

Lambaradan

postatarget
magazine

TRE/SMA/NE/00227/06.2019

Posteitaliane

MAGGIO 2019

Contiene I.R.



L | A

LAMBERTINI & ASSOCIATI

Studio Legale

2009 - 2019

Un ringraziamento a Nicola Sartor autore delle foto pubblicate in questo numero.

Maggio 2019

Iscrizione Registro Stampa Tribunale di Verona n. 1844

Editore

Studio Legale Lambertini & Associati

Palazzo Canossa, Corso Cavour 44, 37121 (Verona)

Tel. 045.8036115 Fax 045.8034080

Direttore responsabile

Ferruccio Vendramini - iscr. Albo Giornalisti di Venezia n. 24746

Direttore editoriale

Lamberto Lambertini

Stampa

Cierre Grafica

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

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

I dieci anni de Lambaradan

Prendi un gruppo di giovani avvocati, mettili in una sala riunioni con uno diversamente giovane il quale, per aver diretto per alcuni anni la Rassegna degli Avvocati Italiani, aveva capito che il vero inedito è costituito dalla carta stampata. Pur tuttavia, manteneva la convinzione che il modo migliore (forse l'unico) per rappresentare all'esterno un gruppo di lavoro fosse quello di misurarsi con i temi del diritto e della professione in una palestra pubblica quale una rivista, che periodicamente raggiungesse professionisti ed operatori del diritto e dell'economia. Quel gruppo era convinto dell'iniziativa solo se avessero messo insieme il serio e il faceto, uscendo dal lugubre schema del bollettino parrocchiale.

Deciso questo, si trattava di trovare un nome da dare alla pubblicazione. Pensando alla diversità dei vari contributi che si sarebbero raccolti, pensando alla commistione di generi, all'accoglienza a vari stili di scrittura, alla mancanza di qualunque censura sugli scritti, sembrò naturale chiamarlo Ambaradan (senza nessun riferimento alle tragiche guerre etiopiche dell'800), o meglio, Lambaradan, perché doveva essere un prodotto dello studio e non era male rilevarlo nel testo.

Marianna, la direttrice nominata sul campo, pensò ad una formula per rubriche, che prendeva il nome dalle canzoni di De Andrè si adoperò per ottenere contributi interni allo studio ed esterni.

È cominciata così la storia, che ha portato poi ad una diversa impostazione della rivista e che è arrivata fino ad oggi, con una pubblicazione periodica (quadri-semestrale), consegnata in 1500 copie e pubblicata solo quando il materiale raccolto è considerato di reale interesse per il lettore.

Per strada abbiamo trovato molti amici autorevoli, che hanno inviato articoli importanti ed hanno convinto altri a scrivere per noi.

E da un certo momento in avanti il vero protagonista della nostra pubblicazione è diventato Francesco Be-

SOMMARIO

→ Editoriale I dieci anni de Lambaradan	1
→ Brevi "mèmoires" (d'Outre-tombe) di un processualista deluso di Vittorio Colesanti	3
→ La "figura" dell'arbitro di Francesco Benatti	13
→ Brevi considerazioni a margine de i "Fatti illeciti" di Giovanna Visintini di Giovanni Aquaro	21
→ La responsabilità rinforzata degli amministratori. Brevi (e incomplete) note all'indomani dell'entrata in vigore del Codice della crisi e dell'insolvenza di Giovanni Aquaro	25
→ Il voto di lista nelle SpA chiuse di Davide Pachera	31
→ <i>Mater semper certa est</i> , "Libia" <i>numquam</i> di Alessandro Giorgetta	37
→ Codice della crisi e gestione dell'impresa nella S.r.l.: il nuovo art. 2475 c.c. di Lorenzo Salvatore	41
→ Guarda chi si rivede: il 2409 applicato alle Srl di Lamberto Lambertini	47
→ S.r.l. unipersonale inattiva con debiti sociali e con amministratore unico estraneo alla gestione: cancellazione dal Registro Imprese o presentazione di un'istanza di auto-fallimento? di Jennifer Adami	51
→ Voglia di mare di Renè Gourmand	55



natti, che non solo manda alcuni suoi scritti in anteprima rispetto alle più conosciute ed autorevoli riviste nazionali, ma che induce a scrivere altri grandi del diritto italiano.

L'elenco degli amici de Lambaradan sarebbe lunghissimo, unendo nomi prestigiosi a meno noti, scrittori serissimi e rigorosi a bontemponi divertiti.

Per non correre il rischio di dimenticare qualcuno, ci limitiamo a ricordare solo il grande apporto di Giovanni Gabrielli, l'amico insostituibile, scrittore elegante ed originale.

A lui è stato dedicato il secondo libro de Lambaradan, mentre il primo era quello di quel fantomatico giallista Martin Bell, di cui abbiamo perso le tracce.

A questo numero è allegato il terzo volume della collana, dedicato ad una riflessione collettiva sul parere giuridico e scientifico.

Dunque, dieci anni di vita dovrebbero costituire una

gratificazione per tutti, ideatori, redattori, corrispondenti, lettori.

Ma non c'è tempo per rallegrarci anche se, per quanto ci risulta, questa è l'unica rivista prodotta da uno studio professionale italiano.

Quello che conta è che questa pubblicazione continua ad essere una sorta di filò, quei racconti che i vecchi facevano intorno al focolare di un tempo, quando non esisteva ancora quell'elettrodomestico con figure in movimento e suoni, primo assassino della conversazione familiare e sociale.

Il filò era un racconto ininterrotto, di fatti reali o inventati, di situazioni serie o divertenti, uno stimolo per la fantasia e per la capacità di ascoltare e di apprendere dagli altri.

Se avessimo davvero costruito un nuovo modo per fare filò, allora avremmo raggiunto il nostro scopo.

Proveremo a verificarlo nei prossimi 10 anni.

VITTORIO COLESANTI

Brevi “*mémoires*” (d’*Outre-tombe*) di un processualista deluso¹

3

1. Da tutte le parti e da gran tempo si denuncia la “crisi” della giustizia civile (e non fosse che per ragioni di personale ignoranza è bene non far cenno di quella penale, pur se chiunque nel vedere sovente pronunce assolutorie far seguito a condanne e viceversa, può avvertire che anche lì c’è qualcosa che non va). Crisi di tale evidenza da essersi imposta all’attenzione di tutti, specie per le ripercussioni ormai generalmente avvertite e segnalate anche sull’andamento dello sviluppo economico dell’intero Paese: chi mai, è una sorta di corale *Leit Motiv* ripetuto in ogni sede, si azzarderebbe a “programmare” alcunchè là dove a dominare è l’incertezza, l’eternità del tempo occorrente per la soluzione di ogni possibile conflitto, l’imprevedibilità di quella che quando pur ci sarà ne sarà giust’appunto la soluzione?

Tutto ciò è ben noto, al punto che non mette nemmeno conto di soffermarvisi più oltre, se non per rilevare come vi faccia riscontro una società sempre più complessa, e resa viepiù complessa dal fenomeno usualmente denominato della “globalizzazione”, con quel che vi fa contorno.

Al che fa poi ancora riscontro quel che almeno in un ordinamento formatosi per (cercar di) essere un sistema

di diritto positivo, e pur con i limiti intrinseci a una tale raffigurazione, non può non apparire e segnalarsi come un aspetto contraddittorio. E cioè: al palese intento del c.d. legislatore di voler regolare tutto fin nei minimi dettagli, corrisponde sovente l’altrettanto palese incapacità di provvedervi, con la dettatura di regole non di rado incomprensibili o di incerta valenza, di cui è manifestazione il numero a volte spropositato di comma in cui si articola la singola disposizione, sì che riesce tutt’altro che agevole intenderne l’effettiva portata.

Nulla di male, s’è detto: anche molto autorevolmente si è teorizzato esser “giunta l’ora di deporre dal suo trono intangibile il legislatore, sovrano ormai sterile, e di desistere dai conclamare un assolutismo giuridico decisamente fuori tema”. Il che potrebbe anche comprendersi, se non giustificarsi, alla luce della “tardività” di ogni intervento e della non elevata qualità del prodotto, ma non (mi) è ben chiaro chi o che cosa dovrebbe sostituirsi all’auspicata “deposizione”; tanto più che il rispetto dovuto all’insigne storico che quelle enunciazioni ha formulate impedisce di pensare *sic et simpliciter* a una sorta di riedizione di vecchie dispute risalenti all’alba del secolo decorso.

Vi è piuttosto da segnalare come a quanto sin qui (superficialmente) notato si accompagni una evoluzione, che taluno potrebbe anche considerare una involuzione, del linguaggio; cosa per parte sua più che naturale giacchè anche la lingua, al pari della società che vi si esprime, ne riflette i mutamenti e le trasformazioni. E così, al di là dell’uso e abuso di acronimi, anglicismi, formule, ricorso ad algoritmi *et similia*, divenuti abituali nel parlar corrente, ben può essere che la stessa poc’anzi rilevata incapacità (o come tale ritenuta) del “deponendo sovrano legislatore” di dettar regole semplici, chiare e precise, abbia almen parte delle sue ragioni esplicative per l’appunto nel divenire dello strumento espressivo-comunicativo.

È facile comprendere il disagio di chi, formatosi quando ancor si pregiava la lingua latina, si sente (ed è)

1. Il titolo stesso di queste pagine (che riproduce – per carità!, senza alcuna velleità di paragone – quello di uno scritto di un celebre scrittore francese) evidenzia che esse non hanno alcuna pretesa di novità, ma intendono solo essere una “sintesi” di come si sente, oggi, chi ha visto “cambiare il mondo” quasi senza accorgersene nel mentre ciò via via avveniva; e cambiare in tutto, dal linguaggio alla sensibilità, dai valori un tempo ritenuti propri della *societas* di cui era partecipe alla ammirazione di modelli allora inesistenti (o anche disapprovati) divenuti rituali. È dunque una sorta di mera *recherche du temps perdu*, anche e proprio nel settore, quello del processo (civile) cui ha dedicato parte notevole della propria attività. Si ha la presunzione di ritenere che parecchi appartenenti alla stessa generazione (molti, purtroppo, già perduti) non avrebbero difficoltà a rispecchiarsi, pensando più o meno le stesse cose.



affatto estraneo a un tale contesto e ne ritrae un senso di smarrimento; non però sino al punto di non rilevare come alla sempre più predicata, vagheggiata, conclamata necessità di “trasparenza” per ogni cosa e situazione, faccia riscontro la “opacità” delle regole, a volte alimentata da un certo grado di semianalfabetismo redazionale.

2. Ecco porsi un interrogativo inquietante: proprio la rilevata sempre crescente complessità dei rapporti, specchio dell'altrettanto maggior complessità della *societas* che vi trova concretezza, esigerebbe un ognor crescente sforzo di saperli regolare nel modo più favorevole alla loro autocomposizione; così come, allorchè a ciò non si pervenga, e venga invece a profilarsi un conflitto, si possa sperare di vederlo risolto nel modo più adeguato e rapido possibile. Già, vien subito da notare: ma mentre si auspica la “deposizione” di chi, bene o male, sin qui vi ha provveduto, come fare diversamente?

Complessità contro (auspicabile) semplicità, intento di voler regolare tutto e incapacità di farvi fronte se non disseminando il percorso di ogni attività di sovente inutili formalismi, con il risultato non solo e non tanto di comprimere ogni libertà ma di moltiplicare le occasioni di conflitti, per la pressochè inevitabile inosservanza di qualche regola; e non è il caso di altro aggiungere. Ma, ne viene a emergere un pensiero che è forse il più grave di tutti, e tutto viene in sé a riassumere: di contro alla immediatezza e rapidità assicurate dalle tecnologie che, ben può dirsi, ha *vinto lo spazio*, così foggiando un mondo dominato dalla velocità del conoscere, sembra troppo spesso *nella realtà operativa* veder perdere rilievo l'altro connotato proprio dell'esperienza umana, *il tempo dell'agire*. È una contraddizione evidente, cui purtroppo è dato assistere quotidianamente, nelle più svariate circostanze e pressochè in ogni settore del vivere civile.

L'urgenza, non solo e non tanto di provvedere, ma di “fare”, di operare attivamente, di intervenire quando è necessario farlo subito o comunque al più presto, sembra svanire per le mille e mille difficoltà, “passaggi”, lungaggini che si frappongono a ogni iniziativa. Sono i c.d. tempi morti, che si consumano inutilmente, peraltro consumando quello che è forse il bene più prezioso dell'uomo come quello che non ritorna: “*breve et irreparabile tempus omnibus est vitae*”

aveva ben detto l'antico poeta, e non altro che un sogno poteva essere quello di veder fermare l'attimo fuggente, “*Verweile doch, Du bist so schön*”! Il tempo

passa e non ritorna, e quand'anche dopo infinite discussioni che sovente appaiono mere chiacchiere qualcosa va deciso, troppo spesso accade di veder nulla operare, anche per più o men legittimi impedimenti, sospensioni, rinvii, e via dicendo, che del resto, senza tema di smentita ben può dirsi sotto gli occhi di tutti.

