociale per la gravità dell'accaduto. La riflessione dovrà perciò essere approfondita, anche in vista dei futuri gradi di giudizio. Vi è da augurarsi che, nel frattempo, si accresca anche il grado di consapevolezza circa l'importanza della adozione di criteri antisismici nelle costruzioni: la sola vera difesa verso i (purtroppo imprevedibili) terremoti.



IL PROBLEMA DELLA SETTIMANA

Diritto dell'economia

Insolventi, un'altra strada

Il soggetto in crisi può chiedere la liquidazione del patrimonio

Il legislatore torna sui suoi passi: la legge di conversione del decreto legge 18 ottobre 2012, la n. 221 del 17 dicembre 2012, introduce ex novo la disciplina della esdebitazione del debitore persona fisica, e della liquidazione del patrimonio del debitore in stato di sovraindebitamento, quale proposta del debitore stesso in alternativa alla procedura di composizione della crisi.

La ratio che ha ispirato il legislatore va ricercata, sulla scia di quanto previsto dalle maggiori legislazioni europee, nella volontà di conseguire, in periodi storici come quello attuale, caratterizzati da una forte crisi economica, una procedura di uscita dalla crisi, alla luce di un orientamento fortemente premiale per il debitore meritevole. Quest'ultimo, infatti, si vede riconosciuta la esdebitazione per la parte residua non soddisfatta dalla liquidazione del patrimonio.

Chi sono i soggetti legittimati alla liquidazione? Si tratta di coloro i quali non sono assoggettati al fallimento e alle procedure concorsuali (gli imprenditori commerciali "sotto soglia"), del debitore civile, del professionista e del consumatore, intendendosi, con questo ultimo termine, la persona fisica che non agisce nell'ambito della propria attività imprenditoriale o professionale.

A domanda

La procedura della liquidazione si apre a domanda del solo debitore e riguarda, si noti, l'intero patrimonio di quest'ultimo, salvi i beni che per legge sono espressamente esclusi.

IL QUESITO



Nella nuova liquidazione giudiziale, chi attiva la procedura: il debitore con una istanza propria o anche i creditori? Tra i soggetti che sono ammessi alla liquidazione giudiziale possono rientrare anche i professionisti e gli enti non commerciali? C'è un limite massimo per la durata della procedura? Il debitore, durante la procedura, mantiene la gestione dei beni dell'azienda o viene sostituito da altri? E, infine, nella liquidazione giudiziale è prevista una figura simile al curatore fallimentare o l'intera procedura è gestita direttamente dal tribunale?

R.M. - EMPOLI

PER SAPERNE DI PIÙ

Sul sito internet dell'Esperto risponde sono disponibili per approfondimento testi di legge, circolari, sentenze e interpretazioni di dottrina

www.ilsole24ore.com/espertorisponde

Nel caso in cui l'accordo di composizione della crisi (o il piano del consumatore) siano stati revocati o annullati, oppure abbiano perso in altro modo efficacia, essa si apre di ufficio, su proposta del Tribunale competente.

Il debitore, una volta ammesso alla procedura, è tenuto a depositare l'inventario di tutti i suoi beni, nonché una relazione particolareggiata, redatta dall'organismo di composizione della crisi, sulle cause dell'indebitamento e sulla diligenza spiegata nella attività svolta, attestando altresì che nei cinque anni precedenti la domanda il debitore non ha fatto ricorso ad alcuna procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento o di liquidazione del patrimonio.

La procedura della liquidazione del patrimonio in sovraindebitamento - per la quale si attua una forma di spopolamento attenuato dei beni - si attinga, verosimilmente, come quella fallimentare.

Si prevedono la nomina del liquidatore da parte del tribunale (una figura da scegliere tra i soggetti che possono assumere la carica di curatore fallimentare), una procedura di accertamento del passivo, la sospensione degli interessi legali o convenzionali, il divieto di iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore, il divieto di acquisire diritti di prelazione sul patrimonio oggetto di liquidazione, disponendo che si attui la più idonea forma di pubblicità della domanda, a seconda delle caratteristiche dell'attività o del patrimonio

del debitore.

Programma in 30 giorni

La nuova normativa prevede che il liquidatore abbia l'amministrazione del patrimonio, provvedendo egli stesso, entro trenta giorni dalla formazione dell'inventario, alla redazione di un programma di liquidazione da comunicare al debitore e ai creditori, alla cui esecuzione sovrintende il giudice che autorizza l'esecuzione degli atti di disposizione del patrimonio conformi al programma di liquidazione.

Il decreto di chiusura

Di fondamentale importanza è la norma relativa alla durata della procedura di liquidazione: viene previsto che il giudice, accertata la completa esecuzione del programma, non prima del decorso del termine di quattro anni dal deposito della domanda, disponga con decreto la chiusura della procedura (i beni sopravvenuti nei successivi quattro anni al deposito della domanda, e ricadenti nel patrimonio del debitore, si considerano a tutti gli effetti come beni facenti parte del patrimonio da liquidare, dedotte le passività incontrate per l'acquisto e la conservazione dei medesimi). Sul patrimonio da liquidare concorrono i soli creditori anteriori, mentre i creditori per causa o titolo che si siano formati successivamente alla pubblicità della domanda e del decreto di apertura della liquidazione non possono agire esecutivamente sui beni oggetto della liquidazione, stabilendosi la precducibilità per i crediti sorti in funzione o in esecuzione della pro-

cedura di liquidazione.

Le condizioni

Quanto all'esdebitazione, essa può essere ottenuta a chiusura della procedura, una volta trascorsi, quindi, almeno quattro anni dalla sua apertura. Per conseguire questo vantaggio, il debitore deve soddisfare alcune condizioni legate alla correttezza del suo comportamento e alla cooperazione con il liquidatore per concludere al meglio la liquidazione.

Una condizione rilevante per conseguire l'esdebitazione (ex articolo 19, comma 1, lettera f, della legge 3/2012) consiste nell'aver soddisfatto almeno in parte i creditori e ciò significa non solo che occorre avere saldato tutti i creditori privilegiati per l'intero importo del loro credito, ma anche che deve residuare una ulteriore disponibilità nell'attivo del debitore per saldare, almeno in parte, i creditori chirografari.

Il fresh start

Il beneficio dell'esdebitazione è indubbiamente rilevante poiché, una volta che sia riuscito a ottenere lo sgravio dei debiti residui, il debitore potrà attivare il cosiddetto fresh start, vale a dire che gli sarà consentito di iniziare una nuova attività senza il peso dei debiti non soddisfatti a causa di quella precedente.

PAGINE A CURA DI
Alberto Bettini
Antonio Bianchi
Debora Cremasco
Lamberto Lambertini
Paolo Meneghetti
Daniela Pernigotti
Francesco Stocco

© RIPRODUZIONE RISERVATA

Punto per punto

FINALITÀ

PRESUPPOSTI PER L'AMMISSIBILITÀ DEL PIANO

LA PROPOSTA NON È AMMISSIBILE QUANDO IL DEBITORE

CONTENUTI DELL'ACCORDO

DEPOSITO DELLA PROPOSTA

PROCEDIMENTO

RAGGIUNGIMENTO DELL'ACCORDO

OMOLOGAZIONE DELL'ACCORDO

EFFETTO SUI CREDITORI

I PALETTI

Legittimati a scegliere la nuova opzione coloro che non sono assoggettati a fallimento e altre procedure concorsuali

SOVRAINDEBITAMENTO

Chi è nella definitiva incapacità di adempiere le sue obbligazioni può proporre una soluzione che, per contenuti, somiglia al concordato

Accordo di composizione con il 60% di adesioni

Porre rimedio alle situazioni di sovraindebitamento non assoggettabili alle procedure concorsuali già esistenti (fallimento, concordato preventivo, piani di risanamento attestati e accordi di ristrutturazione del debito) è il fine che persegue la nuova procedura concorsuale di composizione della crisi. Questa consente al debitore di continuare l'attività concludendo un accordo con i creditori per la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti

L'accordo deve assicurare il regolare pagamento dei crediti impignorabili, fissare scadenze e modalità di pagamento dei creditori, indicare le garanzie rilasciate e le modalità per la liquidazione dei beni a valori di mercato. I tributi costituenti risorse della Ue, l'Iva e le ritenute non versate possono essere solo dilazionati, mentre i debiti fiscali e previdenziali diversi da questi ultimi e i debiti privilegiati possono anche essere soddisfatti parzialmente.

- È soggetto a procedure concorsuali;
- ha fatto ricorso nei 5 anni precedenti alle procedure di composizione della crisi o di liquidazione giudiziale;
- ha subito, per cause a lui imputabili, un provvedimento di annullamento o di risoluzione dell'accordo di composizione della crisi;
- ha fornito documentazione che non consente di ricostruire la situazione

I creditori possono essere soddisfatti anche tramite cessione di crediti futuri e/o l'indicazione di un garante che conferisca, anche in garanzia, beni o redditi quando quelli del debitore non sono sufficienti per la fattibilità dell'accordo. La proposta ai creditori può prevedere la suddivisione degli stessi in classi, ma non attua necessariamente il concorso. È possibile prevedere una moratoria di un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori privilegiati

La proposta è depositata nel tribunale del luogo di residenza del debitore, presso l'agente della riscossione, gli uffici fiscali; deve contenere:

- la ricostruzione della sua posizione fiscale, eventuali contenziosi pendenti e la relazione dell'Organismo di composizione della crisi (Occ);
- l'elenco dei creditori, dei beni del debitore e delle spese necessarie al suo sostentamento;
- scritture contabili e dichiarazioni dei redditi degli ultimi 3 esercizi

Il giudice, entro 60 giorni dal deposito della documentazione, fissa con decreto l'udienza. Entro 10 giorni dall'udienza i creditori devono aver espresso il loro consenso all'accordo, diversamente il loro silenzio è ritenuto assenso. Il decreto stabilisce la pubblicità della proposta e dispone una sospensione, fino all'omologa, per le azioni esecutive individuali esercitabili da parte dei creditori anteriori sul patrimonio del debitore

L'accordo è raggiunto con il consenso di creditori rappresentanti almeno il 60% dei crediti. I creditori privilegiati sono computati nel calcolo della maggioranza e hanno diritto di esprimersi sulla proposta solo quando hanno rinunciato in tutto o in parte al loro privilegio. Tali esclusioni invece operano sempre per coniuge, parenti entro il 4° grado e cessionari di crediti da meno di 1 anno prima della proposta

Raggiunto l'accordo, l'Occ trasmette a tutti i creditori una relazione che riassume i consensi e, in assenza di contestazioni da parte loro, la trasmette al giudice insieme all'attestazione sulla fattibilità del piano. Il giudice, effettuate le dovute verifiche, omologa l'accordo (entro 6 mesi dalla presentazione della proposta) e ne dispone la pubblicazione

L'accordo omologato vincola tutti i creditori anteriori alla sua pubblicità, compresi quelli dissenzienti. Tra i dissenzienti si ritiene possa essere compreso anche l'erario per i tributi diversi da Iva e ritenute. I creditori successivi non possono proporre azioni esecutive sui beni oggetto del piano. Gli effetti dell'omologa vengono meno in caso di mancato pagamento dei crediti impignorabili e dei tributi solo dilazionabili

Le nuove procedure, e in particolare l'accordo per la composizione della crisi, pur autonome e distinte, presentano diversi profili di somiglianza con le procedure maggiori, a partire dalla definizione di sovraindebitamento come «la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni», che corrisponde alla definizione di insolvenza fallimentare, ovvero la «situazione di perdurante squilibrio tra obbligazioni assunte e patrimonio prontamente liquidabile» che richiama l'elaborazione giurisprudenziale del concetto di insolvenza.

Ristrutturazione

L'articolo 7 prevede, quindi, che il debitore in stato di sovraindebitamento possa proporre ai creditori un accordo di ristrutturazione dei debiti sulla base di un piano che, assicurando il regolare pagamento dei crediti impignorabili, pre-

veda scadenze e modalità di versamento a favore dei creditori, anche suddivisi in classi. Tale rimedio, pur ricordando nel nomen iuris l'istituto di cui all'articolo 182-bis della legge fallimentare, non ne condivide la natura, avendo più i tratti di un concordato che di un contratto. Infatti, l'accordo di cui all'articolo 7, a differenza di quello di cui al citato articolo 182-bis, obbliga tutti i creditori e non solo gli aderenti. Nell'accordo in parola, pertanto, una volta raggiunta la maggioranza del 60% di adesioni, anche mediante il meccanismo del silenzio-assenso, la proposta diviene vincolante per tutti.

Il piano, analogamente a quanto previsto per il concordato e per gli accordi di ristrutturazione, può avere qualunque contenuto, prevedere anche una soddisfazione non integrale dei crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca, purché ne sia garantito un pa-

gamento non inferiore a quello realizzabile sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato dei beni. Come nel concordato, non sono computati, ai fini del raggiungimento della maggioranza, i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, per i quali sia prevista l'integrale soddisfazione, così come il coniuge, i parenti e affini fino al quarto grado del debitore, o gli aggiudicatari o cessionari dei loro crediti da meno di un anno.

Il procedimento viene avviato mediante il deposito della proposta, prevedendo quindi l'intervento del giudice e l'instaurazione del contraddittorio con i creditori; unitamente alla proposta, va depositata una serie di documenti, tra i quali l'elenco dei creditori e dei beni del debitore (con indicazione degli atti dispositivi effettuati negli ultimi cinque anni) e l'attestazione di fattibilità del piano. Della proposta

viene data idonea forma pubblicitaria, inclusa, se è il caso, la pubblicazione in un'apposita sezione del registro delle imprese. Inoltre, come per le procedure maggiori, sino alla definitiva omologazione non potranno, a pena di nullità, essere iniziate o proseguite azioni esecutive individuali, o essere acquisiti titoli di prelazione, nemmeno se concordati.

Niente revocatoria

Come per gli accordi di ristrutturazione, gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo non sono soggetti all'azione revocatoria di cui all'articolo 67 della legge fallimentare; inoltre, i crediti sorti in occasione o in funzione dello stesso sono soddisfatti con preferenza rispetto agli altri, con esclusione del ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno o ipoteca. Infine, eventuali coobbligati del debitore non traggono beneficio dall'avvenuta riduzione del debito, nel senso che il creditore potrà agire nei confronti del coobbligato per la soddisfazione del credito residuo non saldato nel piano di composizione della crisi.

FOTOGRAFIA: MONTY/REUTERS

La formazione del «quorum». I creditori che non si esprimono sono ritenuti consenzienti

Scatta il silenzio-assenso

L'accordo è raggiunto, e la procedura può essere omologata quando siano favorevoli i creditori, aventi diritto al voto, che rappresentino almeno il 60% dei crediti (si veda anche l'articolo sopra).

I creditori ricevono comunicazione del deposito della proposta, ai sensi dell'articolo 10, con preavviso di 30 giorni e, qualora non si esprimano, sono ritenuti consenzienti. Il voto va espresso per telegramma, lettera raccomandata con avviso di ricevimento, telex o Pec. L'espressione di voto viene ricevuta dall'orga-

nismo di composizione della crisi (Occ), ex articolo 15, che verifica il raggiungimento della percentuale del 60 per cento. Tutti i creditori, esclusi familiari, parenti e affini entro il quarto grado, possono votare, ma i creditori con privilegio, pegno o ipoteca, esprimendo il loro voto, perdono il privilegio medesimo.

L'accordo di composizione della crisi può prevedere il non integrale pagamento dei creditori privilegiati, ipotecari o pignorati, nel qual caso essi rientrano nel computo delle maggioranze e hanno titolo per esprimere il voto sen-

za perdere diritti. Il non integrale pagamento di tali crediti ha come soglia minima l'importo che agli stessi sarebbe destinabile in caso di liquidazione con collocazione preferenziale sul ricavato.

Anche il fisco potrà quindi essere chiamato a esprimere il voto, posto che la procedura deve prevedere il pagamento totale dei tributi costituenti risorse proprie della Ue, dell'Iva e delle ritenute d'acconto, mentre per gli altri tributi può essere previsto un pagamento parziale con coinvolgimento del credito privilegiato tra gli aventi diritto al voto.

Poiché i creditori privilegiati, pignorati e ipotecari devono essere soddisfatti almeno nella misura di quanto loro perverrrebbe dalla liquidazione dell'attivo, è abbastanza probabile che un accordo di composizione della crisi che preveda il non integrale pagamento dei creditori privilegiati comporti quasi sempre l'impossibilità di destinare alcunché agli altri creditori, con la conseguente impossibilità di ottenimento delle maggioranze richieste. A meno che le risorse necessarie al pagamento, anche parziale, degli altri creditori non giungano dal di fuori del patrimonio del soggetto interessato, e quindi da terzi, come disposto dall'articolo 8, comma 2.

FOTOGRAFIA: MONTY/REUTERS



DAVIDE PACHERA

La clausola di manleva e l'art. 1938 c.c.

(Lodo Arbitrale pronunciato in Venezia il 24 ottobre 2012, Presidente; Avv. Prof. Marcello Maggiolo, Arbitro: Avv. Prof. Francesco Benatti, Arbitro: Avv. Lorenzo Locatelli)

71

“Il Collegio ritiene di non dover condividere l'idea secondo la quale alla clausola di manleva sarebbe applicabile la regola dell'art. 1938 c.c. Tale norma è stata introdotta con lo specifico scopo di impedire che il fideiussore sia esposto a responsabilità inattese e insospettite al momento della conclusione del contratto di fideiussione, pericolo evidentemente non riproducibile nel caso del patto di manleva. L'oggetto dell'impegno assunto dal mallevadore non è indeterminato o indeterminabile ai sensi dell'art. 1343 c.c., quando l'impegno sia sufficientemente circoscritto ovvero quando si riferisca ad un arco di tempo non eccessivamente ampio e a situazioni sufficientemente note ad entrambe le parti.”

Le clausole di manleva contenute nei contratti di acquisizione di partecipazioni societarie

Nei contratti di acquisizione di partecipazioni societarie vengono normalmente inserite clausole di scarico o di manleva con le quali l'acquirente si obbliga a manlevare (indennizzare) gli amministratori (o il socio uscente) da qualsiasi onere risarcitorio cui possano andare incontro in seguito all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità.

Con tali accordi le parti tendono a coordinare l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori con il sistema di garanzie patrimoniali e finanziarie predisposto a tutela dell'acquirente, al fine, da un lato, di mantenere fermi e inalterati gli equilibri patrimoniali raggiunti nel contratto di acquisizione e, dall'altro lato, di evitare una duplicazione dei rimedi risarcitori e indennitari dell'acquirente.

La giurisprudenza, soprattutto di legittimità, pur ritenendo nulli gli accordi con cui i soci si impegnano genericamente a non esercitare l'azione sociale di respon-

sabilità nei confronti del socio-amministratore o degli amministratori da loro nominati, sembra, tuttavia, assumere una differente posizione per quanto riguarda, invece le clausole di manleva con cui le parti non eliminano formalmente la responsabilità degli amministratori ma, più semplicemente trasferiscono l'onere risarcitorio a questa connesso su un altro soggetto.

Il lodo arbitrale in commento fa una compiuta analisi delle principali contestazioni giuridiche che vengono mosse contro la validità delle clausole di manleva, consentendoci di individuare le principali caratteristiche che tali clausole debbono avere per poter essere giudicate pienamente lecite.

Le principali questioni giuridiche affrontate dal lodo arbitrale

La società che ha avviato il giudizio arbitrale, all'esito del quale è stato emanato il lodo in commento, lamentava l'invalidità della clausola di manleva contenuta in un contratto di acquisizione di partecipazioni societarie, avente il seguente tenore: *“Con la sottoscrizione del presente contratto la società cessionaria (A., socio-acquirente), rilascia ampio scarico e garanzia per ogni pretesa che fosse in futuro avanzata nei confronti degli amministratori di Al. designati dalla società E. (socio uscente)”*. L'attrice denunciava l'invalidità della predetta clausola per le seguenti ragioni:

- eluderebbe l'applicazione dell'art. 2393 cod. civ. – norma di ordine pubblico – poiché vincolerebbe il socio-acquirente a non votare a favore dell'azione di responsabilità contro gli amministratori con conseguente nullità ex artt. 1322, 2° comma, 1418, 2° comma, 1344 e 1418, ultimo comma, cod. civ.;
- il suo oggetto non sarebbe determinato o deter-

minabile, in particolare violerebbe il disposto di cui all'art. 1938 cod. civ. non prevedendo l'importo massimo garantito;

- escluderebbe la responsabilità degli amministratori per dolo o colpa grave in dispregio del disposto di cui all'art. 1229, 1° comma, cod. civ.

Il Collegio Arbitrale ha ritenuto insussistenti tutti i vizi appena elencati, per le ragioni che andremo qui di seguito ad esaminare.

La presunta violazione dell'art. 2393 cod. civ.

Secondo parte della dottrina la manleva che s'inserisce ontologicamente nella struttura di un contratto di compravendita di partecipazioni azionarie, risulta essere nulla, poiché essa verrebbe usata per eludere la procedura prevista dall'art. 2393 cod. civ., ossia per impedire al socio (e dunque alla società) di promuovere l'azione di responsabilità avverso i suoi ex amministratori.

L'elusione di tale disposizione comporterebbe la nullità del patto di manleva, in quanto esso, ai sensi dell'art. 1344 cod. civ., costituirebbe un negozio in frode alla legge.

Tale censura sembra trovare conferma nella sentenza del Tribunale di Milano del 19 dicembre 1994, secondo la quale: *“La garanzia rilasciata da una società di capitali a favore dell'amministratore unico di altra società partecipata, attraverso la promessa unilaterale di esonero da ogni e qualsiasi responsabilità relativa all'attività compiuta nell'espletamento della carica sociale, è nulla ai sensi dell'art. 1229 c.c. e del combinato disposto degli art. 1325 e 1418 c.c.”*(in *Gius* 1995, 649, con nota di CHINÈ).

Il lodo arbitrale ha ritenuto, invece, che *“la presenza della clausola di manleva è del tutto indifferente sotto il profilo della maggior o minor tutela della società ed altresì quanto alla tutela dei creditori”*.

Tale conclusione è pienamente condivisibile.

Ed infatti, la clausola di manleva non impedisce affatto la proposizione dell'azione sociale di responsabilità da parte del socio e non determina neppure una rinuncia da parte della società ad esercitare l'azione di responsabilità nei confronti degli ex amministratori manlevati.

Il soggetto che si impegna a manlevare gli ex amministratori della società, nominati dal socio uscente, è il socio-acquirente e non la società.

Perciò, la manleva non impedisce alla società di esercitare l'azione di responsabilità nei confronti degli ex

amministratori nominati dal socio uscente, ma impone semplicemente al socio-acquirente di manlevarli rispetto alle pretese che dovessero essere vantate in loro danno, in conseguenza agli eventuali atti di *mala gestio* da essi compiuti nell'arco temporale precedente al momento genetico della clausola di manleva.

Quanto alla società, va detto che la stessa non viene a subire alcun danno stante il fatto che le conseguenze negative derivanti dalla responsabilità altrui vengono traslate sul patrimonio di un altro soggetto, il mallevadore.

Pertanto non si realizza alcuna fattispecie contraria all'ordine pubblico, ovvero non si configura alcun patto parasociale che vincoli il socio a non promuovere, con il proprio voto in assemblea, l'azione di responsabilità contro gli amministratori. Il socio resta libero di disporre del proprio diritto di voto come meglio crede.

Il patto di manleva e l'art. 1229 cod. civ.

Sia in dottrina che in giurisprudenza, sembra esserci uniformità di vedute circa l'assoluta legittimità delle clausole di manleva rispetto all'art. 1229 c.c. (Cass., sez. III, 02 marzo 1998, n. 2265, in *Giust. civ. Mass.* 1998, 478; Cass. 17 dic. 2001 n. 15891, in *Giur. It.*, 2002, 2166; Cass. 8 marzo 1980 n. 1543, in *Foro it.*, 1981, I, 2539; Cass. 2 feb. 2000 n. 1449, in *Mass. Giur. It.*, 2000, 286; Cass., sez. III, 17 dicembre 2001, n. 15891, in *Giur. it.* 2002, 2166)

Ciò in quanto, come ha rilevato il lodo arbitrale, *“la struttura della manleva è differente da quella delle clausole di esonero (e di limitazione) della responsabilità regolata dal 1229, primo comma, c.c. Queste ultime sorgono tra il creditore e il debitore ed incidono direttamente sul rapporto obbligatorio instaurato, riversando (definitivamente) sul creditore i costi connessi all'inadempimento (responsabile) del debitore. Al contrario la clausola di manleva costituisce un accordo tra il debitore e un terzo in virtù del quale il terzo solleva il debitore da ogni onere risarcitorio nei confronti del creditore. L'obbligazione del debitore ed il corrispondente diritto del creditore ad essere risarcito dal soggetto responsabile dei danni subiti rimangono, quindi, inalterati.”*

Il patto di manleva è destinato, infatti, a produrre i suoi effetti esclusivamente tra il debitore e il terzo, non esercitando alcuna interferenza sulla posizione giuridica del creditore danneggiato, in quanto rimangono inalterati, nei confronti di quest'ultimo, gli obblighi del debitore.

quanti come LUI? *Milioni*



liquida: da L. 170
solida: " " 225

Ma il successo verso Lei, verso gli amici e negli affari, esige una capigliatura bella, ordinata, brillante, che renda simpatica e gradita la vostra presenza

questo il segreto della Brillantina Linetti

Per i valori di alcuni suoi speciali componenti che agiscono favorevolmente sui bulbi capilliferi, la Brillantina Linetti costituisce:

una cura per i vostri capelli • un risalto alla vostra bellezza



È chiaro che, se l'art. 1229, primo comma, c.c. trae origine dall'esigenza di non consentire l'indiretta acquiescenza alla violazione di norme fondamentali per la convivenza sociale o di eliminare una remora alla colpa grave e al dolo, tale divieto non si estende a quegli accordi con cui si conviene il trasferimento ad altri dell'incidenza economica del danno, poiché un tal genere di patto non produce alcuna irresponsabilità, ma solo ne riversa le conseguenze patrimoniali su di un altro soggetto, senza violare il diritto del danneggiato.

Si può, quindi, concludere che gli accordi di manleva si sottraggono ai limiti propri dell'art. 1229 c.c., anche nell'ipotesi in cui, in particolare, la colpa (grave o lieve) del danneggiato si concreti nella violazione di norme imperative.

Ciò che è richiesto è la sola presenza di un effettivo interesse del terzo che fa proprie le conseguenze economiche dell'operato del debitore danneggiante.

In ordine all'applicabilità dell'art. 1938 cod. civ. al patto di manleva

Maggiori incertezze si riscontrano in ordine all'applicabilità dell'art. 1938 c.c. al patto di manleva.

L'applicazione del disposto dell'art. 1938 c.c., dettato in materia di fideiussione *omnibus*, al patto di manleva richiede, necessariamente, che la medesima prede termini l'importo massimo garantito dal mallevadore, pena la sua nullità.

Secondo una recente pronuncia della Corte di Cassazione (n. 1520/2010, in *www.iurisdata.it*), la norma di cui all'art. 1938 c.c. *“pur essendo inserita nella disciplina tipica dell'istituto della fideiussione, introduce [introdurrebbe] un principio generale di garanzia e di ordine pubblico economico, suscettibile di valenza generale anche per le garanzie personali atipiche e tra queste quelle di patronage ed è relativa ad una norma che presuppone un contratto in essere ma con obbligazione o clausola condizionale nulla per contrarietà a precetto imperativo.”*

Allo stesso modo, parte della dottrina ritiene che la previsione di un tetto massimo, che delimiti i confini della consistenza del valore economico dell'obbligazione del mallevadore, sia imposto dall'applicazione del principio di ordine pubblico, inderogabile, dettato dall'art. 1938 c.c. in tema di fideiussione (A. Franchi, *Il contratto di manleva e la manleva verso gli amministratori*, in *Contratto e impresa*, n. 1/2007, p. 188 e ss.).

Il lodo arbitrale ha ritenuto, invece, *“di non dover condividere l'idea secondo la quale alla clausola di manleva sarebbe applicabile la regola dell'art. 1938 c.c.”*

Tale conclusione, osserva il Collegio, deriva, innanzitutto, dall'impossibilità di assimilare la manleva alla fideiussione.

L'incompatibilità tra le due fattispecie è genetica e funzionale.

Ed infatti, se, da un lato, la fideiussione *omnibus* ha ad oggetto tutte le obbligazioni future che contrarrà il debitore, il patto di manleva assunto dal mallevadore ha, invece, ad oggetto la copertura di pretese risarcitorie che trovano il loro momento genetico anteriormente all'assunzione dell'obbligazione di manleva.

In altri termini, l'obbligazione del fideiussore è collegata ad un'obbligazione che il debitore non ha ancora assunto e che potrebbe non assumere mai, mentre il mallevadore quando si obbliga a tenere indenne l'amministratore, ha riguardo ad un'obbligazione risarcitoria derivante da un illecito civile che è già stato posto in essere e che deriva da uno specifico rapporto, quel-



lo di natura gestoria, che lega l'amministratore alla società, e che trova il suo momento genetico anteriormente all'assunzione dell'obbligazione di manleva.

L'obbligazione risarcitoria in capo all'amministratore precede, dunque, l'obbligazione assunta dal mallevadore.

È chiaro, quindi, che non si può parlare di un'obbligazione futura del debitore e, conseguentemente, del mallevadore.

Da tali considerazioni deriva certamente l'impossibilità di applicare analogicamente l'art. 1938 c.c. al patto di manleva.

Ciò, però, non significa che la manleva non debba avere un oggetto determinabile o determinato ai sensi dell'art. 1343 c.c.

Il Collegio ha osservato come tale requisito risulti assolto ogni volta che *“l'impegno di manleva sia sufficientemente circoscritto ovvero quando si riferisca ad un arco di tempo non eccessivamente ampio e a situazioni sufficientemente note ad entrambe le parti.”*

Ciò è confermato da quella stessa dottrina che applica al patto di manleva l'art. 1938 c.c., la quale riconosce che la nullità derivante dalla mancata previsione di un tetto massimo, viene meno nei limiti in cui sia individuabile sin dall'origine l'entità dell'indebitamento

che si vuole garantire (A. Franchi, *Il contratto di manleva e la manleva verso gli amministratori*, in *Contratto e impresa*, n. 1/2007, p. 188 e ss.).

A tale riguardo, si è peraltro affermato che non sussiste la necessità di un tetto massimo all'assunzione del debito, tutte le volte in cui l'oggetto della manleva è così determinato e ben circoscritto che è improbabile che possano sorgere situazioni debitorie nuove o non prevedibili (P. Benazzo, *Rinuncia e transazione in ordine all'azione sociale di responsabilità*, Padova, 1992, p. 288).

E ciò trova ragione proprio nel fatto che la funzione della previsione dell'ammontare massimo è rappresentata dalla necessità di evitare che il mallevadore si trovi esposto al pagamento di somme esose e non proporzionate all'interesse sottostante alla conclusione del contratto.

Pertanto, nella misura in cui si possono ritenere individuati tra le parti i fatti o atti oggetto di manleva, il requisito della fissazione di un tetto massimo perde di rilevanza.

Da ciò ne deriva che la condizione essenziale ed indispensabile affinché i soci possano efficacemente obbligarsi a tenere indenne gli amministratori è che essi conoscano l'oggetto della manleva.

Per poter raggiungere questo risultato è necessario passare attraverso la disamina dell'intera gestione compiuta, nelle singole operazioni che la compongono. I soci devono avere un'effettiva possibilità di esaminare i singoli fatti relativi alla gestione sociale, sì da riuscire a prefigurarsi la funzione e l'effetto dell'impegno assunto.

È indubbia, quindi, la centralità delle clausole di manleva e l'essenzialità delle stesse per il dinamico avviamento societario.

La funzionalità di dette clausole deve, pertanto, essere assicurata senza il timore che i principi dell'ordinamento e le responsabilità previste dal nostro codice civile rischino di ingessare o impedire la disciplina di una materia, quella della responsabilità degli amministratori, assai delicata, nella quale entrano in gioco una serie di interessi e valori di difficile temperamento.

La garanzia circa la validità e l'efficacia dei patti di



manleva potrà essere conseguita laddove siano conosciuti dal mallevadore gli elementi più significativi dei fatti e/ degli atti che potranno essere fonte di responsabilità per gli amministratori senza che essi si traducano in liberatorie preventive ed “a scatola chiusa” di assoluta indeterminazione nel loro oggetto.

MARZIA MENEGHELLO

La riforma di San Silvestro: L'ultimo regalo del Governo Tecnico

Era freschissima la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della “*Nuova disciplina dell’ordinamento della professione forense*”¹, proprio come la giornata che mi preparavo a trascorrere nella sede milanese.

Mi ero portata le solite letture per il viaggio in treno: un quotidiano nazionale, una rivista francese per esercitare la lettura (a detta di alcuni, lingua oggi poco utile, che io però ritengo incantevole), una delle tante pubblicazioni di Pietro Citati, che tutt’ora occupano il mio comodino, alternandosi ai romanzi di Irène Némirovsky, e – *last but not least* – il testo della riforma forense, stampato frettolosamente la sera prima.

Tutto ciò per un’ora e ventitré minuti di viaggio, perché non ho ancora metabolizzato i tempi di concorrenza delle “frecce”, certamente diversi da quelli degli “interregionali” con carrozza fumatori cui ero abituata all’università.

Terminata la lettura svogliata del quotidiano (il periodo elettorale, lungo quanto una quaresima, non mi ha in effetti stimolato granché), con altrettanta svogliatezza ho iniziato a leggiucchiare le prime pagine della nuova legge professionale.

Mi ha incuriosito anzitutto la data.