3. Da sempre, par lecito affermare, il tempo è stato (si consenta l'espressione) l'“ossessione” cui ogni disciplina processuale, per la costante aspirazione – volendo usare in via di sintesi l'intitolazione di quasi tutte le ordinanze dei re francesi – alla “*abbréviation des procès*”; aspirazione, come ognuno sa, per lo più e quasi ovunque rimasta delusa, ancorchè non sia da nascondere la maggiore o minore intensità del riscontrabile grado della delusione medesima.

Si noti: non a caso nelle richiamate ordinanze, come in ogni altro intervento, si vede auspicare una “accelerazione-abbreviazione” dei processi; nessuno potrebbe pensare di “cancellare” il tempo nel processo e nella disciplina di quel che si vorrebbe il suo ordinato svolgersi. Che il processo abbia e non possa non avere una sua durata appartiene alla fisiologia, e a maggior ragione nella progressiva evoluzione storica verso lo “Stato di diritto”, con le garanzie e la almen tendenziale “parità delle armi” che esso deve saper offrire, lo svolgimento del processo trae con sé una sua inevitabile durata. In breve: il tempo è indissociabile dall'idea stessa di un processo (la cui stessa denominazione ne appalesa l'intrinseca necessità); si può pensare di vanificarne effetti ritenuti incompatibili con la funzione di strumento di tutela cui il processo è preordinato, come ad es. disponendo la sospensione della prescrizione del diritto che si afferma di far valere, per evitarne l'estinzione per l'appunto nel tempo di durata dell'iter processuale. Il che è manifestamente tutt'altro che negare la realtà dell'insopprimibile tempo di ogni processo, nel momento stesso in cui viene riconosciuta l'esigenza di portare un correttivo a quel che una eccessiva durata potrebbe comportare.

Come è sin troppo banalmente ovvio (e l'assoluta banalità del rilievo è riprova della sua evidenza), il problema è sempre lo stesso, che si trascina da secoli, restando in più o men larga misura sempre irrisolto, perché forse insolubile come quello che alla fin fine affonda le sue radici nella vacuità delle cose umane e di chi sotto pur vari profili ne è protagonista. Con il che, è appena il caso di aggiungere non fosse che per evitare equivoci, non s'intende certo negare che abbia a

farsi tutto il possibile per pervenire al risultato di una “ragionevole durata” del processo (ed è fin superfluo avvertire che la stessa ricordata solenne enunciazione è aperto riconoscimento che il processo, ogni processo non può non avere una sua durata, dunque comporta la consumazione di un tempo); ma semplicemente prender atto delle difficoltà da superare, tanto più se si vuole che il processo stesso sia anche “giusto”, senza (troppo) gravare sulle libertà di chi vi è interessato.

Ora, nel processo civile avente per lo più ad oggetto diritti privato-disponibili di chi vi è parte, l'unica via ritenuta percorribile e in vario modo tentata, ben può dirsi essere stata quella di incidere sui poteri delle parti medesime, fissandone tempi e modalità del loro esercizio, sancendone la decadenza per il caso di mancato rispetto. Così è ed è sempre stato, già dalla rigida fissazione delle *positiones* predicata dai giuristi dell'età intermedia, nel che un illustre (ben più recente seppur oggi possa apparire antico) scrittore ebbe a ravvisare l'origine delle moderne preclusioni; per parte loro più o men criticabili se viste come ostacoli alla dialettica propria di ogni figura di processo, ma indissociabili da un suo ordinato svolgimento. Ed ecco allora profilarsi una serie di conseguenze, riassumibili sotto l'etichetta (si perdoni il termine) di effetti della litispendenza, che segnano un vincolo delle parti al processo pendente e così come instaurato e pendente: divieto di mutamento della domanda, *perptuatio jurisdictionis*, ecc., sino alla progressiva delimitazione altresì del “materiale” assertivo e probatorio. È (abbastanza) evidente che tutto ciò trae con sé quella che può apparire come una compressione della libertà delle parti, ma a più matura riflessione non è arduo avvedersi che si tratta al tempo stesso di una garanzia di quelle stesse libertà da esplicitare nell'equilibrio che ogni ordinamento civile non può non prefiggersi di riuscire a veder attuato. E, bisogna pur dirlo con brutale chiarezza, quella indicata e l'unica via percorribile. Non avrebbe senso alcuno, sempre in funzione di un ordinato e possibilmente celere svolgimento dell'iter processuale, ogni intento di incidere sull'attività di chi il processo è chiamato a dirigere per poi pervenire al *dictum* giudiziale. Qual senso mai potrebbe avere la fissazione di termini perentori (come pur ogni tanto si vede auspicare da qualche sprovveduto), con le conseguenze riconducibili all'eventuale inosservanza, per gli atti e le attività del giudicante? che quanto tardivamente compiuto sarebbe da riguardare come inefficace, o addirittura affetto da nullità? È evidente che ciò non altro significherebbe che il dover rifare quanta anteriormente posto in essere, sino, al limite, il dover ricominciare

daccapo; il che pare talmente assurdo da non meritare ulteriore indugio. Basti ricordare che non certo a caso già all'indomani dell'ordinamento vigente con riguardo alla previsione normativa di tempi per l'attività del giudicante si era ben autorevolmente parlato non di “comandi”, bensì semplicemente di “consigli”, da considerare se mai su piani ben diversi dall'andamento dell'iter processuale.

Può solo aggiungersi che quel che appare inconcepibile per lo svolgimento delle vicende giudiziarie, trova invece spazio avendo riguardo all'arbitrato. Ma, detto in poche semplici parole, ciò ben può comprendersi alla luce del rilievo che l'istituto riposa, alla fin fine, sulla libera determinazione delle parti compromittenti, che godono altresì della libertà di dare o non rilevanza al mancato rispetto di termini che gli arbitri siano tenuti ad osservare; mentre la legge (salvo il sempre doveroso rispetto di canoni ritenuti fondamentali per ogni attività sfociante in atti aventi comunque contenuto decisorio su diritti) si limita a cercar di garantire che omissioni o ritardi non si rivelino contrari alle corretta esplicazione delle funzioni arbitrali.

4. Se ora, non fosse che per veder di dar ragione del titolo apposto a queste pagine, è concesso di indugiare brevemente in alcuni pensieri squisitamente personali, vien facile (seppur al tempo stesso un po' penoso) esprimerli così.

A chi scrive è capitato, interrogando se stesso in talune più o men solenni occasioni, di dire di non saper bene nemmeno lui come e perché mai “a' suoi verd'anni” gli venne la strana idea di dedicare la sua attenzione non a quel che più gli piaceva (per es. i concerti di Mozart), ma allo studio del processo e del diritto processuale civile. Non lo sa nemmeno oggi, al termine di un lungo cammino, che gli sembra inutilmente percorso. Quel che par ora lecito dire, è che poteva allora sentirsi partecipe di un clima di fiduciosa speranza, di un suggestivo “divenire” aperto a chiunque vi volesse contribuire.

Da studente, per un anno intero si era sentito spiegare (pur con qualche riserva, da chi peraltro non aveva potuto collaborarvi per certe infamie del memento; avrebbe poi cambiato idea, ma venti e più anni dopo!) che la ancor abbastanza recente legge processuale “nuova”, tuttoché già in qualche misura inquinata da sopravvenute modifiche, rappresentava il frutto di un mezzo secolo di rinnovamento culturale; che, vedendo nel processo una delle più alte espressioni di civiltà,

mirava a forgiarne una disciplina capace di coniugare efficienza (*in primis* celerità e snellezza di svolgimento) e garanzie per chi vi fosse impegnato. E si profilava quanto meno la curiosità e nel contempo l'interesse di approfondire la visione di quella che già a tutta prima appariva come una raffinata elaborazione, sempre perfettibile (come tutte le "cose umane") ma nonostante alcuni compromessi subito evidenziati dotata di intima coerenza, basata sull'almeno "nominale" rispetto di talune linee-guida dell'opera riformatrice. Che aveva vinto la sua battaglia contro chi ne aveva auspicato l'immediata abrogazione e offriva a chi volesse occuparsene la prospettiva di continuare la già intrapresa opera di illustrazione di ogni aspetto della nuova disciplina (anche in correlazione con quella, del pari rinnovata, dei rapporti "sostanziali"). Già si era vista la "rinascita" della giurisdizione volontaria, e l'attenzione iniziare a rivolgersi alla tutela d'urgenza; ma ancora non poteva dirsi se e in qual misura fossero o non realizzati gli obiettivi perseguiti, alla luce della concreta operatività.

È perfettamente inutile star qui a lamentare il clamoroso fallimento "pratico", viepiù sempre aggravatosi, del disegno e delle aspettative destinate, così come sarebbe inutile il tentare di tratteggiarne le ragioni, che sono ovviamente molteplici e (vien da dire) di pubblico dominio, anche perché non s'è fatto che parlarne in ogni sede e occasione.

Eppure vien da ricordare come già molto tempo addietro una approfondita analisi avesse potuto palesare (questo, a distanza di tempo, pare essere stata una conclusione ben degna di attenzione, in uno alla critica dell'illusione di un "modello unico" di contro a esigenze di tutela c.d. differenziata per la specificità delle situazioni meritevoli di tutela adeguata), avesse palesato – si diceva che con un po' di "buona volontà" e interpretazioni meno accomodanti ben sarebbe stato possibile pervenire a un apprezzabile funzionamento. Come dire (ed è sin troppo banalmente ovvio), che alla fin fine nelle vicende umane è dagli uomini dal loro comportamento che in buona sostanza dipende il successo o l'insuccesso di quanto da essi stessi posto in essere,

5. Ognun sa che, ben avvertendo la gravità della situazione ("la casa brucia", aveva gridato con la sua passionalità un insigne processualista), al di là di un intervento normativo "settoriale" che almeno per qualche tempo – fors'anche per le ragioni "ideologiche" che vi erano sottese – ebbe vasta rinomanza, molteplici per non

dire innumerevoli sono stati i tentativi di por rimedio a quanto da tutti lamentato; con progetti, proposte e controproposte, e via dicendo, circoscritti alla (sola) legge processuale. Il che è pur comprensibile, sia perché un qualsiasi legislatore trova più agevole intervenire sulle norme che sull'organizzazione di chi a quelle norme è chiamato a dare attuazione, e sia perché in definitiva è pressoché impossibile (si è rivelata una illusione quella degli illuministi d'*antan*) incidere *ope legis* su abitudini, mentalità, costumanze, ecc., degli esseri umani.

Par lecito rilevare che quanto meno a partire dagli "anni novanta" quelli che prima erano rimasti progetti o suggerimenti, si sono tradotti in testi normativi, etichettati quali provvedimenti urgenti e dunque senza più vaste ambizioni, ma con più che notevole impatto sulla preesistente realtà; il cui continuo susseguirsi, peraltro, con modifiche delle modifiche appena apportate e novità non sempre agevoli da intendere ha ingenerato nuove incertezze e confusione. E il processo civile resta pur sempre – secondo una espressione divenuta di moda – "un grande malato", soprattutto per l'interminabile attesa di veder dare risposta a quel che viene domandato.

A tal riguardo e (volendo qui esprimere solo pensieri di buon senso, da parte di chi ha vissuto anni di progressiva degenerazione) va pur detto che fattore determinante è, e non si può non riconoscerlo apertamente, la vera "inondazione" delle richieste di tutela, difficilmente comprimibili perché involgenti la libertà di ognuno; inondazione, si può se mai aggiungere, acuita dalla già rilevata incapacità legislativa di regolare con disposizioni chiare e il più possibile semplici una società già per parte sua sempre più complessa, anziché abbondare in vuoti formalismi non di rado generatori di conflitti per la loro quasi inevitabile inosservanza da chi se ne sente paralizzato nel suo agire. A fronte dell'anzidetta inondazione (per così seguitare a chiamarla) era abbastanza evidente che la legge processuale avesse a rivelarsi inadeguata, in quanto disegnante un *iter* processuale – per lecito dirlo – un po' "aristocratico", contrassegnato da raffinatezze anche concettuali (fors'anche riflesso dell'altissimo livello di giuristi e magistrati che vi avevano contribuito, non o non più avvezzi a occuparsi delle infinite liti condominiali, di responsabilità da circolazione, ecc.) inadatto a una "produzione di massa".