Ebbene sì, dopo aver approvato, il giorno della vigilia di Natale, la legge di stabilità, il successivo 31 dicembre, sopravvissuti alla catastrofe della profezia Maya, quando i supermercati erano presi d’assalto da chi non aveva avuto il tempo di pensare prima al cenone, le piste da sci affollatissime, la rete stradale ingorgata dalle automobili dei più fortunati; quando gli alberghi registravano un tutto esaurito (al pari dei ristoranti nel 2009, sempre al completo, come ricordava il “*Sire d’Arcore*”, che alla crisi non credeva e voleva che nessuno credesse²), nel nostro Parlamento c’era chi – e

gliene rendiamo grazie – ha sacrificato i preparativi ludici ed ha scelto di salutare il vecchio anno con una discutibile riforma sull’ordinamento forense.

E questo perché, a prescindere dallo spirito di sacrificio di chi ci governava, la riforma forense è stata ritenuta, all’indomani delle dimissioni del Premier Tecnico, di fondamentale importanza per il nostro Paese e quindi in *pole position* per essere licenziata entro la chiusura della legislatura.

Ciò che, in effetti, è avvenuto, nel testo sì approvato dalla Camera e dal Senato – con lo stralcio di tutti i 160 emendamenti proposti inizialmente – ma certamente non condiviso, checché se ne dica, in maniera unanime dal Congresso Nazionale di Bari, dove, contrariamente a quanto riportato, un buon 40% (targato Associazione Nazionale Forense, sede veronese compresa!) ha sollevato serie perplessità sui contenuti.

Letti i primi articoli, contenenti le disposizioni generali, ho preferito, con un balzo degno di Ivan Ukhov, passare direttamente alla disciplina del nuovo esame di stato.

L’ho fatto esclusivamente per curiosità, avendo già superato da qualche annetto la prova.

È, quindi, all’esame di stato, ed in particolare allo scritto, che dedico il presente lavoro; ma non vuol essere solo un commento – ovviamente critico – ad una riforma ancora una volta scarsamente concertata con la categoria, quanto piuttosto un tributo alla mia personale esperienza, nonostante il tempo trascorso.

Conservo uno splendido ricordo dei giorni trascorsi a Padova per sostenere lo scritto dell’esame d’avvocato. E ciò sebbene sia stata costretta a rinunciare ai dolcetti di Santa Lucia, che alle ore 5.00 del mattino non era ancora venuta a fare visita.

Proprio a quell’ora, infatti, mi svegliavo per raggiungere l’anonimo capannone nella periferia padovana, avendo scelto di non alloggiare negli hotel della zona, occupati per lo più da aspiranti avvocati.

Il bel ricordo è forse merito del mio compagno di ban-

77

1. Legge 31 dicembre 2012 n. 247.

2. D’altra parte, il “*pubblico delle soap-opera tracanna qualunque favola*”, F. Cordero in *Il brodo delle undici*, Bollati Boringhieri, 2010.



co, divertentissimo collega vicentino che mi ha regalato, nelle due ore di attesa (dal nostro arrivo, alla dettatura del quesito...) straordinarie perle di saggezza locali.

Forse merito anche di quella collega minuta, che occupava l'altro banco vicino, la quale, con cadenza oraria, domandava suggerimenti di lessico e grammatica (i dizionari erano – e fortunatamente sono rimasti – banditi, cosa per me ragionevole, ma direi pure ovvia) per alcuni dubbi esistenziali che non le consentivano di proseguire serena nella redazione del proprio scritto (non so poi, perché in effetti non l'ho mai verificato, se il suo esame, temo un po' sgrammaticato, abbia avuto esito positivo).

O forse perché, in quell'occasione, all'età di 26 anni compiuti da pochissimi giorni, ho scoperto che i padovani aggiungono il gin nello "spritz".

Fatto sta che, quando compagni e colleghi raccontano le terribili ore che hanno trascorso scrivendo atti, di proprio pugno, su fogli "usobollo" (entrambe abitudini desuete nella nostra professione, ma che – in barba al processo telematico, alla posta elettronica certificata e quindi alla "stabilità" italiana per il 2013 – sono rimaste ancora oggi le uniche modalità per sostene-

re l'esame scritto), in cuor mio quasi rimpiango quei tempi di puerile innocenza professionale.

Cosa sarebbe cambiato, se avessi sostenuto l'esame con le nuove regole previste dall'articolo 46 della Legge n. 247/2012, rubricato appunto "Esame di Stato"?

Ho già detto che avrei comunque scritto di pugno, su fogli "usobollo", per sette ore consecutive.

Ho già detto anche che continuano ad essere – correttamente – banditi dizionari della lingua italiana (e della lingua francese?).

Non ho detto, ma lo faccio ora, che resta un'unica sessione annuale. È stata abbandonata, infatti, l'imprudente idea di estendere a due le cadenze annuali per l'esame.

Credo però che detta scelta corrisponda non tanto a ragioni logiche, quanto piuttosto ad esigenze di carattere strettamente economico. Il principio dell'invarianza della spesa (per lo Stato, non certo per gli iscritti agli albi) torna, infatti, più d'una volta nel testo della legge.

La "doppietta", insomma, avrebbe certamente determinato maggiori costi, al pari delle automobili che richiedevano, per avvicinare il numero di giri, l'utilizzo di tale raffinata tecnica di guida in scalata.

Le prove scritte sono, come prima, tre: due pareri (l'uno su questioni "in materia regolata dal codice civile" e l'altro su questioni "in materia regolata dal codice penale") ed un atto giudiziario "che postuli conoscenze di diritto sostanziale e di diritto processuale, su un quesito proposto, in materia scelta dal candidato tra il diritto privato, il diritto penale ed il diritto amministrativo".

Cambiano però gli strumenti a disposizione.

Oltre alle doti intellettuali di ciascuno – per i fortunati che le possiedono dalla nascita – ancora liberamente utilizzabili, i candidati potranno consultare solamente i testi delle leggi.

Non potranno quindi, più portare con sé i codici e le raccolte di leggi commentati con la giurisprudenza.

Il comma 7, dell'articolo 46 aggiunge infatti che le prove scritte "...si svolgono con il solo ausilio dei testi di legge senza commenti e citazioni giurisprudenziali. Esse devono iniziare in tutte le sedi alla stessa ora, fissata dal Ministro della giustizia con il provvedimento con il quale vengono indetti gli esami. A tal fine, i testi di legge portati dai candidati per la prova devono essere controllati e visti nei giorni anteriori all'inizio della prova stessa e collocati sul banco cu cui il candidato sostiene la prova...".

Le case editrici se ne faranno, forse, una ragione e troveranno un'alternativa al business dei codici commentati confezionati *ad hoc* (si trattava, nella maggior par-

te dei casi, di edizioni scarsamente riutilizzabili da chi decideva, poi, di fare seriamente questo mestiere). Io, invece, faccio (e farò) fatica a condividere un sistema di questo tipo.

Crescere un praticante – per soli 18 mesi e non più per 24 – con gli strumenti del mestiere (e la giurisprudenza, che interpreta le leggi, licenziate sempre più spesso sbrigativamente, costituisce un elemento fondamentale), insegnare la professione a 360 gradi, abituarlo ad accettare diverse, non sempre condivisibili, interpretazioni dei giudici e a destreggiarsi con capacità tra queste, per poi spiegargli, giunto il momento dell'esame, che dovrà "resettare" tutto, dimenticare la professione che fino a quel momento aveva svolto e limitarsi a compilare dei fogli "timbrati e vidimati", beh, pare francamente bizzarro.

Perché si tratterà proprio di ciò, di un esame compilativo, lontano da quell'idea – che io conservo gelosamente – dell'artista che dipinge il quadro del diritto, con i colori a disposizione (tra i quali v'è senz'altro, oltre alle leggi, la giurisprudenza), del demiurgo che plasma la materia.

Ma il *dominus* avvocato può stare tranquillo, il male che potrebbe colpire il proprio praticante all'apprendere tale notizia sarà certamente coperto dalla polizza infortuni che dovrà obbligatoriamente stipulare per sé e per i propri collaboratori (come previsto dall'art. 12 della riforma forense).

A questo punto, bene avrebbe fatto il legislatore ad introdurre un sistema di concorso pubblico a crocette (magari con un sistema informatizzato, volendo essere coerente con le regole che una settimana prima erano state imposte con la legge di stabilità). Non sarebbe stato tanto differente.

L'emarginazione della giurisprudenza dall'esame scritto peraltro, mal si concilia con la previsione, tra i criteri di valutazione del candidato all'esame orale, della "conoscenza delle tecniche di persuasione ed argomentazione", nelle quali il precedente giurisprudenziale gioca un ruolo fondamentale d'attacco e, contemporaneamente, di difesa anche in un sistema di *civil law* (scritto così, quel criterio, che pur condivido nella sostanza, pare peraltro più consono ad un esame per commercianti e venditori di "folletti").

Si tratta di una scelta che davvero fatico a comprendere. Con il Governo che ha preceduto la "parentesi tecnica" poteva anche avere, se non un senso, una spiegazione, ma oggi davvero no.

Potrebbe corrispondere al tentativo di rendere l'esame di stato ancor più selettivo, per sfoltire il numero degli iscritti agli albi.

Questa spiegazione, però, mi convince poco.

È vero, in effetti, che il numero degli avvocati iscritti agli albi è oggi sorprendente (anche se, francamente, sorprende molto più sapere che tale numero non coincida affatto con quello dei professionisti iscritti alla Cassa Forense), ma tale regola, lungi dal condurre al risultato ipotizzato, rende di fatto l'esame inadeguato rispetto alla preparazione ed alla *forma mentis* che il candidato deve avere per poterlo superare.

Come il pizzaiolo lavora, oltretutto con le proprie braccia, anche con la pala ed il "tirabracci", come il calzolaio lavora con le proprie mani e con il bussetto e la lesina, così l'avvocato lavora con la propria capacità intellettuale e con il "diritto vivente", che è tale solo grazie a chi plasma le leggi, le adatta alla realtà, le cala nella quotidianità, le trasforma appunto, da "disposizioni" a "norme"³.

Altre erano le strade percorribili, ma i "Tecnici" hanno deciso di non percorrerle (la posizione di A.N.F. – tengo a dirlo – non è stata sterilmente critica, ma fortemente propositiva).

Sui testi di legge che restano ammessi che dire. Auguro, a chi dovrà sostenere l'esame, che esista, nelle raccolte di leggi edite, la legge di riferimento della traccia assegnata.

Nel mio caso, in effetti, non è stato così.

Avevo scelto (per la verità decisamente prima di sedermi a quel banchetto) l'atto giudiziario di diritto amministrativo che, come gli addetti ai lavori sanno, parte dalla violazione (e/o falsa applicazione) di legge.

Il mio cliente – che avevo immaginato non troppo alto, castano, sposato da dieci anni, padre di una bimba di quattro e con uno spiccato accento meridionale – era un Agente di Polizia di Stato presso un anonimo Comando, sospeso dal servizio perché ritenuto membro di un sodalizio criminoso nel quale si occupava, tra l'altro, della movimentazione di autovetture rubate.

Il ricorso al competente Tribunale Amministrativo Regionale era volto ad impugnare proprio il decreto del Capo della Polizia di Stato che aveva irrogato la sanzione disciplinare.

La stessa traccia citava la legge di riferimento: il D.p.r. 25 ottobre 1981 n. 737 in tema di "Sanzioni disciplinari per il personale dell'Amministrazione di pubblica sicurezza e regolamentazione dei relativi procedimenti", che

3. La Corte di Cassazione, ben consapevole dell'essenzialità del proprio ruolo, individua proprio nell'interpretazione il momento tipico di evoluzione della "disposizione" in "norma" (cfr. Cassazione civile, Sez. Unite, sentenza del 2 agosto 1994 n. 7194).

però nelle raccolte di leggi reperibili in commercio e consentite all'esame non esisteva!

Segnalato il problema alla Commissione, abbiamo dovuto attendere oltre un'ora affinché il Ministero autorizzasse la divulgazione del testo, stampato con una banca dati a disposizione, in appena 10 esemplari (per circa 2.000 candidati).

La mia tenacia mi ha convinta a non abbandonare ed ho impiegato la prima ora di tempo per preparare lo schema dell'atto, il frontespizio, la procura e la "relata di notifica".

La stessa tenacia mi ha poi anche premiato. Ho, infatti, superato lo scritto e sono stata ammessa all'orale grazie soprattutto – sono costretta ad ammetterlo – alla violazione che una Pubblica Amministrazione ha

commesso di una legge il cui testo era sì consentito consultare, ma pressoché impossibile reperire.

Nulla dice, infine, la norma sulla quantità e qualità di viveri che ciascun candidato può portare con sé.

Il mio consiglio, ai giovanissimi che si preparano, è sempre il medesimo: acqua, non troppa, perché è bene non recarsi con frequenza alla toilette, decisamente mal frequentata da deliranti colleghi, cioccolata fonde (non perché sia meglio, ai fini dell'esame, di quella al latte, ma perché la prediligo di gran lunga) e frutta secca.

Per il resto, attendiamo i regolamenti attuativi, che dovranno essere emanati entro due anni dall'entrata in vigore della legge (sempreché si riesca ad avere in tempo utile un Governo)⁴.

4. Il presente scritto è stato ultimato proprio all'indomani delle elezioni politiche, con l'esito che tutti noi ben conosciamo.

FRANCESCO ABATE

La pec, il cancelliere e il curatore

Aspettando il processo telematico

La legge di stabilità 2013 (l. 24 dicembre 2012, n. 228) contiene la profezia di avvento del regno della giustizia digitale per il giorno 30 giugno 2014. A norma dell'art. 16 *bis*, inserito nel c.d. "decreto sviluppo *bis*" (d. l. 18 ottobre 2012, n. 179 conv. l. 17 dicembre 2012, n. 221), da tale data sarà obbligatorio il deposito telematico degli atti e dei documenti da parte dei difensori nei procedimenti civili contenziosi, di volontaria giurisdizione ed esecutivi (in questi ultimi successivamente al deposito dell'atto iniziale). Nelle procedure concorsuali detto obbligo riguarderà, con la medesima decorrenza, soltanto gli atti del curatore, del commissario del concordato preventivo, del liquidatore della liquidazione coatta, del commissario giudiziale, del commissario giudiziale e del commissario straordinario nelle procedure riservate alle grandi imprese in crisi.

Come tappe del percorso di avvicinamento all'esordio del processo telematico il legislatore ha introdotto previsioni obbligatorie di utilizzo della pec nei procedimenti civili (e, limitatamente alle persone diverse dall'imputato, nei processi penali) per le comunicazioni e le notifiche da eseguirsi dalle cancellerie (art. 16 d. l. n. 179/2012), nelle procedure di fallimento, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa ed amministrazione straordinaria delle grandi imprese (art. 17) e nei nuovi istituti di composizione delle crisi da sovraindebitamento, riservati ai debitori civili ed agli imprenditori non assoggettabili a procedure diverse (art. 18).

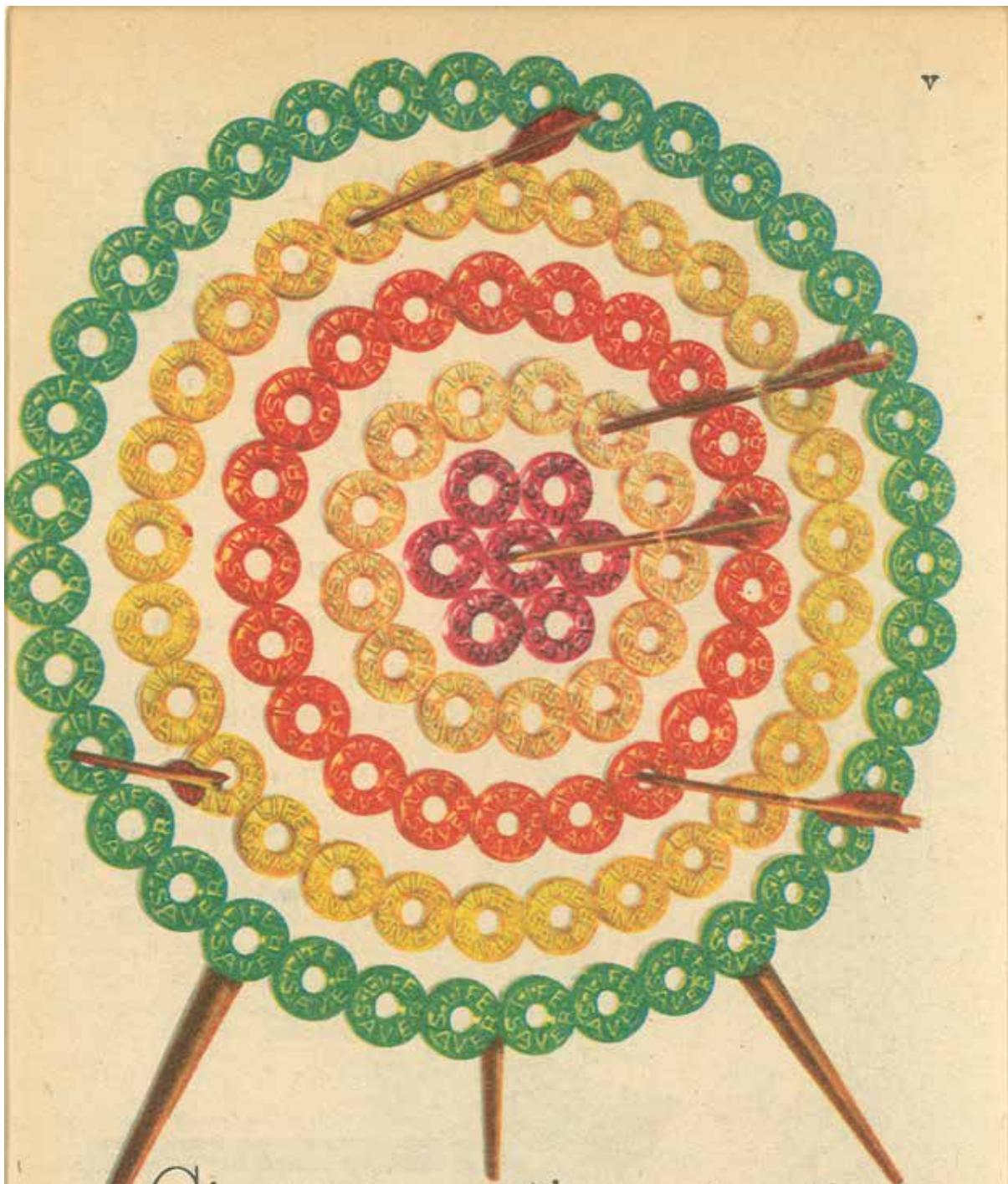
In precedenza, l'utilizzo della pec era stato fatto oggetto delle disposizioni contenute nell'art. 149 *bis* in tema di comunicazioni e notifiche da eseguirsi dall'ufficiale giudiziario.