Al che, ne va dato atto, nei richiamati, continui interventi innovativi, si è cercato di porre un qualche rimedio, sia favorendo strumenti "alternativi" di tutela (anche rendendoli obbligatori, dinanzi a una certa riluttanza degli operatori ad avvalersene), sia con la progressiva dilatazione di un modello "sommario" di trattazione,

con ovvia conseguente – per definizione! – decapitazione della cognizione piena; e altrettanto ovvie ricadute non solo sulla struttura del procedimento ma altresì della decisione (e della sua motivazione). I l tutto nel di per sé più che lodevole intento di “snellire” l’*iter* processuale (cui era pur preordinata una normativa sulla semplificazione dei riti, che sembra però aver provocato alquanto confusione) allorché l’organo giudiziario è chiamato a operare “in composizione monocratica” – ciò che ormai può dirsi esser regola per la più parte delle controversie – e in certo senso contrapporlo a quel che a dispetto del ridotto suo spazio operativo seguita a venir riguardato come il modello ordinario.

6. Se è consentito, giust’appunto a mo’ di memoria di chi si era sentito attratto dalla raffinatezza dell’originario disegno processuale (e degli studi che vi avevano condotto) di dare non più che un rapidissimo sguardo d’insieme a quanto via via accaduto, e anche normativamente sancito, vien fatto di esprimere alcuni pur banalissimi rilievi.

Se è vero che una e forse la principale delle ragioni di doglianza che hanno accompagnato la vita della legge processuale va vista nella imprevedibilità dei tempi occorrenti per aver risposta alla domanda di giustizia; e se è vero che in buona misura ciò è da correlare al rilevato eccessivo affollamento dei procedimenti da seguire (cui fa peraltro riscontro la incompressibile libertà di agire); se è vero tutto ciò, come pare indubbio che sia, se ne può prendere le mosse per le preannunziate osservazioni.

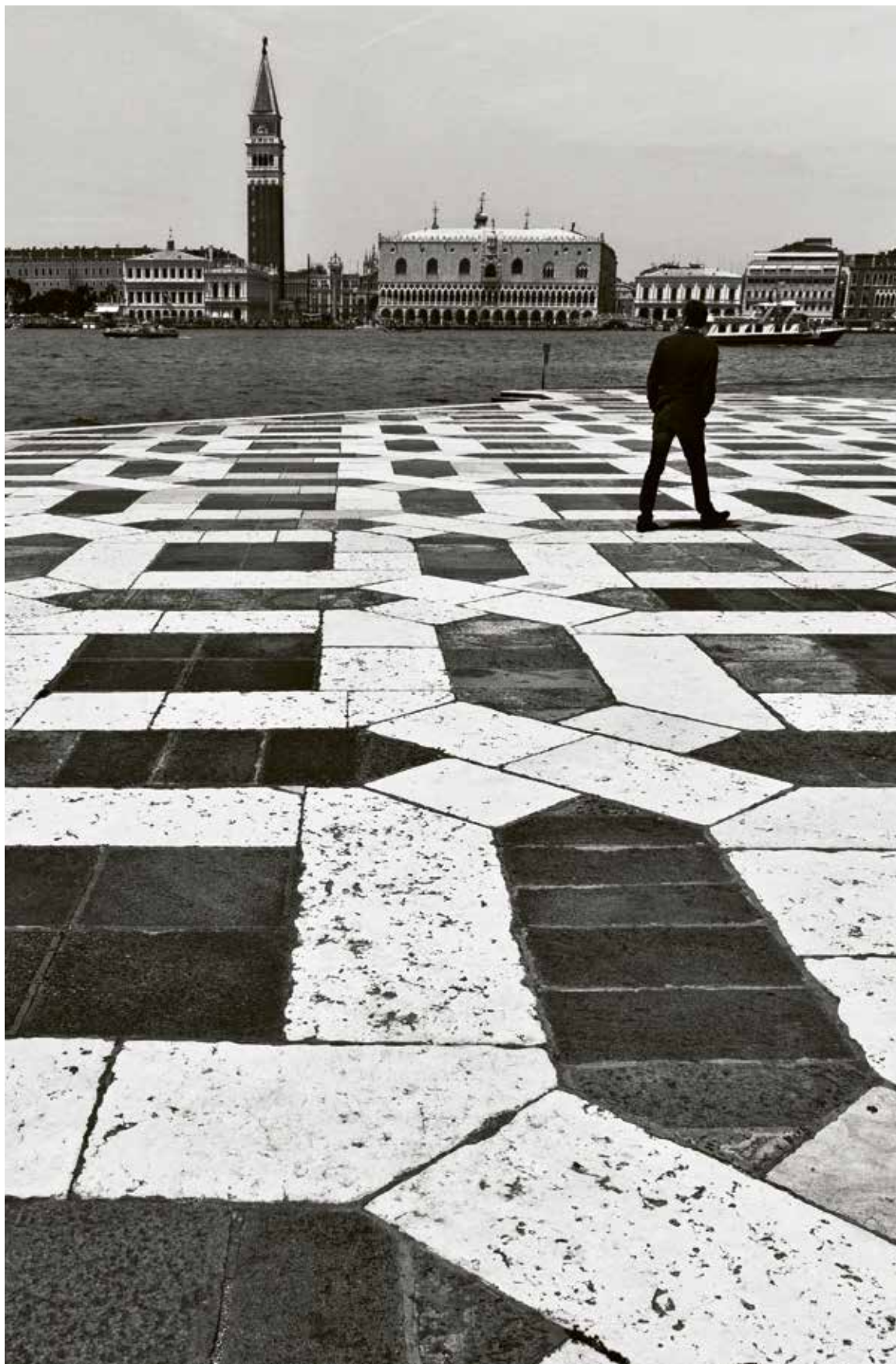
Anzitutto: par lecito considerare positivamente l’idea di dar vita o favorire le anzidette forme alternative di tutela, ancorché debba riconoscersi, per un verso, che esse segnano il distacco dalla giurisdizione come via “normale” per l’attuazione dei diritti, e, d’altro canto (almeno a quel che sembra) non abbiano avuto lo sperato successo traducendosi non di rado in semplice “anticamera” per il ritorno alla via giudiziale. Ad eccezione, vien da aggiungere, e per lo più per vicende che ne meriano la sopportazione dei costi, della via arbitrale, peraltro sempre più caratterizzata da una forse troppo marcata processualizzazione invasiva della autodeterminazione delle parti, che – ben inteso, con il doveroso rispetto di canoni fondamentali di civiltà giuridica – si attenderebbero di trovarvi il regno delle loro libertà.

Sotto altro profilo va pur detto che l’indispensabile ripristino di necessarie, ancorché più o meno elastiche preclusioni (era francamente inconcepibile che,

pervenuti al termine della trattazione, si avesse a ricominciare daccapo, per l’indiscriminata facoltà di nuove allegazioni, produzioni, ecc.), si vede accompagnato dalla fissazione di una quantità di termini per continue memorie e contromemorie, che essendo anche per forza di cose sovente meramente ripetitive non invogliano alla lor lettura e meditazione; mentre (anche, naturalmente, per quanto poco sopra detto) seguita a restare scritto solo sulla carta quella che pur era uno dei cardini della legge processuale, che ancor si vede solennemente sancito dall’art. 180 c.p.c. e alla cui quasi universale disapplicazione vanamente s’era pensato di sopperire quanto meno elevando l’interrogatorio libero delle parti a momento essenziale della trattazione. Ma è sin troppo ovvio per avervi a indugiare che alla traduzione in realtà operativa di quanto pur previsto si oppone il cennato affollamento, ostacolo che si è rivelato insuperabile alla stessa adeguata preparazione di ogni attività da compiere.

Ed ecco venire in luce un aspetto meritevole di qualche attenzione, e che in poche e povere parole si può così tentare di delineare. Da un lato, il finanche eccessivo susseguirsi di atti difensivi previsti vorrebbe assicurare la dialettica del processo, con la più piena osservanza del contraddittorio in ogni momento e per ogni accadimento dell’*iter* processuale; d’altro canto l’inesorabile (e ben inteso, necessario) divieto di sempre nuove allegazioni e produzioni conduce al rischio di quella che può denominarsi una sovrapposizione della realtà processuale a quella effettiva; che peraltro la stessa giurisprudenza sembrerebbe voler attenuare sempre più ampliando, sino a farne una regola generalizzante ove manchino specifiche contrarie disposizioni, la sfera delle eccezioni rilevabili d’ufficio. Così che il proposito (che pare sotteso alle varie innovazioni normative) di snellire il procedimento per in qualche modo alleggerire il gravoso compito del giudicante, viene in concreto a tradursi: – in una compressione della rilevanza delle attività di parte, per il moltiplicarsi delle occasioni di decadenze e/o inutili formalismi impeditivi dell’acquisizione processuale di elementi pur tenuti (magari nell’erronea valutazione di chi vorrebbe prospettarli) degni di considerazione; – e per contro in un incremento dei poteri, che son poi anche doveri, proprio di chi è chiamato a decidere, sì da dar l’impressione, almeno a prima vista, di una sorta di “autoritarismo giudiziale”, non sempre in linea con l’equilibrio del giusto processo.

E ciò, come è agevole intendere, in particolare nei giudizi affidati all’organo in composizione monocratica, e ancor più nel rito “sommario”, ove si vede attribuita



al giudicante il potere-dovere di apprezzare o non la scelta della sommarietà disponendo il mutamento del rito, e anche la valutazione di quali siano le “formalità non essenziali al contraddittorio”; per poi procedere nel modo che egli stesso “ritiene più opportuno” a quanto occorrente per giungere alla decisione.

Ben inteso: siccome le parti debbono comunque essere “sentite”, sarebbe quanto meno improprio il ritenere che esse sian da vedere come ridotte al ruolo del “convitato di pietra”; mentre par di poter asserire che l’esercizio dei poteri officiosi rappresenti alla fin fine il frutto dell’intercorso dialogo fra e con le parti stesse. Così, almeno, dovrebbe essere; che poi concretamente riesca a esserlo, è tutt’altro discorso, che è inutile star qui ad affrontare.

Tutto quanto così rapidamente (e superficialmente) osservato, va visto alla luce e in funzione del più che apprezzabile intento di riuscire alla da tutti auspicata accelerazione dell’*iter* processuale; anche se par lecito avvertire come, fors’anche senza precisa convinzione, così operando venga ad attuarsi quello che non si sa come altrimenti denominare, se non in guisa di trapasso (per carità!, legittimo, perché sancito dalla legge) dalla sovranità della legge a quella del giudice, che pur alla legge è soggetto, e di cui dovrebbe curare l’applicazione anche per non dire *in primis* in materia processuale. Il, a parole tanto declamato “giusto processo” è quello regolato dalla legge, e non dalla maggiore o minore accortezza, sensibilità, rigore, ecc., del singolo giudicante anche per quel che attiene agli “atti di istruzione” (fondamentali quando son da compiere ai fini della decisione), non fosse che per assicurare una almen tendenziale uniformità di trattamento, anche se è ovvio che solo il giudice della vicenda che ha da trattare sa quel che è rilevante per la giustizia della sua decisione.

Son, quelli così rapidamente enunciati, semplicissimi rilievi tali da sfiorare la più assoluta banalità, e che intendono solo manifestare il disagio di chi, formato si quando era proclamato il primato della legge, vede quest’ultima sempre più abdicare alla sua funzione regolatrice. Un tempo era la legge a dettare le regole che il giudice, pur nella sua piena libertà valutativa, era tenuto a seguire; oggi, non sapendo più che fare, nella speranza (o illusione) di alleggerirne il compito, si vede la legge stessa rimettere al giudicante la fissazione del modo più opportuno per procedere.

7. Sotto altro e ben diverso profilo vien da formulare ancora qualche osservazione, come al solito (e del

resto preannunciato) sempre di semplice buon senso. Come ognun sa, per (molti) decenni si è discusso, e i più insigni studiosi del processo vi han profuso la loro attenzione, della più acconcia configurazione dell’“agire in giudizio”; pur avendo finito per notare, uno dei maggiori protagonisti del dibattito, che una tale disputa non aveva poi ragion d’essere. Pur non mancando, naturalmente, di riprendere il tema, la disputa sembra ormai da tempo essersi placata, con (almeno da noi) la visione dell’azione come diritto “processuale” non ad aver ragione (o torto!) ma al giudizio sul merito della proposta domanda di tutela,

Ciò premesso, va però notato come sempre più arduo, costellato per così dire da insidie, si riveli il cammino giust’appunto per pervenire a una pronuncia sul merito, perché a dispetto della vagheggiata semplificazione il continuo moltiplicarsi di oneri e correlate decadenze per l’eventuale inosservanza di taluno di essi conduce non di rado a provvedimenti di inammissibilità; che, quand’anche non riguardanti la sorte definitiva dell’intrapresa vicenda, ne intaccano la “sostanza”, finendo per sottoporre al giudicante (che ovviamente sol di questa può e ha da tener conto) una realtà processuale magari diversa da quella vera. Certo, ogni ordinamento ha le sue regole, e *imputet sibi* chi è incappato nella inosservanza di un onere posto a suo carico: ma, come del resto *olim* si ammetteva, dovrebbe pur esservi la possibilità di un rimedio, tanto più quando si vede proclamare l’esigenza prioritaria di (cercar di) garantire la giustizia “sostanziale” della decisione.