La pec negli adempimenti delle cancellerie

L'attuazione degli adempimenti delle cancellerie regolati dalle nuove norme di cui al citato art. 16 in

materia civile è scadenzata in fasi successive: le prime due (già operative) interessano comunicazioni e notifiche ai difensori nei procedimenti avanti ai tribunali e alle corti d'appello; la terza (decorrente dal trecentesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore della legge di conversione, 19 dicembre 2012) interesserà comunicazioni e notifiche dirette a destinatari diversi dai difensori nei procedimenti avanti ai suddetti uffici; la quarta comunicazioni e notifiche nei procedimenti avanti ad uffici giudiziari diversi dai tribunali e dalle corti e decorrerà dal quindicesimo giorno successivo a quello di pubblicazione dei decreti ministeriali con i quali verranno individuati gli uffici diversi dai tribunali e dalle corti d'appello nei quali trova applicazione il nuovo sistema di comunicazione. Analoga individuazione degli uffici idonei alla operatività effettueranno appositi decreti ministeriali in relazione a comunicazioni e notifiche a persone diverse dall'imputato nei processi penali: dalla pubblicazione dei provvedimenti decorrerà il termine di quindici giorni, scaduto il quale, il nuovo sistema verrà esteso a detti incombenti.

L'obbligo delle cancellerie riguarda i destinatari i cui indirizzi di pec risultano da pubblici elenchi o comunque accessibili alle pubbliche amministrazioni nonchè le parti che stanno in giudizio personalmente e che comunicano un indirizzo di pec al quale dichiarano di voler ricevere comunicazioni e notifiche relative al procedimento. Per i soggetti che per legge sono tenuti a munirsi di indirizzo di pec e che non hanno provveduto ad istituire o comunicare l'indirizzo stesso, ed, inoltre, in caso di mancata consegna del messaggio per cause imputabili al destinatario, comunicazioni e notifiche saranno eseguite esclusivamente mediante deposito in cancelleria. Quando la notifica o comunicazione a mezzo pec non è possibile per causa non imputabile al destinatario la cancelleria provvede a norma degli artt. 136, 3° co. (comunicazione a mezzo telefax) e 137 e seguenti c.p.c. (notifica ad opera dell'ufficiale giudiziario) e dell'art. 148 e seguenti c.p.p.



Cinque gusti centrati

limoncino, limone, arancio, ananas, amarena
li troverete nel rotolo "cinque gusti"



€ 50

la caramella col buco

Motta
concessionaria per l'europa

La pec nelle procedure concorsuali

Disciplina particolarmente corposa è quella che l'art. 17 cit. introduce, con il metodo della novellazione, nella legge fallimentare, quanto al fallimento, al concordato preventivo ed alla liquidazione coatta, e nel d. lgs. 8 luglio 1999, n. 270, quanto alla amministrazione straordinaria, modificando la fase della istruttoria pre-fallimentare (art. 15 l. fall.) e disciplinando diffusamente le modalità delle comunicazioni del curatore e degli altri organi gestori ai creditori ed ai titolari di diritti su beni appresi alle procedure nonchè la redazione e la trasmissione degli atti (domande, osservazioni, istanze) da parte dei destinatari.

Nel nuovo testo del citato art. 15 (che sarà applicabile ai procedimenti instaurati successivamente al 31 dicembre 2013) si dispone che spetterà, in prima battuta, alla cancelleria il compito di curare la notifica del ricorso e del decreto di convocazione, da eseguirsi all'indirizzo di posta elettronica certificata del debitore quando risulti dal registro delle imprese o dall'Indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata delle imprese e dei professionisti. La cancelleria trasmetterà l'esito del proprio adempimento al ricorrente, al suo indirizzo di p.e.c.; in caso di risultato negativo incomberà sul ricorrente stesso l'onere di provvedere alla notifica a norma dell'art. 107, 1° co. d.p.r. 1229/1959, con esclusione di altre modalità, presso la sede risultante dal registro delle imprese. Ove neppure tale tentativo vada a buon fine la notifica potrà essere eseguita mediante deposito nella casa comunale e si considererà perfezionata nel momento del deposito.

Il descritto coinvolgimento della cancelleria nella fase iniziale del procedimento di notifica non sembra trovi giustificazione negli obbiettivi perseguiti dalla riforma ed anzi appare in controtendenza rispetto a quello di alleviare la condizione degli uffici giudiziari riducendone gli adempimenti. D'altra parte, porre l'onere della notifica soltanto a carico ricorrente assicurerebbe egualmente l'incentivazione dell'uso della pec per effetto delle disposizioni di cui al citato art. 149 *bis* c.p.c. in tema di notifiche da eseguirsi dall'ufficiale giudiziario.

Le comunicazioni nel corso delle procedure

Le disposizioni di maggior rilievo per il loro impatto sul sistema hanno ad oggetto le comunicazioni nelle fasi successive alla apertura dei procedimenti.

Il legislatore ne ha disposto l'applicazione, oltre che nelle procedure aperte dopo la entrata in vigore della legge di conversione (19 dicembre 2012), anche in quelle già pendenti a tale data e nelle quali non erano stati ancora inviati gli avvisi ai creditori ed ai titolari di diritti su beni appresi in funzione della loro partecipazione al concorso previsti negli artt. 92 l. fall. (per il fallimento), 171 (per il concordato preventivo), 207 (per la liquidazione coatta) e 22 d.lgs. n. 270/1999 (per l'amministrazione straordinaria). Nei procedimenti (compresi quelli, più risalenti, soggetti alle disposizioni vigenti prima delle riforme del triennio 2005/2007) in cui detti adempimenti erano già stati eseguiti l'applicazione è differita al 31 ottobre 2013, con obbligo per il curatore e per gli altri organi gestori di provvedere, entro il 30 giugno 2013, a comunicare l'indirizzo di pec della procedura, ad invitare i destinatari a comunicare i rispettivi indirizzi entro tre mesi (ed eventuali variazioni successive) avvertendoli che, in mancanza, le comunicazioni saranno eseguite esclusivamente mediante deposito in cancelleria.

Il nuovo sistema di comunicazioni, in linea con gli obbiettivi di ammodernamento degli aspetti funzionali degli strumenti processuali, svolge con immediatezza efficace opera di incentivazione dell'uso della posta elettronica certificata non solo presso i professionisti ma anche presso gli operatori economici ed altri soggetti per le possibili occasioni di accostarsi al mondo delle procedure. Non altrettanto immediato è l'effetto nei riguardi dell'Amministrazione della Giustizia, com'è desumibile dal differimento all'inizio del 2014 dell'applicazione del nuovo regime delle comunicazioni al debitore nella fase della istruttoria pre-fallimentare.

Comporta certamente un appesantimento degli aspetti organizzativi ed operativi dei compiti dei professionisti chiamati agli incarichi nelle procedure in conseguenza dei nuovi adempimenti e degli ampliamenti degli oggetti delle comunicazioni. La scelta del pieno coinvolgimento di tali soggetti nell'espletamento degli incumbenti richiesti dalla riforma risponde ad una logica di supplenza imposta anche dalla constatazione dell'insufficiente grado di informatizzazione della maggior parte degli uffici giudiziari e dei ritardi nel percorso di attuazione del processo telematico. D'altro canto, nell'attualità, i vantaggi concreti della innovazione, per gli uffici giudiziari, risultano circoscritti all'essere le cancellerie sgravate da una parte dei compiti di competenza grazie ai flussi delle comunicazioni dirette, in entrambi i sensi, tra organi ed utenti. Persiste, infatti, la necessità di utilizzo dello

strumento cartaceo, in particolare, negli uffici (e sono una buona parte) che non hanno anticipato la operatività dei sistemi ministeriali dotandosi di proprie piattaforme telematiche idonee, anche sotto il profilo della sicurezza, alla gestione dei fascicoli dei procedimenti concorsuali.

Ma gli effetti di maggior rilievo riguardano i soggetti coinvolti nelle procedure. Da un lato, le nuove modalità di redazione e di trasmissione, in particolare, delle domande di partecipazione alle procedure possono rendere più difficile la posizione di chi voglia provvedere alla presentazione senza il patrocinio di avvocato. Dall'altro, ed è questo il vero salto di qualità compiuto con la modifica del sistema di comunicazione, i creditori ed i titolari di diritti su beni oggetto di possibile contesa, fruiscono di nuovi strumenti che danno maggiore concretezza al loro diritto all'informazione, in evidente coerenza con il sempre maggior rilievo assegnato a tale diritto in tutti i campi dell'ordinamento.

Gli obblighi del curatore; gli oneri dei creditori

Il nuovo sistema si impernia sulle disposizioni di carattere generale contenute nell'art. 31 *bis*, 1° e 2° co. l. fall., dettate per il curatore ma espressive di un principio valido anche per le altre figure di gestori, e nel comma 2 *bis* aggiunto nel citato art. 17 d.l. n. 179/2012 dal comma 19 della legge di stabilità. Il curatore, il commissario giudiziale del concordato preventivo, il commissario liquidatore della liquidazione coatta ed il commissario giudiziale dell'amministrazione straordinaria (ed anche il commissario straordinario) devono munirsi di indirizzo di pec e comunicarlo al registro delle imprese per la iscrizione nel termine di dieci giorni dalla nomina fissato nel citato comma 2 *bis*. Per intuitive ragioni pratiche si suggerisce la adozione di indirizzi specificamente destinati alle singole procedure. L'adempimento deve essere curato, in termine ragionevolmente sollecito, anche dai professionisti nominati nelle procedure pendenti alla data di entrata in vigore della legge di conversione del d.l. n. 179 cit. (19 dicembre 2012). L'indirizzo pec della procedura deve essere, poi, comunicato ai creditori ed ai titolari di dritti su beni appresi nella prima presa di contatto. Con le disposizioni di cui al citato art. 31 *bis* a carico dell'organo di procedura è posto l'obbligo di effettuare le comunicazioni cui è tenuto per ragioni del suo ufficio ai creditori ed ai titolari di diritti su beni appresi alla procedura stessa a mezzo di pec agli indirizzi da

questi indicati nei casi previsti dalla legge;¹ a carico dei destinatari è posto un onere di comunicazione dei rispettivi indirizzi di pec (e di aggiornamento degli stessi) che, se non assolto, comporterà che le comunicazioni loro dirette siano effettuate esclusivamente mediante deposito in cancelleria (così anche in caso di mancata consegna del messaggio per causa imputabile al destinatario).² Per l'assolvimento di detto onere, nella disciplina del fallimento ed in quella dell'amministrazione straordinaria, è previsto l'inserimento degli indirizzi nelle domande di credito di cui, rispettivamente, agli artt. 93 e 101 l. fall. e 22 d.lgs. n. 270/1999; ma deve ritenersi valida, ed efficace dalla data di ricezione, anche altra forma di comunicazione che raggiunga lo scopo di informare l'organo destinatario. Nel concordato preventivo e nella liquidazione coatta è soltanto fissato il termine, non perentorio, di quindici giorni dalla ricezione dell'avviso.

Nel terzo comma è fatto obbligo al curatore di conservare i messaggi di posta elettronica inviati e ricevuti durante la pendenza della procedura e per l'ulteriore periodo di due anni dalla chiusura della stessa. Analogo obbligo grava sugli altri organi gestori in forza dei richiami contenuti nel nuovo testo del secondo comma dell'art. 171 l. fall. per il commissario del concordato preventivo, nel quarto comma dell'art. 207 l. fall. per il liquidatore della liquidazione coatta e nei nuovi testi del secondo comma dell'art. 22 e del quinto comma dell'art. 28 d. lgs. 8 luglio 1999, n. 270 rispettivamente per il commissario giudiziale e per il commissario straordinario dell'amministrazione straordinaria.

La comunicazione degli avvisi

L'avvio del "dialogo" spetta, com'è ovvio, agli organi delle procedure con la comunicazione degli avvisi di cui agli artt. 92 (per il fallimento), 171 (per il concordato), 207 (per la liquidazione coatta) l. fall. e 22 d. lgs. 8 luglio 1999, n. 270 per l'amministrazione straordinaria. I contenuti di tali avvisi, funzionali, come si è accenna-

1. Il principio trova esplicitazione nell'art. 171, 2° co. l. fall. quanto alle comunicazioni del commissario del concordato preventivo, nell'art. 207, 4° co. l. fall. quanto a quelle del liquidatore nella liquidazione coatta e 22, 2° co. d. lgs. n. 270/1999 quanto a quelle del commissario giudiziale nell'amministrazione straordinaria.

2. La disposizione è ripresa nelle norme di cui agli artt. 92 e 93 l. fall. per il fallimento e nelle altre disposizioni di cui alla nota precedente.

to, a consentire l'esercizio dei diritti di partecipazione al concorso e, nel concordato, del diritto di voto, risultano modificati ed arricchiti per effetto delle consistenti modifiche introdotte e devono contenere: a) la comunicazione dell'indirizzo di posta elettronica della procedura; b) la sollecitazione dei destinatari a comunicare i rispettivi indirizzi di pec, e le eventuali variazioni successive, accompagnata dal preannuncio che le successive comunicazioni saranno trasmesse a tali indirizzi e dall'avvertimento relativo alle conseguenze (art. 31 bis, 2° co. cit.) della omissione della indicazione e dell'omesso aggiornamento nonché della mancata consegna di messaggi per causa imputabile ai destinatari stessi; c) l'indicazione delle modalità di redazione e di trasmissione direttamente allo scrivente (non più alla cancelleria), di domande, osservazioni, istanze.

Per la trasmissione degli avvisi va obbligatoriamente preferito l'utilizzo della pec per i destinatari dei quali il relativo indirizzo risulti dal registro delle imprese o dall'indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata delle imprese e dei professionisti; in ogni altro caso vanno utilizzati i mezzi tradizionali della lettera raccomandata o del telefax.

L'atto di cui al nuovo testo dell' art. 92, 1° co. l. fall., da inviarsi dal curatore, deve essere ripensato nel contenuto per l'adeguamento alla previsione normativa, dato che di detto comma rimane invariato soltanto il n. 2. Inoltre, le modifiche dell'articolo successivo comportano la ri - formulazione dei testi elaborati nella vigenza della precedente disciplina: in particolare, si deve dare adeguata evidenziazione alle modalità di trasmissione al curatore delle domande e di redazione delle stesse secondo quanto prescrive il nuovo testo del citato art. 93, 2° co. nonché all'avvertimento sulle conseguenze dell'inosservanza di tali modalità, specialmente alla luce prassi di ritenere irricevibili le domande difformi da dette prescrizioni.

Gli avvisi del commissario liquidatore e del commissario dell'amministrazione straordinaria non presentano difformità dallo schema generale, salve le specificità di alcuni aspetti dei contenuti legate alle peculiarità delle procedure.

Nella disciplina dell'avviso da inviarsi dal commissario del concordato preventivo manca il richiamo delle modalità di redazione e di trasmissione delle domande, dato che in tale procedura non v'è formazione dello stato passivo e che nulla è innovato quanto all'invio delle dichiarazioni di voto dopo la chiusura dell'adunanza dei creditori, che devono essere eseguite mediante telegramma, lettera, telefax o posta elettronica diretti alla cancelleria (art. 178, 4° co. l. fall.).

Le domande dei creditori e dei titolari di diritti su beni appresi

Il nuovo testo dell'art. 93 l. fall. contiene le norme che disciplinano la redazione, i contenuti e la trasmissione delle domande di ammissione al passivo nel fallimento. Le innovazioni (confermata, peraltro, la facoltà del creditore di sottoscrivere l'atto personalmente, senza il patrocinio di avvocato) prevedono che il ricorso, in ogni caso, debba essere formato a norma dell'art. 21, 2° co.³ (cioè con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale) o dell'art. 22, 3° co.⁴ d. lgs. 7 marzo 2005, n. 82 e successive modificazioni (cioè per scannerizzazione della firma apposta sull'originale cartaceo).