Invece no. Fors’anche (se è consentito un pensiero un po’ maligno, che non vuole peraltro essere irraguardoso verso chicchessia) perché è più agevole accontentarsi di una declaratoria di inammissibilità che gravarsi di più onerose attività, la severità *in subiecca maceria* appare implacabile. E se ne avverte rilevante manifestazione con riguardo ai mezzi di impugnazione, ove tra valutazioni “prognostiche” circa il maggiore o minor grado di ragionevole probabilità di accoglimento, ovvero “filtri” di varia intensità, vengon certo ad accrescersi le occasioni di inammissibilità-improcedibilità, sempre più scolorando l’aspirazione a veder giudicare sulla fondatezza o infondatezza della domanda di giustizia. È certamente vero che assai spesso le impugnazioni proposte appaiono pretestuose e/o inutilmente ripetitive di quanto già ritenuto non poter aver pregio; ma è pur vero che anche per valutare se e quanto sia “manifesta” l’infondatezza delle formulate censure occorre comunque giudicarle *ex novo* e mostrare di averle prese in considerazione, anche se del caso per ribadire il già (da altri) espresso convincimento, come risultato

finale della decisione, comunque palesando di aver superato le dedotte censure. Ciò che, va pur detto senza ipocrisie, non sempre purtroppo è dato di vedere.

È ben vero che (come già taluno osservato anni or sono) il nostro ordinamento è fors'anche troppo "ricco" di mezzi di impugnazione; ma conservarli tutti per renderli inefficienti moltiplicano le ipotesi di loro inammissibilità, non sembra francamente la migliore delle soluzioni. Anche perché resta sempre, sullo sfondo, l'interrogativo più delicato: si è proprio certi che i provvedimenti odierni siano in genere tanto "migliori" di quelli del passato, sì da meritare di esser sottratti al controllo della loro legalità e fondatezza, votandone (troppo) spesso la proposta impugnazione alla inammissibilità? Almeno un dubbio può esser lecito, ancor più quando s'è visto addirittura il Supremo organo giurisdizionale emettere, con lo stesso Presidente del Collegio, due sentenze che a distanza di un mese dicono l'una il contrario dell'altra!

* * *

8. Ma vi è un altro aspetto che il processualista *d'antan* non può non rilevare.

Si diceva un tempo che carattere essenziale del processo era da ravvisare nella sua "strumentalità". Era, questo, anche l'insegnamento reso tradizionale dall'autorità di chi veniva considerato come il fondatore della rinnovata dottrina del processo: quest'ultimo è funzionale all'accertamento dei diritti fatti valere, se ed in quanto giust'appunto accertati mediante lo strumento processuale, non già alla "creazione" di diritti non riconducibili alla volontà di legge o, al contrario, alla "negazione-alterazione" di quanto dalla legge stessa riconosciuto.

E a ben vedere anche chi, facendo leva sulla varietà delle situazioni processuali contrassegnate dalle occasioni, possibilità, oneri, ecc., scolpite dalla legge concludeva nel senso che a fronte di vicende sfociate nel processo "il diritto sta dalla parte di chi vince", non faceva alla fin fine che realisticamente prender atto di quanto pur sempre da riportare alle disposizioni dell'ordinamento.

È da gran tempo, si può ben dire da sempre, che si vede scorrere e discutere di quella che venne chiamata la forza creativa della giurisprudenza ("*die schöpferische Kraft der Jurisprudenz*", per dirla con le parole di uno dei maggiori giuristi di un ormai lontano passato), che, ben inteso, c'è sempre stata e sempre ci sarà, non fosse che per la ovvia ragione che è in sede giurisprudenziale che han da trovar vita concreta le

pur da altri foggiate regole della convivenza civile. E un amplissimo spazio per tale operatività non può non rinvenirsi nell'ambito delle (anch'esse da sempre rinvenibili) c.d. "clausole generali"; di cui al più può dirsi essersi visto estendere il raggio del ricorso ad esse (già moltissimi anni addietro si era parlato addirittura di una "*Flucht in die Generalklauseln*", ma anche per dar ragione di altri men nobili indirizzi). Questo, vien da aggiungere, è l'ambito per così dire naturale in cui la creatività giurisprudenziale ha da trovare il suo regno: *bona fides*, correttezza, e via dicendo, non possono essere "riempite" se non dalla quotidiana esperienza di chi affronta l'infinita varietà dei casi della vita ed è chiamato a valutarli anche alla luce dei mutamenti della sensibilità sociale. Non a caso le si son chiamate anche "finestre" per l'apertura dell'ordinamento dinanzi a esigenze extralegali, nel senso che non si prestano a esser cristallizzate in regole fisse e per ciò solo rimesse a quella che è stata denominata arte giudiziale; rispetto alla quale tutto quel che si può pretendere – anche per rispondere alla invero elementare necessità di una almen tendenziale uniformità di trattamento – è l'individuazione di "tipologie" di comportamenti suscettibili di non difforme apprezzamento.

Nel riquadro così (troppo) rapidamente delineato posson ricondursi diritti ormai presocchè universalmente riconosciuti, quali ad es. di informazione, di protezione, e così via, così come all'inverso situazioni non degne di valutazione positiva (per es., il *venire contra factum proprium*, l'abuso del diritto per "non uso"). Ma con una avvertenza: nell'ambito sopra disegnato la creatività giurisprudenziale è per così dire "mediata", riposando pur sempre sulla volontà di legge, cui si tratta di dare il più appropriato contenuto a fronte delle particolarità delle singole vicende che si presentano, talché nel veder compiere quanto accennato sarebbe non corretto il ravvisare (come altra volta severamente proclamato) "l'ora di nascita di una moderna pretura".

E nel processo, vien ora fatto di chiedersi?

Qui il discorso è, e non può che essere diverso, perché il "cammino processuale" è sempre quello foggato dalla legge, e di creatività giurisprudenziale non può parlarsi se non nei limiti della libertà valutativa che la legge del "giusto processo" rimette al giudicante. Come dianzi appena accennato si può compiacersi o invece lamentare, che l'*iter* processuale appaia sempre più irto di difficoltà frustrando, con il moltiplicarsi di occasioni di inammissibilità, la configurazione dell'agire in giudizio come aspettativa della decisione di merito; ma è pur sempre la legge a comminare le decadenze, preclusioni e via dicendo che conducono

al provvedimento di inammissibilità. Si capisce agevolmente che vi è sempre l'opera del giudice, cui del resto è affidata la direzione del processo, da esplicare in armonia con quanto dalla legge previsto, tant'è che anche la fissazione di termini perentori per il compimento di atti processuali è subordinata alla espressa previsione normativa.

Si manifesta pur tuttavia una certa creatività giurisprudenziale allorché si vedono disapplicare, per non dir più crudamente cancellare, disposizioni che – come a mo' di giustificazione s'è affermato – non paiono reggere a fronte di una interpretazione “costituzionalmente orientata” tale da consentire una diretta “amputazione” senza bisogno di far ricorso al più complesso *iter* disegnato dall'ordinamento. Ciò, va pur detto, ben può esser comprensibile (per es., come è accaduto, in tema di difetto di giurisdizione, per non dover ricominciare daccapo), ma non va nascosto il rischio di una certa confusione, per l'ovvia diversità dei possibili apprezzamenti, mentre in materia processuale sembra evidente la prevalenza della certezza dei percorsi da seguire.

E così, quando in termini generali si vede discorrere di “abuso del processo”, e pur con grande impegno si cerca di trovarne una *ratio* giustificativa che permetta altresì di catalogarne le ipotesi, non può dimenticarsi che ognuno è libero di instaurare tutti i processi che vuole, e ci dovrà pur sempre essere un giudice a darvi risposta, talché il discorso non può che spostarsi sul piano delle sanzioni per l'eventualmente ritenuto abuso, ma non davvero semplicemente nel gettare nel cestino (o cancellando dall'odierno invio telematico) la domanda proposta.

* * *

9. Al termine di questa “chiacchierata” (ché non altrimenti possono venir definite le pagine vergate) che cosa può dirsi a mo' di conclusione?

È anzitutto evidente che quanto via via osservato, disordinatamente, e se così si vuole mescolando diverse cose altro non è che manifestazione di “*Liebesschmerzen und Klagen*”, verrebbe da dire richiamando una composizione musicale; e cioè della delusione provata da chi aveva “creduto” di vedere nel processo, e in particolare proprio nel processo articolato dal codice, frutto di decenni di rinnovata cultura, un “valore” essenziale di civiltà; e ha dovuto sempre più constatarne la inoperatività, determinativa di continui interventi, per parte loro generatori di nuove incertezze.

E qui il discorso potrebbe ancor più allargarsi, sino

a riguardare lo stesso studio, il metodo, le categorie concettuali sempre più elaborate (e anche raffinate). Ma, verrebbe da chiedersi, a che serve “costruire” un sistema, pur dotato di razionalità e coerenza (almeno così si spera), dinanzi alla varietà e talora incoerenza dei comportamenti umani? Può veramente giovare, come si augurava il massimo teorico del processo come rapporto giuridico, a “penetrare l'intima essenza dei rapporti giuridici”, o invece tutto si risolve nel creare sovrastrutture concettuali incapaci di rappresentare la multiforme realtà, si da venir poi tranquillamente ignorate?

E così, solo a ragion d'esempio, a che serve il continuo discettare di pregiudizialità logica distinta da quella giuridica, di successione nel diritto controverso per delimitarne i confini, di motivazione come rappresentazione del percorso logico-giuridico sfociante in quella decisione, e così via, quando poi è dato sovente di dover riscontrare l'inutilità pratico-operativa di tutto ciò? O, peggio, il fraintendimento di quel che si sarebbe inteso proporre o illustrare?

Tanto varrebbe allora rimettersi, senza troppe complicazioni, puramente e semplicemente alla “prudente saggezza” del giudicante che, con il rispetto del contraddittorio qual canone essenziale di civiltà, conduca il procedimento come meglio gli pare opportuno in relazione a quel che ne forma oggetto.

Ma vien tosto da chiedersi: è proprio questo quel che si vorrebbe veder attuare? e ci si rende ben conto di quel che andrebbe a comportare?

La tentazione derivante da un tale pessimismo è forte, e sembrerebbe di vederne suggerire qualche applicazione nella ammirazione che si vede rivolgere a esperienze giuridiche diverse. Ma dovrebbe essere ben chiaro che, così operando, si segnerebbe quella sorta di “detronizzatore” del *conditor juris* che (già in qualche misura operante allorché si abbia a ravvivare la creatività giurisprudenziale), auspicata sì da un valentissimo storico, ma che segnerebbe il vedere nel *dictum* giudiziale non ancorato a base normativa “esterna” qualcosa di vagamente s'imigliante alla *lettre de cachet* di tempi (fortunatamente) trascorsi; e comunque il distacco da un principio che da tre secoli ben può dirsi alla base dello “Stato di diritto” come da noi concepito. Così manifestando che, tuttoché “bacchettata” in varie sedi perché mera ripetizione di luoghi comuni, non fosse poi troppo lontana dalla (sopraggiunta) realtà la ormai centenaria visione del “tramonto dell'Occidente” verso nuove forme di civiltà (che chi scrive è certo di non vedere, senza tutto sommato esserne dispiaciuto).

FRANCESCO BENATTI

La “figura” dell’arbitro

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. L’arbitro come decisore indipendente e imparziale. 3. La difficoltà di una definizione di indipendenza e di imparzialità. 4. Tentativo di costruire una nozione di imparzialità. 5. La scelta degli arbitri: il presidente. 6. (*segue*) L’arbitro di parte.

1. Nel nostro tempo gli studi, e non solo quelli giuridici, manifestano un’accentuata attenzione, rispetto al passato, per l’arbitrato. Le ragioni sono conosciute e non vale ripeterle.

La tendenza che si sta affermando e che incide non poco sulla sua natura, è volta a ridurre l’autonomia dei soggetti coinvolti nel procedimento in evidente contrasto con le ragioni che sono alla base della sua origine e della sua diffusione.

Come è noto, il processo arbitrale è nato e si è sviluppato per rispondere alla volontà delle parti di regolare le controversie al di fuori della giurisdizione dello stato, conformandolo in modo da potere soddisfare essenzialmente le loro esigenze economiche, di segretezza, di libertà di azione senza le barriere che normalmente caratterizzano il processo civile.

Per rispettare la vera funzione dell’arbitrato, come è stato originariamente costruito, dovrebbero essere introdotte, quando lo stato vuole intervenire, solo le norme che costituiscono i principi generali ai quali deve obbedire ogni processo, elencati con precisione da un eminente studioso del diritto processuale, Elio Fazzalari¹. In breve, tali principi si riassumono nella partecipazione al processo di coloro nel cui patrimonio sono da riversarsi gli effetti dell’atto finale, nell’instaurazione del contraddittorio con un atto che indichi con chiarezza e completezza il *thema decidendum*, nell’utilizzo di forme di comunicazione che assicurino agli interessati la conoscenza di tale atto, nello scambio e comunicazione delle iniziative, nella facoltà di ciascuno dei contendenti di addurre mezzi

di prova e di controdeduzioni nei riguardi di quelli di controparte, di partecipare alle attività istruttorie e di dispiegare le proprie ragioni in contraddittorio con l’avversario, con “lealtà e probità”.

Oggi si assiste all’abbandono dell’indirizzo volto a codificare solo le linee guida tipiche del processo appena elencate e ci si è avviati a dettare una disciplina articolata, che si avvicina sempre più al processo civile². Questo modo di costruire l’arbitrato incide sulla “figura” dell’arbitro, che si tende a parificare a quello del giudice togato non già sulla base di un razionale pragmatismo che risponda alla realtà della differente natura del processo ordinario rispetto a quello arbitrale, ma attraverso una rigorosa analogia con il giudice togato, ritenendo che entrambi siano collocati nella stessa posizione, dimenticando quello che è un dato caratterizzante ed ineliminabile dell’arbitrato, in cui alle parti è demandato di contribuire alla formazione del collegio.

2. L’attuale indirizzo impresso all’arbitrato induce ad affermare che l’arbitro – al pari di quelli che assumono la veste statuale di decisori – deve essere autonomo, neutrale, indipendente ed imparziale. Sono quattro qualificazioni che ricorrono in dottrina, la quale procede alla loro definizione nei modi più diversi. Volendosi fermare alla sostanza, esse si riducono all’indipendenza e all’imparzialità: le altre confluiscono, salvo qualche sfumatura, in queste due.

Si può tentare – prima di accertare come possano nella pratica concretizzarsi in un soggetto – un’esplorazione degli elementi che le connotano, in particolare se vi sia una nozione che possa essere condivisa oppure qualche dato caratterizzante di non possibile divergenza e da essi partire per l’individuazione di un soggetto che abbia tali caratteristiche.

Muoviamo da quella di “indipendenza”. Ci si pone la stessa domanda che Paolo Ferro Luzzi si è posto per

1. E. FAZZALARI, *Procedimento (teoria generale)*, in *Enc.dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 833; ID., *L’arbitrato*, Torino, 1997, p. 16 nota 4.

2. Un accenno in G. HORSMANN, *La fusione della giustizia pubblica e della giustizia privata*, in *Contr. e imp.*, 2017, p. 1234.



i c.d. amministratori indipendenti: “Indipendente ... da chi, da che cosa?”³.

Indipendente significa “non dipendente; ogni definizione al negativo è peraltro certamente insufficiente; in effetti dire ciò che una cosa non è poco significa per identificare ciò che una cosa è, il problema essendo infatti ad un tempo identificare la ‘fattispecie’: cosa determina in un soggetto l’indipendenza”⁴.

Si potrebbe, anzitutto, sostenere che è indipendente chi assicura l’interesse altrui “senza l’incidenza deviante di inquinanti interessi, propri dell’agente o di altri, interessi comunque diversi da quelli che occorre perseguire”⁵. Se così fosse, indipendente potrebbe essere l’arbitro non contiguo, e questa è l’idea maggioritaria.

Questa conclusione non ha, però, portata generale, perché l’arbitro non vicino ai soggetti coinvolti nella lite, può avere interesse a privilegiare una parte per una pluralità di motivi (ad esempio: tentativo di futuro accaparramento come cliente, attenzione alla parte più forte per ragioni sociali) e viceversa l’arbitro contiguo può voler mantenere e mostrare un valore reputazionale di professionalità e perciò, nel nostro caso, l’autonomia di giudizio⁶.

3. È il titolo di un bel saggio, pubblicato in *Riv.soc.*, 2008, p. 204 ss.

4. P. FERRO LUZZI, *op.cit.*, p. 204.

5. P. FERRO LUZZI, *op.cit.*, p. 206.

6. P. FERRO LUZZI, *op.cit.*, p. 207. V. anche L. DE ANGELIS,

Più complesso e di difficile costruzione, è il concetto di “imparzialità”. Essa è un atteggiamento dello spirito che caratterizza la forma *mentis* di una persona nella guida nel suo operare. Procedere alla sua specificazione e rilevare come possa esteriorizzarsi è quasi impossibile.

Si potrebbe pensare che è imparziale chi tratta i contendenti in modo uguale, senza alcuna preferenza per l’uno o per l’altro, e senza atteggiamenti discriminatori oppure chi dà ragione a chi ha ragione e torto a chi dà torto e così via. Si tratta di formulazioni generali e prive di significato, perché l’imparzialità si mostra soprattutto nel momento della decisione. E qui sta il punto cruciale.

Un esperto processualista è convinto che l’imparzialità alberghi in chi ha “una solida base etica e culturale”⁷. Questa asserzione è più una elegante notazione linguistica che un modo convincente per affrontare il problema.

Incominciamo dall’eticità. Esiste un’etica personale

Sul requisito dell’indipendenza degli amministratori indipendenti, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2018, I, p. 583, il quale avverte che l’indipendenza è soprattutto “uno stato morale di un soggetto ... che difficilmente può essere attestato dal rispetto di parametri esterni ed oggettivi” (p. 591). L’osservazione è svolta nei confronti degli amministratori indipendenti, ma vale anche per l’arbitro, data un’affinità tra le due figure.

7. F. CARPI, *L’indipendenza e l’imparzialità dell’arbitro. La sua responsabilità*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2018, p. 241.



e una professionale. Possono essere disgiunte, ma ai terzi interessano entrambe. L'etica dipende da vari fattori, religiosi, civili, sociali e di appartenenza ad associazioni.

Rispetto a queste ultime, in presenza di una disputa se fosse ricusabile o meno un arbitro a causa della comune appartenenza con una parte all'Opus Dei, un giurista di alto livello, dopo un'analisi dello statuto e del vincolo che lo lega agli altri componenti dell'associazione, ha espresso un parere perplesso, quasi affermativo, perché intravede un vincolo stringente, coinvolgente tra i membri dell'organizzazione che si realizza non solo nella preghiera (culto, spiritualità, funzione dottrinale), ma anche nell'attività professionale. A taluno non può piacere questa visione totalizzante, ad altri invece può apparire una espressione di profonda e convinta onestà, molti possono restare indifferenti⁸. La soluzione accolta, pur con timidezza, da Pietro Rescigno può essere condivisa o non condivisa. Vero è che è stata disattesa da un'ordinanza del Presidente del Tribunale di Milano del 24.11.2008 in relazione ad un arbitro e ad una parte, entrambi iscritti al Rotary⁹.

Lo stesso giurista ha, poi, prestato attenzione alle ipotesi di aderenza a confessioni religiose, a sindacati, partiti politici, sostenendo che esse sono "funzioni

sociali 'tipiche', in quanto storicamente consolidate e sul piano positivo munite di ulteriore specifica garanzia costituzionale". Una elementare indagine sulla natura e gli effetti della partecipazione individuale a siffatte comunità non conduce – scrive ancora Pietro Rescigno – a ravvisarvi il presupposto di comuni concezioni di ogni aspetto della vita concreta, a cominciare dal lavoro professionale e con l'attribuzione allo stesso di un carattere qualificante della persona.

Concludendo in modo diverso rispetto all'Opus Dei, questo eminente giurista non ha avvertito che anche per queste c.d. società intermedie il problema sembra essere lo stesso. L'aderenza, ad esempio ad un partito politico, può incidere sulla visione della realtà e sulla concezione del diritto e questa constatazione conduce ad affrontare una fondamentale questione, oggi al centro della discussione: quale sia il metodo da adottare e conseguentemente quali siano i poteri del giudice. Così dall'eticità si passa alla "cultura". Nell'ambito giuridico la "cultura" non può che essere valutata in relazione alle conoscenze di settore (pur ampliata da sensibilità economica) ed allora si va incontro alla questione del metodo oggi oggetto di un acceso dibattito tra c.d. originalisti e c.d. evolucionisti (forse creativisti).

Il più strenuo ed autorevole sostenitore dell'attività creatrice del giudice è lo storico Paolo Grossi, per il quale è "giunta l'ora di deporre dal suo trono intangibile il legislatore, sovrano ormai sterile, e di desistere dal conclamare un assolutismo giuridico decisamente

8. P. RESCIGNO, *Rapporti associativi, indipendenza e ricusazione dell'arbitro*, in *Riv.arb.*, 2012, p.273 ss.

9. In *Riv.arb.*, 2008, p. 26.



fuori tema”¹⁰. La sua opinione è seguita strettamente da alcuni, mentre da altri in modo più attenuato.

Fernandoci all’arbitrato, ci si interroga: che cosa possono chiedere le parti all’arbitro? che sia libero di decidere sulla base di valori e principi da lui scelti oppure con un’attività interpretativa basata sul testo inteso nella continuità storica? Qui è in gioco la certezza del diritto e di conseguenza le attese delle parti e la probabilità della decisione.

Se si abbandonano le riflessioni di mera astrazione teorica e di teoria generale e ci si ferma ad esaminare aspetti specifici suggeriti dalla dottrina e dalla giurisprudenza, non si fa alcun passo avanti.

In una recente monografia in cui si è approfondita la nozione di imparzialità¹¹, non si trovano sufficienti dati per coglierne l’essenza. Essendo uno studio attento, questa è una prova della difficoltà anche solo di proporre una definizione, che non sia di stile o zeppa di luoghi comuni. Si colgono molte esemplificazioni e la conclusione è, in sintesi, che essa “si estrinseca nel comportamento dallo stesso [arbitro] tenuto. Compor-

tamento che può avere plurime manifestazioni, quali, ad esempio, l’astensione da ogni contatto con la parte che lo ha designato; la segretezza, in particolare su quanto avviene in camera di consiglio ...¹²”. Alla fine dell’opera citata c’è la confessione sincera che “l’effettiva imparzialità dell’organo giudicante, in quanto qualità soggettiva, è più difficile da misurare¹³”. Invero non si trovano sentenze sulla violazione dell’imparzialità (tranne di casi eccezionali di dolo, il che è un’altra cosa), ma solo sulla contiguità.

Anche in giurisprudenza è raro trovare motivazioni che si soffermano sull’imparzialità. Si può citare il passo di una sentenza non recente che considera imparzialità un valore “astrattamente ispirato da intenti di obiettiva ricerca degli elementi della materia del contendere e da una non preconcepita valutazione dei dati che la costituiscono¹⁴”, ricollegandola alla buona fede. Anche seguendo questa via, l’arbitro – una volta in possesso di tutti gli elementi messi a sua disposizione dalle parti – come si orienta? dipende dal suo modo di pensare, dalla sua preparazione, dalla preferenza

10. *Ritorno al diritto*, Bari, 2018, p. 78. Il suo pensiero è diffusamente espresso anche nella raccolta di saggi *L’invenzione del diritto*, Bari, 2017.

11. C. SPACCAPELO, *L’imparzialità dell’arbitro*, Milano, 2009.

12. C. SPACCAPELO, *op.cit.*, p. 105.

13. C. SPACCAPELO, *op.cit.*, p. 106.

14. Trib. Venezia, 29.11.1989, in *Giur.it.*, I, 2, c. 52.

di determinate posizioni rispetto ad altre, dalla sua volontà di equilibrare la posizione delle parti (volgarmente: per non dispiacere a nessuno), dall'uso che vuole fare della buona fede e più in generale delle clausole generali e dei concetti indeterminati.