Altra novità riguarda l'onere di indicazione dell'indirizzo di pec al quale ricevere le comunicazioni e che non deve essere necessariamente quello proprio del creditore.

Unitamente al ricorso vanno trasmessi, con la stessa modalità, i documenti giustificativi. La peculiarità del regime di circolazione dei titoli di credito ha richiamato l'attenzione del legislatore che è nuovamente intervenuto sul testo dell'art. 93, 2° co. (con il citato comma 19 della c.d. legge di stabilità 2013) disponendo che, qualora si tratti di tali tipi di documenti, gli originali debbano essere depositati in cancelleria.⁵

Come si è anticipato, la novella ha modificato il regime di presentazione delle domande disponendone la trasmissione a mezzo pec direttamente al curatore all'indirizzo della procedura.

A causa di un evidente difetto di coordinamento, non è stata modificata, nell'art. 16, n. 5 l. fall. (che elenca le disposizioni da inserire nella sentenza dichiarativa di fallimento), l'inciso relativo alla "presentazione in

3. "Il documento informatico sottoscritto con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale, formato nel rispetto delle regole tecniche di cui all'art. 20, comma 3, che garantiscano l'identificabilità dell'autore, l'integrità e l'immodificabilità del documento, ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del codice civile. L'utilizzo del dispositivo di firma elettronica qualificata o digitale si presume riconducibile al titolare, salvo che questi dia prova contraria."

4. "Le copie per immagine su supporto informatico di documenti originali formati in origine su supporto analogico nel rispetto delle regole tecniche di cui all'art. 71 hanno la stessa efficacia probatoria degli originali da cui sono tratte se la loro conformità all'originale non è espressamente disconosciuta."

5. L'immutato testo dell'ultimo comma del citato art. 93 consente al creditore di ottenere dal giudice provvedimento di restituzione degli originali con l'annotazione dell'avvenuta presentazione della domanda di ammissione al passivo, previa formazione di copie trattenute dal cancelliere.

cancelleria” delle domande di insinuazione; ma non v’è dubbio che tale locuzione debba intendersi sostituita con quella “trasmissione al curatore”.

In forza del rinvio all’art. 93 contenuto nell’art. 101, 2° co. l. fall. le disposizioni in esame si applicano anche alle domande di ammissione al passivo e di quelle di rivendica di beni mobili e immobili proposte in via tardiva, rammentando in proposito che il testo del primo comma del citato art. 101 è stato ora emendato nell’inciso che faceva riferimento al deposito in cancelleria delle domande in questione per adeguarlo alla regola di trasmissione a mezzo pec al curatore.

Il regime sopra descritto di redazione e di proposizione degli atti di parte vige anche nella procedura di amministrazione straordinaria: il richiamo operato dall’art. 53, 1° co. l. d. lgs. n. 270/1999 dell’art. 93 l. fall. (e delle altre norme che disciplinano la formazione dello stato passivo nel fallimento) comporta il recepimento anche delle modificazioni nel frattempo intervenute.

Ad analoga conclusione si deve pervenire quanto alla proposizione, nella liquidazione coatta amministrativa, degli atti di esercizio dei diritti di credito e dei diritti su beni appresi alla procedura pur in mancanza di un richiamo espresso delle norme contenute nel più volte citato art. 93. Nel particolare sistema di formazione dello stato passivo proprio di tale procedura, infatti, le osservazioni e le istanze che creditori e titolari di diritti sui beni possono proporre a norma dell’art. 207, 3° co. l. fall. (ora mediante pec) a fronte della comunicazione del commissario relativa alle somme risultanti a loro credito o a cose mobili possedute dall’impresa hanno, sotto il profilo in esame, la stessa valenza ed efficacia delle domande proposte dai creditori e dai titolari di beni appresi in funzione della formazione dello stato passivo nel fallimento.⁶

Come si è accennato in precedenza, in ordine alle conseguenze dell’inosservanza delle nuove disposizioni in tema di redazione e di trasmissione delle domande (e di altri atti di parte), si va diffondendo e consolidando la tesi che ritiene irricevibili i documenti presentati in formato cartaceo in cancelleria o presso il curatore, con il temperamento di onerare il cancelliere della trasmissione del documento al curatore, a sua volta

6. Nel concordato preventivo l’utilizzo della pec da parte dei creditori (peraltro non fatto oggetto di previsioni espresse ma implicitamente prescritto dalla *ratio* del nuovo sistema anche alla luce dell’obbligo di comunicazione del proprio indirizzo di pec imposto al commissario) risulta limitato alla trasmissione di eventuali istanze, osservazioni e segnalazioni dirette allo stesso commissario.

obbligato ad invitare il creditore alla regolarizzazione anche nel caso di atto a lui direttamente inviato.

Com’è appena il caso di accennare, nulla è innovato quanto alla disciplina dei ricorsi introduttivi di fasi contenziose, quali le impugnazioni dello stato passivo (che sono oggetto delle immutate disposizioni di cui agli artt. 98 e 99 l. fall., richiamate dal citato art. 209, 2° co. per la liquidazione coatta e dall’art. 53, 1° co. d. lgs. n. 270/1999 per l’amministrazione straordinaria) il reclamo di cui all’art. 26 l. fall. (richiamato dall’art. 129, 2° co. l. fall. per il giudizio di omologa del concordato fallimentare e per le relative opposizioni), la costituzione nel giudizio di omologa del concordato preventivo e le opposizioni (art. 180 l. fall.).⁷

L’applicazione del nuovo sistema nelle varie fasi

Come si è accennato in premessa, il nuovo sistema di comunicazione mostra il suo aspetto di maggiore qualità proprio nella parte dedicata agli adempimenti degli organi gestori nel contesto della informazione dei creditori e degli altri utenti.

Le numerose modifiche puntualmente operate delle disposizioni che disciplinano la comunicazione nelle varie tappe in cui si snoda il percorso delle procedure sono riconducibili ad un tratto comune: il “vecchio” strumento di invio dell’avviso che è stato depositato un atto o provvedimento viene sostituito con la trasmissione di copia del documento depositato all’indirizzo di pec del destinatario. E la qualità delle innovazioni acquista risalto ancora maggiore nei casi in cui la trasmissione ai creditori viene prescritta *ex novo* in relazione ad atti del cui deposito non era disposta alcuna forma di comunicazione ai creditori (come accadeva, nella liquidazione coatta, quanto alla relazione del liquidatore di cui all’art. 205 l. fall. e, nella amministrazione straordinaria, quanto al programma di cui all’art. 59 d. lgs. n. 270/1999 ed alle relazioni previste nel successivo art. 61 del commissario straordinario) o era disposta la semplice affissione dell’avviso di deposito (art. 75 d. lgs. n. 270 cit.).

7. Una volta instaurati i procedimenti troveranno applicazione le nuove norme introdotte dall’art. 16 d. l. n. 179 in tema di comunicazioni e notificazioni per via telematica, a far tempo dalle date indicate nel nono comma, e quelle recate dal successivo art. 16 *bis* che disciplinano il deposito telematico degli atti processuali nei procedimenti civili a decorrere dal 30 giugno 2014.

In questo radicale cambio di prospettiva si veicola l'informazione, con il massimo di completezza, sino al domicilio o alla residenza del destinatario invece di sollecitare lo spostamento dell'interessato per l'accesso alla fonte.

Di non minore rilievo è il potenziamento della trasparenza delle operazioni di gestione delle quali viene agevolata la piena conoscenza.

Si ottiene, inoltre, il risultato non secondario di snellire i compiti degli uffici di cancelleria anche attraverso la riduzione della necessità degli utenti di richiedere copie degli depositati.

Il nuovo sistema, prescritto in via generale nelle citate norme portate dall'art. 31- *bis*, viene ripreso e dettagliato in numerose disposizioni delle quattro procedure in esame, con riguardo, tra l'altro, a *sub* – procedimenti di particolare rilievo, quali la formazione dello stato passivo, la ripartizione dell'attivo, la discussione del rendiconto, la esdebitazione, nonché a relazioni, pareri, programmi, bilanci.

Nel fallimento

Con particolare riguardo al fallimento, va citato l'obbligo aggiuntivo del curatore di trasmettere ai creditori i rapporti semestrali e le eventuali osservazioni del comitato dei creditori previsti nell'art. 33, 5° co.

Sono oggetto di modifiche le disposizioni di cui all'art. 95, 2° co. e all'art. 97 l. fall in tema di formazione dello stato passivo. L'intervento sulla prima norma riguarda: a) l'obbligo del curatore di deposito in cancelleria del progetto di stato passivo e, in coerenza con il nuovo sistema di trasmissione, delle domande; b) l'obbligo dello stesso curatore di provvedere alla trasmissione di copia del progetto ai creditori ed ai titolari di diritti su beni appresi all'attivo che hanno assolto l'onere di indicazione dei rispettivi indirizzi di pec a tali indirizzi, nel rispetto del termine, fissato anche per il deposito in cancelleria, di almeno quindici giorni prima dell'udienza;⁸ c) il richiamo dell'art. 93, 2° co. cit. per le modalità di presentazione di osservazioni scritte e documenti integrativi e la fissazione del termine di cinque giorni prima dell'udienza per tale presentazione.

8. Il deposito in cancelleria dei documenti cartacei ne consente l'esame ai creditori che non hanno comunicato gli indirizzi di pec ma non li esonera dall'osservanza delle modalità prescritte per la presentazione di osservazioni e nuovi documenti.

Con l'introduzione dell'obbligo di comunicazione ai creditori ed ai titolari di diritti sui beni appresi all'attivo viene ripristinato, con l'aggiornamento connesso al nuovo sistema di comunicazioni, il testo dell'art. 95 qual era nel d. lgs. n. 5/2006 prima delle modifiche apportate con il c.d. decreto correttivo; analoga operazione di ripristino viene attuata con la fissazione del menzionato termine di cinque giorni.

La modifica del sistema di comunicazione dopo la dichiarazione di esecutività dello stato passivo (art. 97 l. fall.) consiste nella prescrizione di trasmetterne copia a tutti i ricorrenti informandoli della facoltà di proporre opposizione in caso di mancato accoglimento della domanda. Tale comunicazione, pur in mancanza di espressa menzione nella norma del nuovo mezzo, alla luce della previsione di carattere generale contenuta nel primo comma dell'art. 31 *bis* deve essere eseguita agli indirizzi di pec indicati.⁹

Nel successivo art. 102 (Previsione di insufficiente realizzo) è inserito, nel terzo comma, l'obbligo del curatore di trasmettere ai creditori, agli indirizzi di pec da loro indicati, copia del decreto con cui il Tribunale dispone non farsi luogo al procedimento di accertamento del passivo.

Nella disciplina del *sub* – procedimento di ripartizione dell'attivo è disposto che dell'avvenuto deposito del progetto in cancelleria sia data comunicazione ai creditori a mezzo pec mediante trasmissione di copia del documento depositato (art. 110, 2° co. l. fall.).

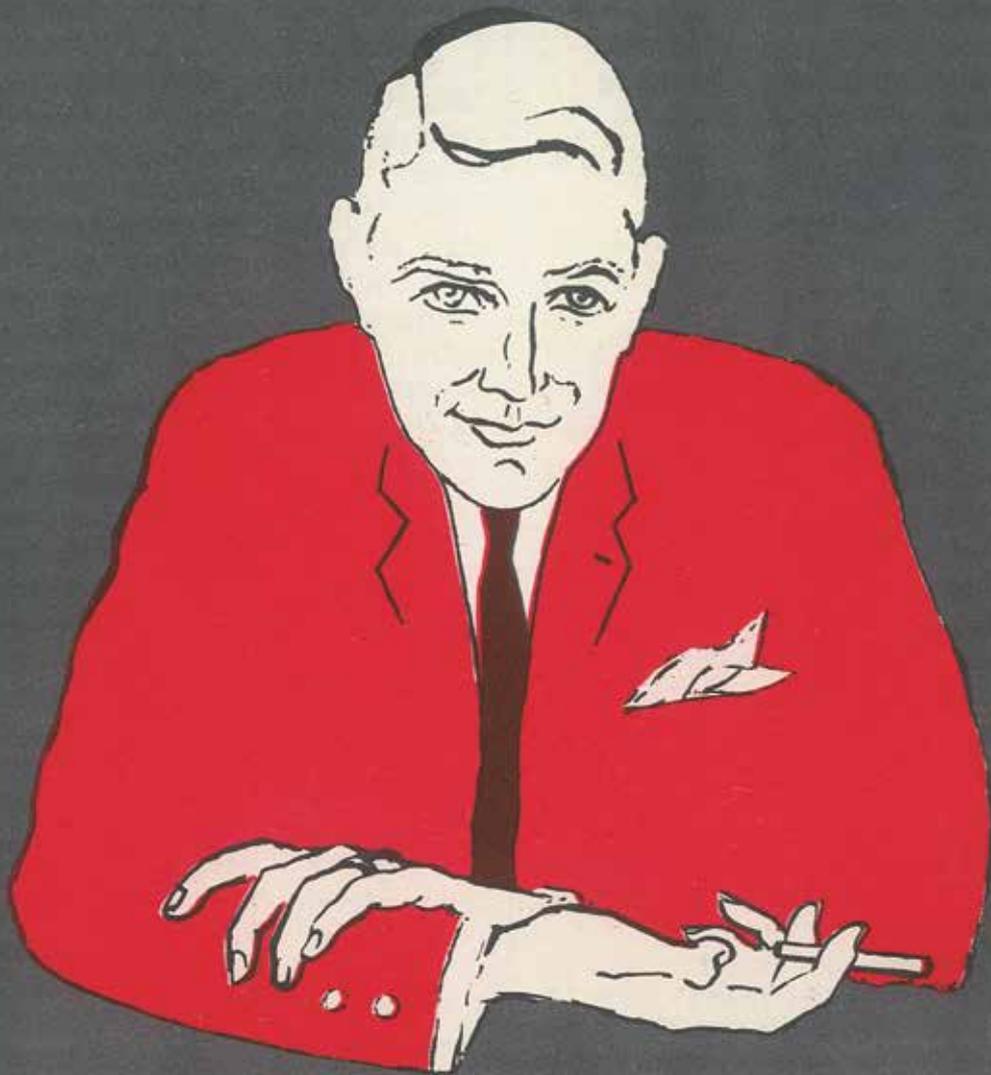
In quello di rendiconto (art. 116, 2° e 3° co. l. fall.) è introdotto l'obbligo del curatore di effettuare la comunicazione alle categorie di creditori indicate nella norma dell'avvenuto deposito del conto e della data dell'udienza (che non può essere tenuta prima di quindici giorni dalla comunicazione) a mezzo pec; l'obbligo comprende l'invio di copia del conto stesso e l'avviso che possono essere presentate osservazioni o contestazioni con le modalità indicate nel secondo comma dell'art. 93 sino a cinque giorni prima dell'udienza. È, poi, disposta la comunicazione al fallito del rendiconto e della data dell'udienza con modalità telematica e, se questa non è possibile, a mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento.

Nel concordato fallimentare l'onere di l'indicazione dell'indirizzo di posta elettronica è posto a carico del

9. Nei casi in cui l'obbligo di comunicazione ai creditori riguarda atti o provvedimenti per i quali è prescritto anche il deposito in cancelleria appare del tutto superfluo un nuovo deposito come modalità destinata a coloro che non hanno assolto l'onere di indicazione dei propri indirizzi di pec.

Arden

for men



proponente quando la proposta proviene da un terzo; anche in tal caso si applicano le regole poste dall'art. 31 *bis*, 2° *co.*, come dispongono i periodi aggiunti al primo comma dell'art. 125 l. fall. L'utilizzo della pec è, inoltre, prescritto: a) nell'art. 125, 2° *co.* per la comunicazione, mediante trasmissione di copie, ad opera del curatore della proposta e dei pareri e del decreto del giudice (con le note conseguenze per coloro che non hanno provveduto alla comunicazione dell'indirizzo di pec); b) nell'art. 129, 2° *co.* per la comunicazione della intervenuta approvazione della proposta al proponente affinché richieda l'omologazione ed ai creditori dissenzienti nonché al fallito, prevedendosi per quest'ultimo che, se non è possibile la comunicazione telematica, la notizia dell'approvazione vada comunicata a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento. Come nel concordato preventivo, non è innovato il sistema di manifestazione del dissenso, non essendo state modificate le disposizioni dettate in proposito dagli artt. 125, 2° *co.* e 128, 2° *co.*

Nel procedimento per esdebitazione è sancito (periodo aggiunto nel primo comma dell'art. 143 l. fall.) l'obbligo del curatore di effettuare la comunicazione ai creditori del ricorso del debitore e del decreto del tribunale mediante trasmissione di copie a mezzo pec. Con tale innovazione il legislatore ha inteso rimediare alla dichiarazione di incostituzionalità dello stesso art. 143 nella parte in cui non prevedeva oneri di notifica ai creditori concorrenti non integralmente soddisfatti del ricorso del debitore e del decreto col quale il giudice fissa l'udienza in camera di consiglio (Corte Cost. sentenza n. 181 del 30 maggio 2008).