Può essere anche suggestivo ritenere che l'imparzialità possa fondarsi sull'astrazione dal rapporto controverso dei diversi interessi contrapposti e poi procedere ad una valutazione del peso che ciascuno di essi ha nella fattispecie oggetto del giudizio. Potrebbe essere una visione sostanzialistica della lite e quindi soddisfare. È il c.d. bilanciamento degli interessi che ha radici lontane nel tempo della *Interessenjurisprudenz* e che ha, nella sua deviazione, giustificato – nella Germania degli anni 30 – la conservazione del codice liberale del 900, malgrado il nazionalsocialismo imperante: invero il bilanciamento veniva attuato in conformità l'ideologia dominante e pertanto non c'era necessità di modificare il codice. Il pericolo del bilanciamento sta nel criterio della misura e questa è nella piena disponibilità dell'arbitro (come del resto del giudice). Se può stabilire la preferenza di un interesse rispetto a quello contrapposto secondo un principio o valore scelto secondo il suo modo di concepire l'arbitrato, la società, l'economia, si può ancora parlare di imparzialità?

Non resta che concludere che l'indipendenza e l'imparzialità (malgrado la prima si tenti di verificare attraverso una ricerca casistica e poi da essa fare discendere la seconda), sono qualità soggettive del giudicante, non definibili e difficilmente accertabili.

3. La constatazione delle difficoltà di proporre una nozione di imparzialità, la quale presuppone un metodo condiviso, valori e principi unanimemente accettati e di sicura estrazione dall'arbitro e la possibilità di calcolare le probabilità della decisione insieme al potere di controllo sulla base di parametri oggettivi (e questo è una questione fondamentale della nostra giustizia), induce ad accontentarsi di accertare – per limitarsi all'arbitrato e non aprire un dibattito più ampio, oggi, in via di svolgimento – se e in che limiti vi sia una qualche vicinanza dell'arbitro con gli altri membri, con i componenti le difese e le parti sul presupposto che chi non è contiguo, è non solo indipendente, ma anche imparziale. È una finzione, ma non si può andare oltre. Il nodo va sciolto, perché non si può restare in una situazione di totale negatività, soprattutto senza una soluzione pratica. Un giudice, che sia terzo, è necessario di fronte ad una lite. Se si sceglie l'arbitrato (per il giudice togato il problema è ancor più complesso, tanto che oggi si trova in circolazione una quantità non

piccola di scritti, ma non una conclusione), bisogna pure tentare di delineare un profilo se e come possa configurarsi lo stato di imparzialità.

Un prezioso volume recente il cui autore è un professionista di vasta cultura e di notevole esperienza pratica offre spunti di riflessione, stimolando il lettore¹⁵. L'imparzialità è un insieme di qualità che si concretizzano in una attitudine allo studio, riflessione e accuratezza dei dati fattuali, equilibrio e distanza dalle proprie preferenze politiche, sociali e giuridiche nella ricerca di una soluzione che commisuri il fatto al contenuto della norma applicata, autocontrollo e consapevolezza delle conseguenze della decisione, soprattutto buon senso. Significa ancora attitudine ad evitare errori cognitivi¹⁶ ed infine un uso appropriato della scienza. Richiede doti umane e capacità di relazione. Da ultimo l'imparzialità emerge dalla motivazione, che deve essere convincente, chiara e del tutto esplicativa delle ragioni del decidere. È vero che l'art. 823, n. 5 richiede "l'esposizione sommaria dei motivi", ma ciò significa "concisione" e stringatezza, non sbragatività, superficialità, trascuratezza, ridondanza. Un giurista di alto profilo¹⁷ ha messo in luce l'importanza della motivazione "per rendere comprensibile (e se del caso commentare) il processo logico – giuridico seguito da chi ha il delicatissimo compito di giudicare 'gli altri'". Dal suo tenore si può comprendere se l'arbitro è stato neutrale e nell'argomentare il suo distacco dagli interessi delle parti.

In sintesi, imparziale è l'arbitro che nella sua attività non desta "sorpresa".

L'assenza di imparzialità non ha, se non in casi estremi difficilmente ricorrenti nella pratica, una punizione giuridica, ma una efficace sanzione sociale con la perdita di fiducia, di affidabilità, di serietà nel mondo delle professioni. Nascono implicazioni reputazionali di non poco conto.

4. Si dice che l'arbitro è pagato per fare il suo dovere e la nomina di un soggetto inadeguato può tramutare l'arbitrato in un gioco d'azzardo¹⁸.

15. L. LAMBERTINI, *La neutralità benevola dell'arbitro di parte nel giudizio di equità*, Verona, 2017.

16. Sui quali v. il saggio di E. RIMINI, *Arbitrato ed i possibili errori cognitivi dei suoi partecipanti: brevi note e alcune cautele da osservare nella fase della istruzione probatoria*, in *Giur.arb.*, 2017, p.

17. V. COLESANTI, *Note in tema di crisi e "rinascenza" della motivazione*, in *Riv. dir.proc.*, 2017, p. 1399.

18. Da L. LAMBERTINI, *op.cit.*, p. 28 e 27.

Queste poche righe riassumono l'importanza della scelta: da essa dipende in larga misura il corretto ed equilibrato svolgimento della procedura¹⁹.

Si inizia l'indagine sulla modalità di designazione del terzo, sulla quale dà normalmente indicazioni la clausola compromissoria. Se essa viene demandata alle parti e agli arbitri, è nella loro piena responsabilità la designazione e qui il tema si sposta sugli arbitri di parte di cui si dirà più avanti.

Il problema nasce, quando manca l'accordo. La clausola compromissoria indica chi deve provvedere. Si tratta subito di un soggetto che riveste una carica c.d. istituzionale, presidente di tribunale, corte d'appello, cassazione ecc. oppure di camere di commercio, camere arbitrali ecc.

È diffusa opinione che un tale soggetto, proprio per la sua posizione, sia persona che desta fiducia e perciò ci si affida alla sua competenza, sicuri che farà bene.

In questo diffuso modo di pensare si annida un equivoco. La carica è un mero "nome", riassuntivo di un insieme di compiti assegnati ad una persona. E su di essa che si deve concentrare l'attenzione. Il c.d. "rispetto" verso le istituzioni, così tanto declamato ed enfatizzato in ogni settore, non implica di per sé "rispetto" (il che non significa uso di un linguaggio inelegante) verso il soggetto incaricato. Questo è un uomo, con i suoi vizi e le sue virtù, e quindi la sua valutazione dipende dal modo con cui svolge la sua funzione. Perciò non può essere immune da critiche né essere esente da apprezzamenti non positivi, senza che debba scandalizzare e suscitare biasimo chi manifesta serie perplessità sulla condotta. Il pericolo sotteso, che si concretizza nel timore reverenziale, è la soggezione al ruolo e il timore di reazioni, così mettendo in luce la debolezza del sistema.

Consegue che al momento della redazione della clausola compromissoria la scelta del designatore non può essere basata sulla persona per il posto che occupa, perché può mutare al momento della richiesta della nomina. Neppure si può nutrire fiducia nella carica, perché questa di per sé è un segno distintivo positivo, solo se bene esercitata.

Questi rischi, non infrequenti nella pratica, possono essere attenuati, non superati, in due modi.

Anzitutto le parti devono impegnarsi a raggiungere un accordo: nell'esame dei vari nomi che vengono proposti, bisogna evitare di insistere o propendere solo

per quello o quelli a loro più vicini, perché in questo caso non si raggiungerà mai una condivisione. Se devono cercare soggetti che possano presentare quelle qualità di cui si è fatto cenno nel paragrafo precedente oppure si avvicinino almeno in qualche misura.

Se non fosse possibile, sarebbe opportuno che chi deve procedere alla designazione tenga un comportamento responsabile e avveduto. Ascolti, in primo luogo, le parti per conoscere l'oggetto della controversia, accerti se sia possibile trovare una concorde convergenza su un nome e nel procedere alla nomina eviti la c.d. rotazione (che è di moda nelle camere arbitrali e anche, talvolta, nei tribunali), non dia la sensazione, in mancanza di rotazione, che prevalgono l'amicizia e i rapporti personali oppure interessi occulti (anche discriminatori) che nel nostro tempo non tarderebbero ad emergere (e le critiche, seppur nei parlottii sotto traccia, non mancano e si diffondono con scredito della c.d. istituzione). Soprattutto le Camere arbitrali, essendo composte da membri che vengono dall'avvocatura e dal mondo degli affari, evitino conflitti di interessi anche virtuali. Devono guardare all'autorevolezza della persona e la sua idoneità e competenza a giudicare con riguardo ad una determinata lite, alle parti e ai loro difensori e solo a quelle. Se la scelta viene effettuata attraverso un procedimento attento, oculato e privo di condizionamenti interni ed esterni, anche la nomina da parte di un terzo non può non dare luogo ad insoddisfazioni e a malumori.

5. La scelta dell'arbitro di parte e la sua posizione nel procedimento è un tema oggi al centro di un dibattito, le cui conclusioni incidono non poco sulla formazione del collegio arbitrale e sullo svolgimento della procedura. La discussione sarebbe inutile se nella pratica operasse il principio, che è ripetutamente espresso nella letteratura specializzata di tutti i paesi, secondo cui la parte sceglie l'arbitro, che – pur godendo della sua fiducia – non è contiguo e, come tale, è pronto ad adempiere il suo mandato con imparzialità, così come è prescritto dalle norme e dai regolamenti delle camere.

Questa tendenza dottrinarica, oggi di moda ed esaltata soprattutto dalle istituzioni arbitrali tanto che su di essa basano la loro fortuna, è frutto di una visione astratta della prassi, prescinde del tutto da come le cose vanno nella realtà ed è espressione di un puritanesimo che accontenta i processualisti e soddisfa gli enti che amministrano gli arbitrati: a loro dire essi garantiscono l'assenza di condizionamenti e di influenze esterne nella conduzione del procedimento, assicu-

19. Qualche esemplificazione interessante in G. HORSMANN, *op.cit.*, p. 1230 ss.



rando gli operatori che non si verifichi nulla di anormale e di scorretto, perché, al fondo, questo è il loro asserito principale compito.

Questo atteggiamento deve essere sfatato. Il problema va visto alla luce di quello che avviene nel mondo degli affari e perciò con lo sguardo non già del teorico, bensì di chi vive l'esperienza pratica, comprendendo la vera ragione della preferenza per l'arbitrato che sta non tanto nella rapidità, snellezza, difficoltà di scegliere una giurisdizione negli arbitrati internazionali, quanto soprattutto nella facoltà di scegliere un giudice e partecipare alla composizione del Collegio. È un ritorno alle origini non già per riprendere antichi percorsi, bensì per cogliere il vero significato dell'arbitrato e attualizzarlo in linea con le tendenze del nostro tempo, sopraffatto dallo stile anglosassone²⁰.

Nelle pagine precedenti si è cercato di mettere in luce come non si possa configurare una nozione di im-

parzialità, e perciò si è tentato di supplire attraverso l'individuazione di alcuni dati considerati essenziali per essere un buon arbitro. Essi devono caratterizzare tutti i componenti il Collegio, dal terzo a quelli di parte. Rispetto a questi ultimi va indicata un'ulteriore particolarità. Come è noto, essi sono nominati per la fiducia riposta da una parte e perciò non possono dimenticare questo gesto, al quale sono moralmente tenuti a corrispondere. L'enfatizzata tesi del mandato collettivo, che caratterizza l'incarico affidato a ciascun membro, è solo una giustificazione giuridica dell'incarico, ma difficilmente incide sulla psicologia e sul modo di comportarsi dei vari componenti.

Questa notazione ha indotto taluno ad auspicare la nomina dell'intero collegio alle istituzioni, escludendo la designazione delle parti²¹. Si tratta di tesi, che si dissolve appena si obietta che l'essere designato dalla parte non elimina il problema dell'imparzialità, perché non si sa in che cosa consista né, anche volendone avanzare un'idea, come possa essere accertata in una persona, senza dimenticare che anche le designazioni fatte da un terzo possono avere quelle debolezze prima accennate, e che la composizione delle camere, piena di avvocati o rappresentanti di istituzioni, pos-

20. Va fatta questa notazione. Di solito negli arbitrati amministrati, che sono i più frequenti, la camera controlla l'indipendenza degli arbitri scelti dalle parti attraverso la loro dichiarazione. Deve, però, evitare questo grave vizio. A parte i casi anomali, la camera deve "confermare" l'arbitro o gli arbitri se le parti non muovono eccezioni alla loro designazione, perché – in caso contrario – da un lato violerebbe il principio dell'autonomia privata e dall'altro esorbiterebbe dalla sua funzione che è quella di non entrare nel merito della scelta fatta dai soggetti contendenti.

21. F. CARPI, *op.cit.*, p. 241; TARUFFO, *Note sull'imparzialità dell'arbitro di parte*, in *Riv.arb.*, 1997, p. 491.



sono avere palesi o occulti conflitti di interesse, per cui è solo ingenuità ritenere che possano essere evitati con la non partecipazione alla seduta in cui avviene la designazione.

Chi manifesta dubbi su eventuali comportamenti censurabili che l'arbitro di parte può tenere, dovrebbe sapere che essi dipendono non già dal fatto che il soggetto è "di parte", ma dalla sua "qualità" di professionista. Chi dissente dalla decisione solo per compiacere chi l'ha nominato, provoca tensioni nello svolgimento del processo (cioè non discute con serenità e competenza), difende interessi non difendibili o propone tesi capziose o di scarsa fondabilità, prospetta sempre incertezze, dubbi e perplessità che sono sostanzialmente tendenziosi, questo è un arbitro "non decoroso".

Come ho scritto più volte, l'arbitro di parte deve essere "di parte", cioè come dice nello scritto più volte già citato Lamberto Lambertini²², deve possedere una "neutralità benevola", che non significa altro che attenzione alle ragioni di chi l'ha scelto. Non può es-

sere diversamente, perché altrimenti tradirebbe l'incarico affidatogli e assumerebbe una posizione anche eticamente non compatibile con la natura della sua funzione.

Il suo compito non è di "difendere" la parte, perché non è il suo avvocato, bensì rappresentare, con il contributo della sua scienza, dello studio accurato della controversia, con l'apporto delle sue riflessioni, con un'analisi attenta delle posizioni contrapposte, cogliendone tutte le sfumature e implicazioni, il punto di vista ragionevole di chi l'ha designato. Deve essere un soggetto che si distingue per "autorevolezza", per competenza, serietà e onestà etico-professionale e ciò non può che incidere sull'esito della lite, perché la sua parola sarà ascoltata, sapendo che proviene da chi ha fatto pienamente il suo dovere, temperando la fiducia di chi l'ha nominato (con l'enunciazione delle sue ragioni) con la rispettosa valutazione dell'insieme degli interessi in gioco nell'osservanza rigorosa della complessità dell'ordinamento.

22. Si veda il titolo del suo volume alla n. 15

Brevi considerazioni a margine de i “Fatti illeciti” di Giovanna Visintini

Mai come oggi – affermava quasi quindici anni orsono Giulio Ponzanelli¹ –, le regole della responsabilità civile hanno guadagnato spazio, sollecitato l'attenzione del legislatore, diviso la dottrina, posto interrogativi alla giurisprudenza, appassionato la società civile: la quale chiede sempre più spesso giustizia, anche per il tramite del risarcimento dei danni, ed è sempre meno pronta e disponibile ad accettare che fatti illeciti rimangano privi, in alcuni contesti, dei rimedi adeguati. Mai come oggi la responsabilità civile ha bisogno – proseguiva nella prefazione a *“La responsabilità civile”* – di uno statuto che aiuti l'interprete – sia esso avvocato, giudice, consulente o responsabile dell'ufficio legale di una organizzazione aziendale – nel procedere alle scelte sempre più difficili poste dai nuovi problemi, dai nuovi tipi e dalla nuova quantificazione dei danni, mentre si assiste al passaggio da perduranti regole di immunità ad una generale tutela in termini di responsabilità.

Riflessioni ed esigenze – quelle poc'anzi ricordate – ancora assai fresche e attuali, soprattutto se si considera che la rivisitazione dei modelli normativi della responsabilità civile ha assunto oggi, anche e soprattutto per impulso del legislatore comunitario, sempre più spesso orientato da una lettura fortemente economicistica del diritto, un'accelerazione e, al contempo, una frammentazione senza precedenti nella storia del diritto².

Peraltro, già nel corso del '900 l'espansione della responsabilità civile è stata caratterizzata, per un verso, dal diffondersi di regimi speciali che hanno accentuato la frammentazione dell'istituto e, per al-

tro verso, dall'allargamento del principio generale e dalla ricerca di unitari fondamenti valoriali. I mutamenti qualitativi e quantitativi del danno hanno poi rinnovato costantemente la dialettica tra generale e speciale, modificato la nozione di danno ingiusto, condotto a una crescente ibridazione dei modelli puri e moltiplicando le funzioni della responsabilità civile, rendendo le teorie unitarie spesso inadeguate a spiegare la complessità del presente³.

Se allora già il nostro stesso ordinamento giuridico non contempla una definizione unitaria di responsabilità civile⁴, è lo stesso termine responsabilità ad essere utilizzato dalla dottrina, dalla giurisprudenza e, come detto, dallo stesso legislatore – italiano prima, comu-

3. Così, G. CAZZETTA, *Danno ingiusto e 'governo' della società fra distinzioni e unità valoriale del sistema*, in *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, a cura di Giuseppe Conte, Andrea Fusaro, Alessandro Somma, Vincenzo Zeno-Zencovich, Roma 2018.

4. La stessa Autrice ci ricorda, a p. 43 dell'Opera in commento, come l'istituto della responsabilità civile comprende tutte le regole in base alle quali l'autore di un danno è obbligato a risarcirlo. Tra queste figurano la serie degli artt. 2043 cod. civ. e ss., dedicati ai fatti illeciti, la serie degli artt. 1218 cod. civ. e ss. dedicati all'inadempimento e alla valutazione del danno e una quantità di testi legislativi sparsi nelle varie sedi di regolamentazione specifica dei singoli contratti quali gli artt. 1494 (vendita), 1578 e 1588 (locazione), 1668 (appalto), 1681 (trasporto di persone), 1693 (trasporto di cose), 1768 comma 2° (deposito), 1783, 1784, 1785, 1785-bis (deposito in albergo), 1787 (deposito nei magazzini generali), 1812 (comodato), 1821 (mutuo), 1839 (cassette di sicurezza), 408, 409, 412 cod. nav. (trasporto marittimo di persone), 422 cod. nav. (trasporto marittimo di cose), 942 cod. nav. (trasporto aereo di persone), 951 cod. nav. (trasporto aereo di cose); e nelle sedi dove è disciplinata la violazione di obblighi derivanti da fonti diverse dal contratto e dal fatto illecito, come negli artt. 2030, 2031 cod. civ. (gestione d'affari altrui), 2041 cod. civ. (arricchimento ingiustificato), 1338, 1398, 1440 cod. civ. (trattative precontrattuali), 872 cod. civ. (violazione delle norme di edilizia), 2116 comma 2 cod. civ. (rapporti di lavoro di fatto).

1. *La responsabilità civile, Tredici variazioni sul tema*, a cura di G. PONZANELLI, Cedam, 2002.

2. Cfr. J.L. COLEMAN, *La pratica dei principi. In difesa di un approccio pragmatista alla teoria del diritto*, Bologna, il Mulino, 2006 [ed. orig. 2001]; ma si cfr. anche Id., *Risks and Wrongs*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

L | A
 LAMBERTINI & ASSOCIATI
 Studio Legale

CONVERSAZIONE CON L'AUTRICE

FATTI ILLECITI
FONDAMENTI E NUOVI SVILUPPI
DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE



Mercoledì 22 Maggio 2019
 Ore 16

PALAZZO CANOSSA, CORSO CAVOUR 44
 VERONA

NE DISCUOTONO

STEFANO TROIANO
 Università di Verona

LAURA PERNIGO
 Avvocato

GIOVANNI AQUARO
 Avvocato

CONCLUDE

GIOVANNA VISINTINI
 Università di Genova

nitario poi – per identificare spesso modelli tutt’altro che omogenei. E nella prospettiva ora delineata, basti scorrere la classificazione delle diverse nozioni di responsabilità svolta, già nei primi anni ’60, da Stefano Rodotà ne “*Il problema della responsabilità civile*”⁵, o ripercorrere i tentativi di catalogazione a più riprese effettuati dalla dottrina – di volta in volta tesi a riunificare la responsabilità sotto un unico paradigma⁶ o, di contro, a valorizzare della stessa i tratti peculiari e distintivi⁷, indicando come ciascun modello costituisca una categoria autonoma e indipendente dagli altri – per trovare conferma dell’assunto di partenza: che, cioè, il problema della responsabilità civile consiste prima di ogni altra cosa nell’identificazione dei tratti

peculiari di un paradigma che è di per se stesso declinabile in una serie di modelli e prospettive profondamente differenti tra loro. E, questo, è tanto più vero se si considera il fatto che i tentativi classificatori succedutisi nel tempo e poc’anzi ricordati si sono concentrati unicamente sui modelli forniti dal codice civile senza ricomprendere, ovviamente, gli altri modelli di responsabilità che, nel tempo, si sarebbero andati sedimentando, entrando a tutti gli effetti a far parte del tessuto giuridico e rispetto ai quali, sebbene sia oggi agli stessi impossibile negare cittadinanza nella più ampia categoria della responsabilità civile, non erano di diretta previsione codicistica.

Solo per fare alcuni tra gli esempi possibili, si pensi, in materia giuslavoristica, alla responsabilità solidale di committente e appaltatore per tutti i danni per i quali il lavoratore, dipendente dall’appaltatore o dal subappaltatore, non risulti indennizzato ad opera degli istituti previdenziali⁸. O si pensi, nel campo della

5. S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 41 e ss.

6. Si veda, ad esempio, F. CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, 744.

7. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006.

8. Art. 26, quarto comma, D. Lgs. 9 aprile 2008, n. 81.

tutela della proprietà industriale, all'art. 125 del Codice della Proprietà Industriale⁹ che prevede un modello di responsabilità, di derivazione europea, che – indipendentemente dal fatto che se ne vogliano sottolineare il connotato di tutela effettiva degli assetti proprietari o le potenzialità deterrenti e sanzionatorie – comunque introduce un meccanismo apparentemente estraneo all'ordinamento giuridico italiano¹⁰. O, ancora, si ponga mente al dibattito sviluppatosi attorno al rapporto esistente tra la stessa responsabilità contrattuale, derivante dalla violazione di obbligazioni preesistenti, e la responsabilità extracontrattuale, derivante dalla violazione di un dovere¹¹ e, per quanto concerne quest'ultima, al dibattito dottrinale alimentatosi attorno all'accostamento dell'art. 2043 c.c. ai diversi modelli normativi con cui l'ordinamento declina la responsabilità nei confronti del terzo, ad esempio, nelle ipotesi di responsabilità oggettiva¹².

Ed è in questo contesto – come detto caratterizzato, per un verso, dal diffondersi di regimi settoriali, che hanno accentuato la frammentazione dell'istituto e, per altro verso, dall'allargamento del principio generale e dalla ricerca di unitari fondamenti valoriali, oltre che dalla crescente ibridazione dei modelli e delle funzioni – che si inseriscono – portando a definitivo compimento e frutto scritti quali, solo per ricordarne alcuni tra i tanti¹³: il “*Trattato breve della*

responsabilità civile”¹⁴, “*Le nuove aree di applicazione della responsabilità civile*”¹⁵ o *Cos'è la responsabilità civile*”¹⁶ – le riflessioni di Giovanna Visentini.

Articolata in tre partizioni, a loro volta suddivise in capitoli intitolati agli elementi essenziali in cui può essere scomposta la struttura dell'istituto¹⁷, i “*Fatti illeciti*” affronta – evidenziando con chiarezza le linee di interferenza e di confine tra le differenti figure di responsabilità – tutti i modelli di responsabilità presenti nell'ordinamento civilistico italiano. Prendendo le mosse dalla tradizionale distinzione esistente tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, affronta i modelli normativi di responsabilità che a questi ultimi sono collegati da un rapporto di species a genus, i modelli di responsabilità che si situano nell'area grigia tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, i modelli di responsabilità che potrebbero sfuggire alla classica bipartizione poc'anzi ricordata. A mero titolo di esempio, e per dar conto della completezza della trattazione, non esulano dall'oggetto delle riflessioni di Giovanna Visentini le ipotesi di responsabilità da contatto sociale (Cap. 2) o da informazioni inesatte (Cap. 5), quelle da lesione della riservatezza e protezione dei dati personali (Cap.

9. D. Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30.

10. M.S. SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*, in Riv. dir. ind., 2009; V. DI CATALDO, *Compensazione e deterrenza nel risarcimento del danno da lesione dei diritti di proprietà industriale*, in Giur. Comm., 2008; C. CASTRONOVO, *La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento*, in Dir. ind., 2003.

11. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006.