Nel concordato preventivo

Nella disciplina del concordato preventivo l'utilizzo della pec è disposto nell'art. 172 l. fall. per la comunicazione ai creditori, mediante trasmissione di copie, della relazione del commissario nello stesso termine prescritto per il deposito in cancelleria che è ora di dieci giorni (non più tre) prima dell'adunanza e della relazione prevista nel procedimento per revoca dell'ammissione al concordato (art. 173 l. fall.).

Risulta omessa la disciplina della comunicazione dell'avviso che il commissario, a norma del secondo comma aggiunto nell'art. 179 don il d. l. n. 83/2012, è tenuto a dare ai creditori quando rileva che dopo l'approvazione del concordato sono mutate le condizioni di fattibilità del piano. Trattasi di relazione destinata a consentire ai creditori di modificare il voto espresso

costituendosi nel giudizio di opposizione: pur in assenza di specifica previsione (evidente frutto di svista) la comunicazione ne va effettuata, in coerenza con la logica del sistema, a mezzo pec.

Rilevanti disposizioni innovative sono introdotte nell'art. 182: il liquidatore deve redigere i rapporti semestrali (previsti nell'art. 33, 5° *co.*, primi tre periodi) contenenti il riepilogo delle attività svolte, con indicazione di tutte le informazioni raccolte, ed il conto della gestione; trasmetterne copia al comitato dei creditori ed altra copia, a mezzo pec, al commissario, a sua volta onerato della trasmissione ai creditori con lo stesso mezzo.

Nella liquidazione coatta

Nella disciplina della liquidazione coatta un nuovo adempimento del liquidatore è previsto nel periodo aggiunto nel secondo comma dell'art. 205 l. fall. dov'è prescritto che il liquidatore stesso trasmetta copia delle proprie relazioni semestrali, unitamente agli estratti conto dei depositi, al comitato di sorveglianza, successivamente altra copia, con allegate eventuali osservazioni del comitato di sorveglianza, per via telematica all'ufficio del registro delle imprese ed inoltre ai creditori ed ai titolari di diritti sui beni a mezzo pec.

In sede di formazione dello stato passivo è disposto che il liquidatore trasmetta a mezzo pec copia del l'elenco dei crediti ammessi o respinti a coloro (creditori o titolari di diritti su beni appresi all'attivo) la cui pretesa non sia stata in tutto o in parte ammessa (nuovo testo dell'art. 209, 1° *co.* l. fall.).

Nel *sub* – procedimento di chiusura della liquidazione è prescritto che dell'avvenuto deposito in cancelleria degli atti di cui al primo comma dell'art. 213 l. fall. (bilancio finale di liquidazione, conto della gestione e piano di riparto tra i creditori, relazione del comitato di sorveglianza) sia data comunicazione ai creditori ammessi al passivo ed ai creditori pre – deducibili con le modalità di cui all'art. 207, 4° *co.* (cioè mediante trasmissione di copie agli indirizzi di pec comunicati) anziché con quelle di cui al terzo comma dell'art. 26 (come era previsto nel secondo comma dell'art. 213 ora modificato).

Analoga sostituzione del richiamo delle modalità di comunicazione di cui al citato art. 26, 3° *co.* con quelle di cui all'art. 207, 4° *co.* è operata nel successivo art. 214, 2° *co.* in tema di concordato.

Nell'amministrazione straordinaria

Nella disciplina dell'amministrazione straordinaria, la relazione sugli oggetti elencati nel primo comma dell'art. 28 d. lgs. n. 270/1999 che il commissario giudiziale deve depositare in cancelleria unitamente allo stato analitico ed estimativo delle attività ed all'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione entro trenta giorni dalla dichiarazione dello stato di insolvenza va trasmessa in copia, a cura dello stesso commissario, ai creditori ed ai titolari di diritti su beni a mezzo pec agli indirizzi da loro indicati entro il termine di dieci giorni dal deposito in cancelleria, secondo dispone il nuovo testo dell'art. 28, 5° co. d. lgs. n. 270 cit.¹⁰

Nelle disposizioni del capo V del Titolo III del decreto legislativo testé citato dedicate al programma del commissario straordinario viene potenziato il regime di comunicazione: in funzione del più agevole esercizio del diritto dei creditori di avere adeguata conoscenza del programma depositato viene introdotto l'obbligo del commissario straordinario di inviarne copia (con la indicazione della eventuale mancanza di parti per ragioni di riservatezza) agli indirizzi di pec dei creditori stessi nel termine di dieci giorni dal deposito in cancelleria. Quanto al debitore ed ai terzi rimane la semplice previsione del diritto di prendere visione del documento depositato e di estrarne copia (art. 59, 2° co. d.lgs. n. 270 cit.)

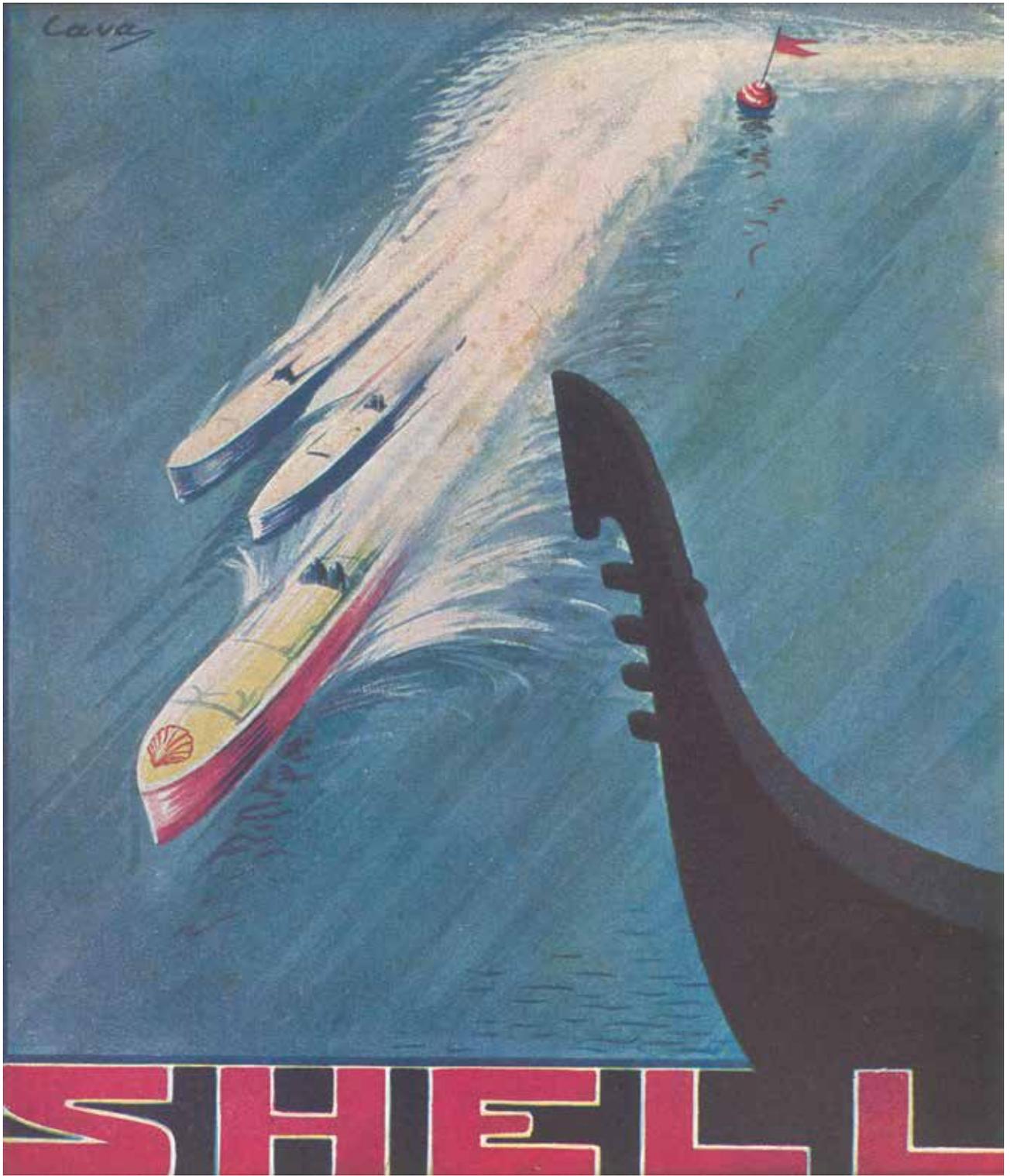
Analoga funzione hanno gli obblighi del commissario di trasmettere agli indirizzi di pec dei creditori copie delle relazioni trimestrali e della relazione finale aventi ad oggetto le attività di esecuzione del programma (art. 61, 4° co. d. lgs. n. 270) e del bilancio finale della procedura e del conto della gestione (art. 75, 2° co. stesso d. lgs.) nel termine di dieci giorni dai rispettivi depositi in cancelleria. La decorrenza del termine di venti giorni per la proposizione di contestazioni avverso il bilancio ed il rendiconto avanti al tribunale viene differenziata con riferimento alla comunicazione dell'avviso quanto al debitore, alla trasmissione delle copie quanto ai creditori e all'affissione dell'avviso quanto agli altri interessati (art. 75 cit. 3° co.).

10. Rimangono immutati l'obbligo del commissario di trasmettere copia della relazione al Ministero dell'Industria e quello del cancelliere di curare l'affissione di avviso dell'avvenuto deposito in cancelleria. La facoltà di prendere visione della relazione e di estrarne copia è confermata a favore dell'imprenditore insolvente e di ogni altro interessato.

Negli istituti di composizione delle crisi da sovraindebitamento

Nella disciplina dei procedimenti di composizione delle crisi da sovra – indebitamento (riscritta, come si è accennato, con il citato art. 18 d. l. n. 179/2012), in considerazione delle caratteristiche di maggiore semplificazione di tali procedure e della qualità dei soggetti coinvolti, l'utilizzo della pec è disposto in misura notevolmente più contenuta e, specialmente con riguardo alla posizione dei creditori, sancendo la sostanziale equivalenza della pec e degli strumenti tradizionali nella presentazione delle domande e nella comunicazione degli assensi alle proposte dei debitori. Con previsione di carattere generale (nuovo testo dell'art. 15, 7° co. l. n. 3/2012) è disposto l'uso della pec per le comunicazioni disposte dal giudice da eseguirsi ad opera dell'organismo di composizione della crisi quando l'indirizzo del destinatario risulta dal registro delle imprese o dall'indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata delle imprese e dei professionisti (in mancanza si provvede a mezzo telefax o lettera raccomandata).

Di particolare interesse sono le disposizioni della procedura di liquidazione del patrimonio con le quali è disposto (art. 14 *sexies*) che il liquidatore invii ai creditori ed ai titolari di diritti su beni appresi un avviso che possono partecipare alla liquidazione depositando o trasmettendo anche a mezzo pec (purchè vi sia prova della ricezione) domanda di partecipazione avente il contenuto previsto nell'articolo successivo e, che, in particolare, rechi l'indicazione dell'indirizzo di posta elettronica certificata o del numero di telefax o l'elezione di domicilio in un comune del circondario ove ha sede il tribunale competente con l'avvertenza che, in mancanza, le successive comunicazioni verranno eseguite esclusivamente mediante deposito in cancelleria.





Lo SAI? C'è uno studio a Venezia...

Quanti sono i modelli di organizzazione di uno studio professionale nel nostro paese?

In teoria uno per ciascuno degli iscritti ai diversi Albi; in pratica se ne osservano una decina. E questo perché l'innato individualismo (che spesso costituisce una qualità del libero professionista) è costretto a fare i conti con una domanda di servizi diversificata e molto esigente.

Così, poco più di vent'anni fa nascevano le grandi *law firm*, per rispondere alle esigenze di privatizzazione di alcuni grandi enti, alla fusione dei gruppi bancari, agli investimenti stranieri.

All'opposto, non è mai scomparso il solista accanito, sia esso professore universitario di chiarissima fama o il ragioniere di paese che, assieme alla tenuta dei conti, elargisce i consigli di buon senso necessari alla vita economica di quella comunità, quanto e forse più delle sofisticate architetture societarie.

Tra questi due estremi si collocano diversi modelli di lavoro condiviso, a volte solo in comunione di spese, più spesso in associazione professionale.

In ogni caso, la fantasia organizzativa ha sempre fatto aggio rispetto al ripetuto tentativo del legislatore di mettere il suo cappello su di una categoria numerosa, frastagliata, troppo frequentemente stritolata da un fisco esoso e da una considerazione sociale non certo esaltante.

Nel caso di chi scrive queste note non si è fatto ricorso alla fantasia, ma alla volontà di rispondere a quella che ci sembra essere una esigenza, legata alla nascita del Tribunale delle imprese.

Si narra che quello che consideriamo oggi il più importante studio italiano sia nato a seguito di una telefonata di un professore genovese ad un avvocato milanese che non conosceva, per affrontare insieme il grande tema delle privatizzazioni.

Nel nostro caso, un professore di Venezia ha telefonato ad un avvocato di Verona che conosceva benissimo, per cercare una risposta comune alla nuova organizzazione territoriale della giurisdizione in tema di imprese. Naturalmente non possiamo sperare di ottenere il

grande successo incontrato dal professore genovese e dall'avvocato milanese, ma saremo soddisfatti se riusciremo a dar vita ad uno studio effettivamente presente sul territorio e sufficientemente attrezzato per gli scopi che si propone.

La concentrazione presso le sedi delle Corti di Appello dei Tribunali per le imprese determina infatti esigenze nuove nell'organizzazione del servizio necessario ad una risposta professionale di qualità.

Sembra infatti evidente che il nuovo organismo sia chiamato ad accentuare le specializzazioni necessarie per rispondere alle esigenze, sempre complesse, delle società commerciali, aprendo così la strada ad un consolidamento degli orientamenti giurisprudenziali che offra qualche matura certezza sulla decisione attesa.

Alla specializzazione del giudicante deve necessariamente corrispondere la preparazione multidisciplinare dei difensori delle parti, difensori a cui non si richiede solo di conoscere approfonditamente le questioni giuridiche che insorgono nella vita delle imprese, ma di offrire una prospettazione completa ed articolata di tali problematiche.

Solo così l'operatore economico sarà in grado di ricevere la consulenza necessaria per decidere se affrontare o meno un giudizio oneroso e, a volte, decisivo per la vita della società.

E ciò è tanto più vero in un settore quale il conflitto societario, nel quale si deve trovare soluzione alle questioni giuridiche, ma soprattutto si deve offrire la migliore soluzione possibile al problema che sottostà al diritto. Ed il problema è spesso costituito dalla necessità di escludere un socio, dall'opportunità di divenire maggioranza e di governare la società, dalla necessità di eliminare gravi irregolarità gestionali, dalla ristrutturazione complessa del debito dell'impresa, dalla programmazione fiscale di ogni operazione e dalla difesa rispetto alle pretese spesso infondate o eccessive della Amministrazione finanziaria.

Non sono molti nella nostra regione, gli studi in grado di offrire queste risposte e, quasi sempre, sono studi diretti da amici.



Così con Aldo L., Gianni T., Giuliano P., Giuseppe M., Marcello M., Mario M., Massimo M., Matteo d.P., Maurizio d.A, Riccardo C., Stefano D. (e altri) la competizione si farà ancora più stimolante, visto che ciascuno di loro si è già organizzato per rispondere alle nuove esigenze.

Per tutti questi motivi dunque abbiamo dato origine alla SAI (Studi Associati per le Imprese) sulla quale ci aspettiamo qualche battuta di spirito per l'acronimo, ma buona attenzione dalle imprese venete, molta sana competizione e molta collaborazione con i valenti amici-avversari, cosicchè si possa dire che il Veneto offre in questo settore una classe forense preparata alle necessità della regione economicamente più importante d'Italia.

La nostra sede è a Venezia, vicino al Tribunale.

Una scelta controcorrente rispetto a chi ha trovato spazi professionali nell'entroterra.

Ma spesso le scelte controcorrente sono per gli avvocati una buona occasione.



*Associazione Italiana
delle Aziende Familiari*

Avv. Lamberto LAMBERTINI
Studio Legale
Lambertini & Associati
Corso Cavour, 44
37121 Verona

Milano, 26 novembre 2012

Gentile Avvocato,

desidero anzitutto ringraziarla molto per il supporto che ci ha dato nella fase organizzativa del Convegno Nazionale delle Aziende Familiari, ma anche per la Sua partecipazione alla Tavola Rotonda "Lo sviluppo manageriale nelle imprese familiari".

Il Suo intervento professionale e concreto, apprezzato da tutti i presenti, ha contribuito non poco a definire il tema e al successo dell'evento e di questo Le sono grato.

Con l'auspicio che in futuro si creino nuove ulteriori occasioni di collaborazione, Le invio, gentile Avvocato, i miei migliori e più cordiali saluti.

Maurizio Sella

22 Cronaca

LA NOVITÀ. Debutteranno gli "angeli blu" a pochi passi dalla base Usa

Effetto Dal Molin Aprire una scuola per cheerleaders

Battesimo per il primo gruppo di ragazze ponpon. Dopo mesi in garage, da febbraio inizieranno lezioni in palestra. Pronto anche il "codice etico"

Roberto Luciani

Due all'ed una corona blu nobile come logo. C'è voluto un anno e mezzo di lavoro ma ora, finalmente, le Blues Angel Cheerleaders si apprestano a spiccare il volo. Un primo gruppo, un mappamondo di ragazze brasiliane, ungheresi e italiane, è già formato, ma la scuola partirà il 4 febbraio nella palestra di via Stadio a Retortogole, non molto distante dall'ex Dal Molin, e dopo un tirocinio che più pluriennale non si potrebbe, ovvero nel garage di casa di Anna Orlando, l'insegnante, trasformato in una allegra sala prove.

Lei, bimbidissima e seriosissima impietosa di giorno, ha dedicato al progetto - perché tale è - un minuto del suo tempo libero curando nei dettagli non solo le coreografie e gli stacchi musicali da 2 a 10 minuti, ma anche la divisa e i pon pon. Con l'aiuto di alcuni amici, diventati poi soci nella sfida, ha filmato ogni cosa e raccolto in

numerosi faldoni tutte le prove per ciascun dettaglio. Sveziosi compresi. Già, si fa presto a dire cheerleaders: «Vero. Noi non siamo majorettes e non facciamo piramidi o cose acrobatiche. Come le cheerleaders delle più famose squadre americane la nostra è danza in linea».

Una differenza non da poco, anzi un solco se raffrontato a quanto si vede in giro. Scordatevi scarpe da ginnastica, magliettine bianche, o tute da ginnastica, almeno fuori dalla palestra, nelle manifestazioni ufficiali. Questo è un ballo dove si usano rigorosamente stivali a tacco quadrato, divise diverse a seconda dell'occasione - dalla partita, all'inaugurazione di un centro commerciale - e pon pon così particolari che per realizzarli ci sono volute ore e ore di "spionaggio" sui video insieriti in YouTube: «Sembra una stupidaggine ma questi sono brevettati dalle singole società a stelle e strisce e dunque non sono in vendita al pubblico. Quello che si

trova sono i banali a coda di vacca con fettucce di carta, qui invece abbiamo fatto tentativi su tentativi per avvicinarci alla realtà: nylon, nastri, stoffa. Basta pensare che per ogni capo dell'attrezzo ci vuole un'ora di stroppciamento per avere l'effetto di quelli americani». Per non parlare dei metri e metri di materiale utilizzati e di tutti i tentativi per arrivare alla splendida divisa di Anna. Un incentivo anche all'economia. «Tutto secondo le regole, non a caso abbiamo lavorato con molte aziende e artigiani. L'obiettivo è quello di arrivare a 40 elementi coinvolgendo più avanti anche le famiglie americane in procinto di arrivare a Vicenza. Tra l'altro, avremo un codice etico per rimarcare la serietà dell'impegno. Perché siamo aperte a tutti, ma chi vorrà fare la cheerleader dovrà seguire comportamenti precisi. La prima? Il sorriso. È fondamentale. Guai dimenticarsene».

Parla l'ideatrice

«Partono le selezioni Già tante le adesioni»

Vi ricordate le splendide cheerleaders dei Dallas Cowboys? Un mare bianco che ha fatto sognare tutti i tifosi italiani del football americano. Ci vorrà del tempo, ma il diadema di Madonna e talento naturale di Anna Orlando, sovrano preparato possiede strumenti, in ha sempre sorriso anche quando era appena in sala crederci. «Affiliazione è stata tale che oggi alcune ragazze si fanno un curriculum di chiodovetti per ballare. E dopo la



Anna Orlando nel volantino

distribuzione dei volantini abbiamo ricevuto tantissime telefonate, anche di chiacchiere per partecipare e a

inaugurazione commerciali. Lo spirito è questo, ma ogni cosa a suo tempo. Intanto si comincia la selezione e prove. A me posso dalla base statunitense, le Blues Angel Cheerleaders non hanno fretta di bruciare le tappe.

«Proprio perché è una cosa per noi un buon indotto economico».

Prando gli stivali sono fondamentali ma in Italia non c'è nessuno che li fa. Imporli tutti gli Usa costano 70 euro al paio, potrebbe essere un'idea per le nostre aziende. Anche perché noi non vogliamo fermarci qui». L'idea è che ogni ragazza diventi a sua volta una testimonial, come succede oltre oceano dove hanno anche il loro negozio e lo loro immagine. Non a caso nel diadema a forma di cuore c'è una dedica a ogni cosa, a cominciare dalla parola Amore. ■■■

ALBERTO TOMIOLO

Opere di poesia

In riviste

Bab-ilu, *Antipiugiù*, *La Rabbia*, *Bollettino della Galleria Ferrari*, ecc.

Traduzioni

Poesie di Paul Nizan, in *Anterem* Verona 1980

In volume:

A Madrid e in altre parti, Torino 1964.

Pellegrini Condottieri, Buenos Aires 2004 (contiene le poesie degli anni di formazione 1959-1963).

Strade del latte versato, Udine 2006, II ed. 2010.

Sete orizzontale di longitudini, Udine 2010.

Alias, (in preparazione).

Il testo qui pubblicato *Lasciare città e credenze* è apparso in *Bab-ilu* (n. 2, Bologna 1962) e *Bollettino della Galleria Ferrari* (n. 22, Verona 1962), e, naturalmente, nella raccolta *Pellegrini Condottieri*.



LASCIARE CITTÀ E CREDENZE

senza compassione alcuna di uomini o dei clementi su ordinazione
(a quanto so)

noi volevamo sfasciare le nostre animuzze per la cui salubrità
niente da fare (niente da fare) qui o nei paraggi sepolti dalla noia

quatta città ferma e sorda in costante Morgue
insensibile come un cadavere sul lido della verità e della giustizia
rigida e vecchia ma astuta sulla nostra ansia di scoprire
(noialtri in analitica anatomia fra le morte membra del suo passato)
scaltra agli angoli delle vie in agguato da vento del nord pronto

[a sgusciare

tra le gonne delle ragazze tra i fiori dei capitelli
bisbigliante alle spalle tra fessure di portoni tarlati
umidiccia luccicante sui rami di cattedrali a pianta romanica

[con lusinghe di

vischio religioso salvaguardia di paure ereditarie
amichevole con i nemici spietata con gli amici di lunga data

sin ninguna compasión de hombres o dioses clementes por encargo / (por lo que sé) / nosotros queríamos demoler nuestras almitas por cuyo bienestar no había / nada que hacer (nada que hacer) ni aquí ni en los alrededores sepultados por el tedio / agazapada ciudad inmóvil y sorda en constante Morgue / insensible como un cadáver en la playa de la verdad y de la justicia / rígida y vieja pero astuta frente a nuestra ansia de descubrir / (nosotros en analítica anatomía entre los muertos miembros de su pasado) / sagaz en las esquinas de las calles en acecho de viento del norte listo a escaparse / entre las faldas de las chicas entre las flores de los capiteles / cuchicheando detrás entre fisuras de portones carcomidos / algo húmeda centelleante sobre los ramos de catedrales de planta románica con / halagos de lazo religioso salvaguarda de miedos hereditarios / amigable con los enemigos despiadada con los viejos amigos /

sorridente per principio riservandosi di colpire quietamente senza scandali senza apparire sui giornali

schedata nelle sue figlie migliori monarchica nelle persone anemiche intollerante del futuro non previsto sprezzante del passato ghibellino (Cangrande stanato dalla tomba ha un mesto sorriso di compassione) placida nel presente agricolo-commerciale scalpitante alla fiera

[dei cavalli

tutto qui...

eppure con le valigie pronte al binario 6 odorante di frenate svegli lucidi costruttori delle prossime stagioni sempre in fiore moralmente emigranti con bagagli di cartone copertine di "opera omnia" chissà-mai-dove

come una anguilla pescata da un pezzo una coda di ramarro ecco che il vecchio tranello del sangue astuto auditore nelle notti silenziose dei nostri piani di partenza scattava con trappole di volti di gesti cari e inoltre aveva un sacco di altre stuoie su cui dormire

sonriente por principio cuidándose de golpear con quietud sin escán- / dalos sin aparecer en los diarios / con sus hijas mejores fichadas monárquica en las personas anémicas / intolerante con el futuro no previsto despreciativa con el pasado gibelino / (Cangrande sacado de la tumba tiene una afligida sonrisa de compasión) / plácida en el presente agrícola-comercial trepidante en la feria de los caballos / todo aquí... / sin embargo con las maletas listas en el andén 6 oloroso de frenazos / despiertos lúcidos constructores de las próximas temporadas siempre en flor / moralmente emigrantes con equipaje de cartón tapas de "opera omnia" / quién-sabe-dónde / como una anguila pescada hace rato una cola de lagarto he aquí / que el viejo engaño de la sangre astuta oidora en las noches silenciosas / de nuestros planes de partida saltaba con trampas de rostros de gestos / queridos y además tenía un montón de otras esteras sobre las cuales dormir /

ma era cosa da accantonare come un viaggiatore clandestino fino a
destinazione
(infatti ormai è tempo di bivi)

noi

senza il secondo canale senza giocare la nostra intelligenza ai telequiz
poveri smarriti dimenticati dalla critica ufficiale con giusta ragione
stanchi di offrirci per nulla a costruire stolte apparenze risapute
invisibili agli orizzonti precostituiti camminatori formidabili verso
la sincera rivolta contro ogni sobborgo di Hiroshima
amanti delle donne di servizio del puro rapporto sbronzi

[costantemente

di logica di sentimento di categorie trascendentali di beni comuni
appesi a questo futuro
noi possiamo lasciare città e credenze di questa landa
pellegrini condottieri

pero era una cuestión a apartar como un viajero clandestino hasta / la llega-
da / (en efecto es tiempo ya de encrucijadas) / nosotros / sin el segundo
canal sin jugar nuestra inteligencia en los teleconcursos / pobres perdidos
olvidados por la crítica oficial con justa razón / cansados de ofrecernos por
nada para construir bobas apariencias resabidas / invisibles a los horizontes
preconstituidos caminantes formidables hacia / la sincera revuelta contra
cada arrabal de Hiroshima / amantes de las mujeres de la limpieza de la
pura relación borrachos constantemente / de lógica de sentimiento de cate-
gorías trascendentales de bienes comunes / colgados de este futuro / pode-
mos abandonar ciudades y creencias de este páramo / peregrinos condottieros

28 novembre 2012 - A cura de
Petrellini !!

quanto invito di Lombardo
 lui lo capì e s'infiammò
 io olei mardo solo efano
 e da ieri non son mardo

Tuttavia non lo sapò
 dormi una spigolone
 ol'era tanto mardone
 ole favore s'emo d'one

ol'vedemmi convidato
 in n' scelta compagno
 in un joro eccellente
 fu lo grande volentà

ole jora che lo conquistato
 l'ecellente culinario
 e uno cura lo fu joro
 che non s'ordinario

ma in n' jora con noi
 un ricordo d'aver stato
 quando stavo con Zumi
 di augurarci c'è stato

Outo vedoi che un anni
 do me zferi coi stordioni
 annibando nlo domi
 q'hi ste quei che ic' ste bali
 de for core jri unjonturi
 e de ocepri sui eliani
 che in anagni od in cantari
 i re' mome sui cantari
 dello quido de l'oro oves
 mi' d'isteri societari
 quando tuu' ero jiduro
 se non g'ero aus zuroi?

Con offeso - Tolo

Francesco M. Cataluccio

L'ambaradan delle quisquiglie



Sellerio editore Palermo

Am. Paolo Emilio Ferreri

Torino, 1° gennaio 2013

Caro Umberto

Non volendo, prudentemente, dedicarmi ancora allo sci, mio sport preferito, nei giorni, come questo, "di feste", ma anche di noia, vado con mia moglie alla Stazione di Porte Nuove, dove Feltrinelli ha aperto un vasto e fornito negozio di libri e, ciascuno per proprio conto, passa un po' di tempo a "palpare" i nuovi arrivi. Tra questi, fresco di stampa, ho adocchiato il qui unito libretto, edito da Sellerio (e non scritto da Calvino!), con il ghiotto titolo: "L'Ambaradan delle quisquiglie".

Non l'ho letto, ma nelle primissime pagine ho notato che si racconta la "vera" storia dell'Ambaradam, con la emme finale! Mi è sembrato un buon segnale per l'anno entrante, visto che il titolo mi richiama alla mente un caro amico e una attesa sua pubblicazione.

Ho sentito il dovere e ho avvertito il piacere di spedirtelo subito, prima che tu ne abbia aliunde notizie.

Sfogliando il libretto ho notato la curiosa

ma impostazione per capitoli, ordinati alfabeticamente e, fra questi appunto, il tuo capitolo, quello dell'Ambarashen

Pur non conoscendo altro, se non il titolo, sono ben sicuro che l'unica identità sia fra quello nella tua prima parola (Ambarashen), poiché è certo - e lo attesto volentieri; come tuo assiduo lettore, il tuo Ambarashen è non "delle quisquiglie", ma è ricco di spunti giuridici d'eccellenza e di una fine ironia che alleggerisce il testo e svela, secondo me, il tuo straordinario carattere, quello di divertirti, lavorando. È, in qualche misura, quel che accade a me. Ed è già vera ambizione pretendere di rassomigliarti un poco.

Auguri affettuosi a te e ai tuoi collaboratori che faranno del tuo spirito e lo sanno dimostrare!

tu
Cesvi

FRANCESCA BENATTI

Un libro da leggere: i racconti non di Grisham, ma di Festi

Quando Fiorenzo Festi mi ha detto che stava per pubblicare un libro di racconti, la prima reazione è stata di perplessità: c'era il rischio concreto di dover leggere e magari elogiare un lavoro noioso e autoreferenziale oppure inutile e poco creativo. Invece, "Questi racconti non sono di Grisham", che si compone di sette brevi storie ambientate nel mondo legale e con protagonisti avvocati e giudici, è stata una bella sorpresa, considerando lo sforzo di un autore professionalmente dedito a ben altri seri e impegnativi temi. E ha catturato subito anche l'attenzione del Corriere della Sera che gli ha dedicato una breve, ma puntuale, recensione.

Già il titolo, oltre che rivelare un'ironica modestia dell'autore, svela il carattere dell'opera. Siamo, infatti, ben lontani da Grisham: non ci sono eventi eccezionali, intrighi da smascherare, fughe mozzafiato, ma è illustrata la quotidianità della vita seppur con originalità e disegnata con episodi divertenti. Inoltre, è distante anche la realtà in cui si ambienta: non le grandi legal firms americane, i processi complessi e affascinanti, ma i nostri studi e tribunali così vicini eppure non banali. I colpi di scena non sono nella straordinarietà delle cose, ma nella prospettiva briosa e a tratti malinconica in cui vengono raccontate e nella ironia con cui è mostrata la realtà circostante. Non è però un male. È un libro in cui è facile ritrovare noi stessi, il collega che incontriamo tutti i giorni, il giudice davanti a cui abbiamo fatto udienza quella volta. Certo, trattandosi di racconti, ciò che avvertiamo come conosciuto si fonde con il surreale e l'inso-



lito in una miscela avvincente e spesso irresistibile, evidente in "In pari causa turpitudinis".

Ma sarebbe sbagliato ritenerla un'opera indirizzata esclusivamente a chi passa le sue giornate in Tribunale o a contatto con avvocati e giudici.

Innanzitutto essa offre un quadro vivace e lieve del mondo legale e delle persone che lo compongono proprio a coloro che non lo conoscono. La descrizione di come un giudice percepisce le memorie di un avvocato, i rapporti fra queste due figure professionali, le difficoltà della professione sono evidenziate e dietro una narrazione divertente si nasconde più di un fondo di verità. Chi, come avviene ne "Il giudice Schulz", non ha avuto

un'udienza fondamentale, di quelle da cui potrebbe dipendere la propria carriera?

Attraverso questi racconti emergono, poi, personalità curiose, idiosincrasie, vizi e virtù di tutti noi, indipendentemente dal lavoro svolto. È prima di tutto il racconto di un'umanità varia, a volte sola, altre alla ricerca di un equilibrio, ma anche comica e simpatica. L'ambiente legale diventa il contesto perfetto non solo perché è effettivamente il punto d'incontro di personalità diverse e forse di tutto il nostro mondo, ma soprattutto per la conoscenza che ne ha l'autore capace di coglierne le sfumature. In "Tutto d'un pezzo" si assiste alle traversie di un giudice abbastanza rigido e imbranato, che affronta un primo appuntamento da sogno con risvolti inaspettati. Ma è piacevole anche l'attenzione ai dettagli: ho sorriso leggendo dell'avvocato che prenota sempre il ristorante sotto falso nome

Caro collega le invio una copia del mio libro di racconti nella speranza che possa piacere e, in caso positivo, che possa farvi un po' di pubblicità. Con molti cordiali saluti.

PROF. AVV. FIORENZO FESTI

perché se non dovesse andarci, può riservarlo nuovamente senza problemi. È una tecnica che utilizzo da anni e mi è piaciuto ritrovare.

Anche un altro tema affiora in alcuni racconti ed è quello della famiglia, vista non in modo idilliaco e romantico, ma con i suoi problemi e difficoltà, che servono a spiegare i personaggi e a fornire chiavi di lettura. La famiglia diviene vera protagonista in “Marosi”, dove all’ interno di una vicenda caratterizzata da difficoltà economiche e da un avvocato cinico, mostra tutta la sua forza.

Uno degli aspetti che rende il volume piacevole è la brevità dei racconti. Essa non solo ne costituisce un tratto originale, ma permette di leggerli in qualsiasi momento, non annoiandosi. Non si perdono pagine e pagine senza arrivare al punto, con descrizioni inutili, ma si è trascinati direttamente in media res. Si viene, infatti, subito immersi nella vita e nei pensieri del protagonista. Questo incentiva a concluderli per la curiosità di sapere il finale, e generalmente non è mai quello previsto, come dimostra “Il terribile Alessandro”.

Sono quasi tutti scritti in prima persona con uno stile introspettivo che alterna i pensieri e le riflessioni del protagonista con la narrazione degli eventi e dialoghi brevi e incisivi. Lo stile si adatta perfettamente al lavoro perché è efficace e ironico, senza mai strafare o

ricercare la battuta a tutti i costi. È evidente in “Romeo e Giulietta”: nella descrizione della relazione fra un giudice modello e un avvocato vicini di casa il divertimento è assicurato dalla trama, ma anche da un finale che ci sorprende anche se in fondo gli avvocati molte volte l’avevano sospettato.... È uno stile leggero, armonico e ricco di sfumature, ben modulato a seconda del racconto, cambiando rapidamente da brillante e divertente a delicato e tenero. Ma anche quando il tema è più serio non è pesante o forzato, ma preferisce suscitare le sensazioni in modo delicato piuttosto che gridarle. Un esempio è “Niente da perdere”, sicuramente la storia più dolce e commovente, che descrive il confronto fra un avvocato anziano e un detenuto che aveva ucciso tre carabinieri e rifiutava di essere difeso. Dallo stile emergono la solitudine e la malinconia dell’avvocato nonché la follia e l’isolamento del carcerato, ma non sopraffanno anzi preparano al finale che è un’ affermazione teneramente idealistica, non moraleggiante, della nostra professione.

“Questi racconti non sono di Grisham” è un’ opera piacevole, che si fa leggere e apprezzare proprio perché sa essere divertente e interessante, strappando un sorriso ma anche una riflessione. È un libro da gustare nell’attesa del prossimo da scrivere, caro Fiorenzo, a scapito di un lavoro strettamente giuridico.



Apocalypse Law

Associazione di cultura e sopravvivenza forense
Via della ricongiunzione contributiva, 2013 Roma

Pensiamo di rendere un buon servizio ai lettori di **Lambaradan** dando conto dell'interessante Convegno svoltosi presso la Società Letteraria di Verona lo scorso 16.12.2012. Convegno voluto dalla nostra associazione a pochi giorni dal 21.12.12 proprio al fine di trattare l'enigma che sta più a cuore alla categoria degli avvocati: **“Esiste la reincarnazione? E se esiste, l'avvocato torna a fare l'avvocato?”**

Insomma il tema, a pensarci bene, era in sé di grande attualità, e tanto più lo era a qualche giorno dalla annunciata apocalisse, allorché taluni colleghi alla rassegnazione verso il peggio avevano abbinato quel dubbio atroce: **“...ma, se rinasco, non mi toccherà rifare le stesse minchiate?”**

A pensarci il dubbio era, in quei giorni che precedevano la temuta apocalisse, mal posto. In effetti, se le cose avessero svoltato verso il peggio, il genere umano sarebbe scomparso ed il ciclo delle rinascite si sarebbe interrotto.

Tuttavia, ora che quel genere di finale sembra scongiurato vale la pena riferire la domanda che l'interessato pubblico aveva coralmemente rivolto ai relatori: **“l'avvocato scomparso prematuramente, che rinasce e riprende ad esercitare, ha diritto alla ricongiunzione dei contributi rimasti inutilizzati nella vita precedente?”**

Era inevitabile che l'argomento avrebbe sollevato questioni tecniche di rilevante spessore, soprattutto con riferimento alla prova che il collega reincarnato dovrebbe allegare al fine di dimostrare che sarebbe lui, e soltanto lui, pur se in un involucro fisico diverso, il creditore del trattamento pensionistico faticosamente ma vanamente costituito nel ciclo vitale precedente.

Sul punto, nel Convegno, le parole più chiare e dirimenti sono state quelle sentite nel corso della relazione del collega Dario Vanti: **“...Sarei molto cauto nell'affermare che colui che eventualmente ritorna dall'altra dimensione possa vantare diritti verso la Cassa forense. Innanzitutto dovremmo esigere prove certe per evitare che costui milanti precedenti esercizi di attività forense. Per esempio il modo di esprimersi, la marca dell'orologio, il colore della**

cravatta, il telefono giocattolo sul motorino potrebbero essere elementi valutabili alla luce del criterio del “più probabile che non...” L'analisi dei ricordi di precorse controversie giudiziarie tuttavia difficilmente potrebbe aiutare. Non appaia sciocca vanteria, ma il diritto reincarnazionistico -di cui mi fregio essere antesignano ideatore- sottolinea che colui che torna dall'altra dimensione nulla rammenta delle cause precedenti. Tuttavia, nello spirito di solidarietà che anima la Cassa Forense, possiamo anche ammettere che il presunto collega conservi dei ricordi e che legittimamente chieda di poterne provare, anche per presunzioni semplici, la rilevanza. Ecco, direi che l'ipnosi regressiva può aiutare più della macchina della verità inducendo il postulante a tornare indietro nel tempo in stato di trance: se è sincero farà nomi e cognomi di colleghi e riesumerà contesti litigiosi sui quali si potranno effettuare opportuni riscontri. In quest'ottica con tutte le cautele del caso, non ce la sentiamo di escludere a priori...”

Meno sottile e decisamente più tranciante l'intervento dell'avv. Aurelio Vanti, di cui riportiamo un breve stralcio: **“...pur essendo il sottoscritto credente nel continuo ritorno dell'anima in questa dimensione, dubito che dopo anche una sola vita trascorsa a fare il mestiere di avvocato si desideri riprovarci. E qui mi richiamo al noto brocardo karma forensis interruptus ex abrupto fiat!! Quindi chi chiede il ricongiungimento dei contributi è sicuramente un truffatore!”**

L'intervento ha lasciato sgomento il pubblico. Ad una settimana dalla annunciata apocalisse, il comune pensiero che tutti quei contributi sarebbero rimasti lì, a marcire sotto il Diluvio, o volatilizzati nelle profondità del Cosmo a causa dell'allineamento dei pianeti, si è trasformato in un'ombra solida che ha gravato minacciosa sulla sala. Ma è stata questione di poco, il successivo relatore, l'avv. prof. Perfido Vanti, ha riportato fiducia, speranza, perfino entusiasmo nella platea delusa, frastornata e rassegnata alla morte contributiva. Per ragioni di spazio ne riferiremo nel prossimo numero.

L'invio Casimiro Pacini



Vai troppo spesso a Senigallia

Uno dei luoghi comuni più diffusi dagli anni '10 del secolo scorso in poi è quello della *madeleine* di Proust, per dare l'immagine di un sapore (o di un suono o di una parola) che inconsapevolmente ci riportano alla memoria un pezzo del nostro passato. Anche chi non ha letto la *Recherche*, anche chi non sa come è fatta una *madeleine*, anche chi non ha mai assaporato un tè al sapore di tiglio, può usare questa immagine, sicuro di trasmettere un messaggio ben comprensibile.

Forse anche questa è una delle prove provate dell'affermazione di quel gran genio di Eco, per il quale conosciamo molto bene anche i libri che non abbiamo mai letto.

Tutto questo per dire che il brodetto di pesce, la canocchia o la sogliola sono i richiami infantili di chi, come chi scrive, ha vissuto da bambino sulla costa mediana dell'Adriatico, lungo quella linea ideale tra Fano e Vasto, in cui ancora oggi si cucina il miglior brodetto di pesce d'Italia, con buona pace del caciucco e di altri diversi piatti in cui il pesce sguazza nel suo brodo, variamente insaporito.

Se la *madeleine* portò Proust a scrivere 4 mila pagine insuperabili, a noi capita, più modestamente, di affrontare divagazioni stradali, anche impegnative, per trovare il gusto del pesce dell'infanzia.

Certo se si è amici della Susi e di Michele e se si è ospiti fortunati della loro terrazza a Sant'Elpidio, è

più facile andare a Senigallia: basta organizzare una fermata all'andata e una al ritorno, all'ora in cui ci si mette a tavola.

Certo se si ha qualche incarico di lavoro a Fermo, si trovano scuse presentabili per andare quante volte si può a Senigallia, a trovare il Cedroni della Madonnina del Pescatore e l'Uliassi del ristorante omonimo.

Nell'epoca del terrorismo tedesco, Eric Boll scrisse "*Vai troppo spesso ad Heidelberg*", per ricostruire la vicenda di una giovane cameriera, innamorata di uno studente e per il cui amore si recava spesso, da Berlino, nella sede universitaria.

Spesso, troppo spesso secondo l'occhiuta polizia tedesca, che la riteneva ingiustamente partecipe ad un progetto terroristicco.

Le nostre discese a Senigallia sono dettate da un altro tipo di amore, quello per la cucina ben fatta e se – come speriamo – i salutisti antiobesità non prenderanno il potere, abbiamo buone speranze che su di noi non indaghi nessuno.

E così potremo continuare ad andare trovare due grandi cuochi, per assaporare la nostra infanzia, quel gusto che ci ha fatto ghiottoni felici.

Sulla felicità del ghiottone vi sono peraltro diverse letture. Chi, come Pier Paolo L., sostiene che un ghiottone non sarà mai depresso, giacchè gli basta prenotare un tavolo per ricaricarsi. Vi è chi invece



CATIA UKASSI
Autunno 2012



non ama la tavola e sostiene che le lunghe e laboriose digestioni del ghiottone siano indice di una qualche forma di pena. A questi ultimi ricordiamo che è vero che il coccodrillo piange dopo mangiato, ma è altrettanto vero che non risulta che quelle lacrime siano un segno qualunque di pentimento, come dice anche il proverbio.

Tra i due ristoranti di Senigallia non è il caso di scegliere. È opportuno visitarli spesso, con la stessa equanime partecipazione.

Entrambi sono particolarmente eleganti (le maglie color corda ed i calzoni di cotone bianco di chi vi serve a tavola da Cedroni raggiungono, nella penombra serale, toni di eleganza che solo Armani nelle migliori sue produzioni ci ha insegnato.

Il tutto bianco di Uliassi, di fronte al mare grigio-verde, è altrettanto affascinante ed avvolgente, come tutte le cose belle e curate.

Certo l'esperienza tra i due ristoranti è molto diversa. Cedroni, alla Madonnina del Pescatore, ama stupire, smontando e rimontando una materia prima eccellente. Qualche anno fa, trovavamo le finte scatolette di Simenthal, da aprire rigorosamente con l'anello a strappo, per scoprire una composizione di molluschi, che davano l'impressione di mangiare la famosa carne in scatola, ma con il gusto avvolgente del pesce. Sarebbe impossibile unire lo stinco di maiale, le lumachine di mare, le trippe di pescatrice eppure Moreno Cedroni vi riesce, in un solo piatto molto equilibrato. Così come riesce eccellente il polpo, cotto a bassa temperatura, con maionese e spremuta di pomodoro: meno fantasioso, ma molto gustoso.

Qui non si trova il brodetto, ma la *cassoeula* di pesce e fagioli neri, che da solo vale il viaggio.

Da Uliassi la zuppa d'alga, erbe e il candore dolce di mandorle fresche o le seppie giovani arrostate con le interiora, per lasciare l'anima al pesce.

E poi le canocchie imbraghe all'anconetana, nei mesi in cui il loro carapace contiene una squisita riga rosso-corallo.

Ma può bastare la spigola d'amo bollita, con salsa verde alla giardiniera di verdure, per trovare il sapore pulito di un Adriatico senza fronzoli.

Da Uliassi, volendo, si trova anche la cacciagione, a livelli sempre elevatissimi e così l'oca laccata al tè di ciliegia, il piccione con le acciughe del cantabrico, beccacce e così via dicendo.

In entrambi i ristoranti si può anche non spendere molto.

Con il menù adatto, a mezzogiorno, accompagnati da un paio di bicchieri di vino, si può stare sui 35-40 euro.



Se invece si vuole dare spazio al divertimento, si può arrivare anche ai 100-120, oltre al vino che in entrambi i ristoranti, si può scegliere in una cantina molto fornita, compresi gli eccellenti vini marchigiani.

In entrambi i casi non si avrà la sensazione di aver speso molto, giacché l'attenzione che vi sarà dedicata, la straordinarietà della materia prima e la lavorazione della medesima vi sembreranno tali da reggere anche prezzi assai più impegnativi.

E così eccoci in autostrada per Senigallia: premiamo l'acceleratore per non fermarci all'Ambasciata di Qui-stello, dove Romano vorrebbe farci mangiare i suoi giganteschi tortelli mantovani.

Saltiamo rapidamente Modena, dove Bottura ci vorrebbe usare come cavie per le sue deliziose invenzioni: la spuma di mortadella, lo stecco al *foie gras*, il grana in cinque varianti e così via.

Non ci fermiamo neppure ad Imola, a ringraziare l'ormai vecchio Morini, che ci ha introdotto all'alta cucina nel suo San Domenico, dove il raviolo aperto ricordava la Bergese il grande cuoco dei re della bella époque.

Passata Imola, si può rallentare, anche se i tutor già da Cesena in giù sono molto più distratti.

Ulissi Lab 2012

Gambero Rosso, acqua di limone, melone e basilico
 Mozzarella di bufala di Plan del Medico
 La prima secca
 Seppie giovani arrostiti "sporche", granita di noci di mare e erbe selvatiche
 Cannolicchi e neve di litchi
 Cannocchie "noriaghe" all'ancinetana
 Rigatoni, pestacchi e bottarga di muggine
 Mare o Selva
 Ricotta "Trionfi Honorati" come una cassata
 Zuppe al frutto della passione, gelato di yogurt e pepe rosa

I classici

Tagliatella di seppia, pesto di alghe nori e tonno fritto
 Triglia croccante, zuppe di prezzemolo e carciole con misticanza di campo
 Fondente di patate, azzavola, radici di erbe di campo e tartufo nero
 Il Rimini fest
 Spaghetti affumicati alle vongole e datterini alla griglia
 Rana pescatrice, patate cotte nel grasso d'oca, mirtilli e sugo di piccione
 Tirami...Su

ANTIPASTI

Quattro antipasti scelti da Casa
 Cannocchie "noriaghe" all'ancinetana
 Triglia croccante, zuppa di prezzemolo e carciole con misticanza di campo
 Fondente di patate, azzavola, radici di erbe di campo e tartufo nero
 Calamaretti pennini fritti e mazzancolla
 Albanelle di molluschi e crostacei

PASTE

Spaghetti affumicati alle vongole e datterini alla griglia
 Linguine "Antonio Haber" granceola, lime, menta e cocco
 Mezzi rigatoni, tripe di baccalà, cacio di fossa e pepe
 Ciabattori "mare da bori": alghe, ostriche e caviale di coregone
 Risotto, tartufo nero, nocciole tostate e bagna cauda

I Cappelletti:

Ravioli di patate con finanzia di selvaggina e nocciole caramellate.

PESCE E CARNE

Rombo, melanzana bruciata, purea di rosconi
 Brodetto di pesce
 Spigola d'amo bollita, salsa verde e giardiniera di verdure
 Scampi al finocchietto e guanciale "Passamonti"
 Rana pescatrice, patate cotte nel grasso d'oca, mirtilli e sugo di piccione
 Oca laccata al tè di ciliegie, fegato grasso d'oca, mirtilli, lamponi e ananas
 Piccione, acciughe del cantabrico e indivia
 Beccaccia alla marchigiana

PASTICCERIA

Infuso di limone grato, gorgonzola, finocchio, granita al latte di mandorla e sorbetto alla pera

Herrera all'ananas, sorbetto alla fragola, cocco e miel di rum

Zuppe al frutto della passione, gelato di yogurt, pepe rosa e banana caramellata

Cremoso al mandarino, biscotto all'olio d'oliva, ribarbaro, gelato all'aceto balsamico e ravioli rossi

La nocciola in consistenza di crema, croccante, crumble, gelato, polvere e spugna

Il Tirami...Su

Biscotto al molasses, gelato di cioccolato, caffè, caramello e liquorice



**ECONOMIZZATE
IL VOSTRO
DENARO!**

Radetevi con la Lampocrema Effe che, senza richiedere trattamenti particolari prima o dopo la rasatura, anestetizza, cicatrizza, rinfresca la pelle e ne previene gli sfoghi eruttivi.

LAMPOCREMA EFFE

BICIDI È LA PIONIERA DEI PREPARATI A BASE EFFE - TALUNI ORMAI CELEBRI - CHE REALIZZA DAL 1932



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