12. V. F.D. BUSNELLI, *L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, in Riv. dir. civ., 2006.

13. Tra le principali opere monografiche in materia dell'Autrice, si ricordano: *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, Cedam Padova, 1965; *La responsabilità civile nella giurisprudenza (in Raccolta sist. giur. comm. diretta da M. Rotondi)*, Cedam, Padova, 1967; *La reticenza nella formazione dei contratti*, Cedam, Padova, 1972; *Il risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* (a cura di), Giuffrè, Milano, 1984; *I fatti illeciti. I. Ingiustizia del danno. Imputabilità*, ed. Cedam 1987; *Inadempimento e mora del debitore in Il codice civile*. Commentario diretto da P. Schlesinger Artt. 1218-1222, Giuffrè, Milano, 1987; *I fatti illeciti. II. La colpa in rapporto agli altri criteri di imputazione della responsabilità*, Cedam 1990; *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, Cedam, 1996; *I fatti il-*

leciti. I. Ingiustizia del danno, Cedam 2004; *I fatti illeciti. II. L'imputabilità e la colpa in rapporto agli altri criteri di imputazione della responsabilità*, Cedam, Padova, 1998; *I fatti illeciti. III. Causalità e danno* (a cura di), Cedam, Padova, 1999; *Trattato breve della responsabilità civile. (Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile)*, Cedam, Padova, 1999; *Le nuove aree di applicazione della responsabilità civile*, Giuffrè, 2003; *I fatti illeciti. I. Ingiustizia del danno*, IIIa ed. 2004; *Inadempimento e mora del debitore in Il codice civile*. Commentario diretto da P. Schlesinger Artt. 1218-1222, Giuffrè, Milano 2005.

14. *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, Cedam, 1996.

15. *Le nuove aree di applicazione della responsabilità civile*, Giuffrè, 2003.

16. *Cos'è la responsabilità civile. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale*, E.S.I., 2008.

17. L'opera – come la stessa Prefazione ci ricorda – è articolata in tre partizioni suddivise in capitoli, intitolati agli elementi essenziali in cui può essere scomposta la struttura dell'istituto. I fatti costitutivi della responsabilità sono descritti nella prima e nella seconda parte, con riferimento, rispettivamente, all'area della responsabilità soggettiva (per fatto proprio) e all'area della responsabilità oggettiva (per fatto altrui, per fatto delle cose e nell'esercizio delle imprese). Le situazioni soggettive oggetto di tutela vengono considerate nella terza parte nel capitolo dedicato al danno ingiusto e qui, nell'ultimo capitolo, è affrontata anche la problematica della causalità e della selezione dei pregiudizi risarcibili, ovvero l'analisi degli altri elementi essenziali dell'istituto.

9), quelle da prodotto difettoso o uso di tabacco (*Cap. 8*), nonché le ipotesi di responsabilità per violazione delle libertà contrattuali (*Cap. 9*) o, ancora, quella per lesione di interessi legittimi (*Cap. 9*).

Dalla lettura dei “*Fatti illeciti*” pare allora, in definitiva, emergere l’idea di come la ricerca di un filo conduttore unitario sia un obbiettivo possibile, a cui mirare con pazienza, anche attraverso lo studio e la ricostruzione dei grandi orientamenti giurisprudenziali che inevitabilmente hanno segnato le tappe evolutive dell’istituto, e non sicuramente come un risultato da imporre a forza sulla realtà. Una ricerca – lo chiari bene Guido Alpa considerando l’obbiettivo di unire le voci di danno alla persona e di garantire una tutela uniforme alle vittime¹⁸–

che oggi rappresenta, forse, uno degli imperativi professionali e morali di chi studia e ricerca, una necessità legata, in definitiva, all’idea stessa di tutela dei diritti civili¹⁹.

Dalla lettura de “*I Fatti illeciti*” emerge soprattutto forte l’idea di come non si tratti di proporre teorie staccate dal laboratorio giurisprudenziale, né astratte distinzioni, ma, al contrario – e come la stessa Autrice a più riprese ci ricorda –, di cogliere con pazienza la ricchezza dei dati che la tradizione ci ha consegnato e la saggezza delle soluzioni a cui i giudici sono pervenuti nel tempo, adattando le leggi alle nuove istanze sociali, al fine di contribuire anche per tale via a porre la persona alla sommità della graduatoria dei valori.

18. Scriveva Alpa, seppur relativamente alla questione del danno biologico (cfr. G. CAZZETTA, *Danno ingiusto e ‘governo’ della società fra distinzioni e unità valoriale del sistema*, Op. cit.): «Il dilemma teorico e pratico che si pone oggi all’interprete si può esprimere in termini elementari: occorre prendere atto, realisticamente parlando, del diritto “vivente” e dunque piegarsi alla creatività e gettare la spugna, o piuttosto insistere sui propositi originari, e invitare all’ordine, non solo per ragioni di logica, ma anche per ragioni di identità di trattamento delle vittime e dei loro congiunti?». G. ALPA, *Il «danno biologico» parabola o evoluzione di un progetto di politica del diritto?*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2000, 2, pp. 169-180. Ma si cfr. anche: *Il danno biologico. Percorso di un’idea*, Cedam, 2003.

19. Così, ancora, G. CAZZETTA, *Danno ingiusto e ‘governo’ della società fra distinzioni e unità valoriale del sistema*, Op. cit.

GIOVANNI AQUARO

La responsabilità rinforzata degli amministratori

Brevi (e incomplete) note all'indomani dell'entrata in vigore del Codice della crisi e dell'insolvenza

25

Il 16 marzo scorso sono entrate in vigore le modifiche al codice civile disposte dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

Orientato, in principio, a prevenire le sempre più frequenti situazioni di crisi – introducendo un articolato sistema di monitoraggio attraverso l'introduzione di strumenti di allerta, volti ad anticipare l'emersione dello stato di crisi e a consentire un più tempestivo intervento per fronteggiarle, oltre che a rendere meno traumatico l'eventuale “fallimento” favorendo il risanamento, anziché dell'eliminazione delle imprese dal mercato – la portata di tali norme, tuttavia, pare in vero, e per molti aspetti, prendere le distanze dal (dichiarato) contesto della crisi d'impresa, proiettando in capo agli amministratori di società nuovi e stringenti obblighi e responsabilità, e agevolando in definitiva, o comunque rendendo più incisive ed estese, eventuali azioni di responsabilità nei loro confronti.

Se, infatti, le disposizioni del Codice più propriamente intese a regolare la crisi d'impresa – il riferimento, come poc'anzi ricordato, è ai così detti “strumenti di allerta” – entreranno in vigore solo a partire dal prossimo 15 agosto 2020, l'attuale fulcro della nuova disciplina è innanzi tutto rappresentato dall'introduzione, ad opera dell'art. 375 del Codice, del secondo comma dell'art. 2086 c.c. (oggi rubricato “Gestione dell'impresa”), con il quale si prevede che *“L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale”*.

Volendo allora tentare una schematizzazione della norma che si pone – come detto – quale fulcro dell'intera disciplina dettata dal Codice della Crisi, agli amministratori, al fine di scongiurare eventuali responsabilità, è dunque da oggi – nell'ordine – richiesto: di istituire un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile interno all'impresa; di predisporre ed impiegare tale assetto anche (ma non solo) ai fini della tempestiva emersione della crisi e della perdita di continuità aziendale; di attivarsi senza indugio per l'impiego degli strumenti di regolazione della crisi.

Se – sotto il primo dei tre profili poc'anzi evidenziati – la necessità della predisposizione di un adeguato “assetto organizzativo, amministrativo e contabile” – con conseguente responsabilità in caso di omissione o di inadeguatezza dello stesso – era, a ben vedere, già chiaramente previsto in tema di Società per azioni – ove al posto del termine “istituire” si usa oggi – richiamando e valorizzando la dialettica tra amministratori con deleghe e amministratori privi di deleghe – il termine “curare” (per gli amministratori esecutivi, art. 2381, comma 5, c.c.) e quello di “valutare” (per quelli non esecutivi, art. 2381, comma 3, c.c.), va d'altra parte e innanzi tutto sottolineato come la riforma abbia ampliato – e di molto, pure – la platea dei possibili soggetti potenzialmente responsabili, là dove ha esteso tale obbligo a tutti i tipi di società – siano esse di capitali, siano esse di persone – attraverso la riproposizione del richiamo all'art. 2086 c.c. in ben quattro articoli del codice civile: in tema di amministrazione disgiuntiva di società di persone (ma non, stranamente, in caso di amministrazione congiuntiva; art. 2257 c.c.); di amministrazione collegiale di Società per azioni (art. 2380-bis); di amministrazione di Società per azioni con sistema dualistico (art. 2409-novies c.c.); di

amministrazione di Società a responsabilità limitata (art. 2475 c.c.).

Se, dunque, al nuovo e stringente obbligo di adeguatezza pare allora curiosamente sottrarsi solo l'impresa individuale – giacché riguardo ad essa il codice pare imporre un (più generico e limitato) dovere di *“adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte”* (art. 3, comma 1, c.c.i.i.) – va poi sottolineato come a tutela e presidio della società e dei creditori eventualmente danneggiati da una intempestiva rilevazione della crisi e della perdita di continuità aziendale venga oggi sommato l'obbligo, a contenuto specifico, previsto nell'art. 2486 c.c.: qualora, cioè, sia andato perduto il capitale ai sensi dell'art. 2484, comma 4, c.c. – disposizione da taluni Autori peraltro definita come una sorta di vero e proprio strumento d'allerta *ante litteram* – l'amministratore sarà chiamato a rispondere dei danni cagionati alla società, ai soci, ai creditori sociali ed ai terzi (art. 2476, comma 6, c.c.), non solo ogni qual volta abbia proseguito indebitamente l'attività caratteristica in violazione dell'obbligo di gestire la società *“ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale”*, ma, anche, là dove abbia in precedenza omesso di *“attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi ed il recupero della continuità aziendale”* da individuarsi in funzione della sua gravità e della dimensione e natura dell'impresa stessa: composizione assistita, accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo, liquidazione giudiziale, concordato minore e liquidazione controllata¹.

Responsabilità anticipata e gestione conservativa

Se dunque, sino all'altro ieri, l'amministratore era (so-

1. Attualmente va ricordato che a presidio della tempestiva adozione di misure idonee a fronteggiare la crisi esiste solamente l'art. 217, n. 4, l. fall., norma peraltro a natura penale, che impone di chiedere l'apertura del fallimento – *rectius*: della liquidazione giudiziale – art. 323, lett. d), c.c.i.i. – in proprio al fine di non aggravare il dissesto. Vero questo, va sottolineato come tale norma, stranamente, non ritenga esimente il ricorso agli altri strumenti alternativi di regolazione dell'insolvenza, in particolare al concordato preventivo, che continuano a non essere contemplati dall'attuale disciplina fallimentare.

lamente, verrebbe oramai da dire) tenuto a scongiurare la prosecuzione dell'attività aziendale a fronte di un conclamato stato di dissesto dell'impresa, restando tuttavia il suo operato in sé e per sé non censurabile – almeno dove non riconducibile alla violazione di obblighi tipicamente facenti capo all'amministratore medesimo –, oggi, lo stesso è invece tenuto ad attivarsi anche al fine di superare la crisi e di recuperare la continuità aziendale, lasciando con ciò emergere una sua possibile responsabilità omissiva già in una fase – peraltro di molto precedente a quella del dissesto – in cui, molto spesso – come dimostra la pratica quotidiana –, sono ancora in atto i tentativi tipicamente volti a “inquadrare”, prima ancora che a risolvere, la situazione di crisi.

Il Codice della crisi – a dispetto delle (buone) intenzioni dichiarate – pare allora innovare la disciplina dell'accertamento delle responsabilità in caso di dissesto con una scelta che non può che definirsi drastica: quella di determinare la responsabilità degli amministratori non soltanto in ragione della circostanza che gli stessi abbiano proseguito dannosamente la gestione sociale caratteristica pur in presenza di un deficit patrimoniale o finanziario, ma, anche, come conseguenza del non aver precedentemente adottato un assetto amministrativo che consentisse di rilevare, e così prevenire, la crisi stessa.

Viene introdotta – in sintesi – quella che già viene definita come responsabilità da (in)adeguatezza organizzativa, per sfuggire la quale l'amministratore dovrà istituire un adeguato assetto organizzativo, se ancora non esistente, oppure, se esistente, ne dovrà curare (quando delegato) o valutare (quando delegante) l'adeguatezza (cfr. art. 2086 c.c. ed altri; art. 2381 c.c.) *prima* dell'emersione della crisi: ché, altrimenti, si tratterà di adempimento tardivo e, per ciò stesso, sanzionabile. Peraltro – come da taluni commentatori sottolineato all'indomani della riforma – pur non parendo possibile attribuire a una tale responsabilità natura oggettiva, essendo la stessa pur sempre frutto di una scelta volontaria e consapevole, sebbene di natura omissiva o, quantomeno, colposa dell'amministratore, va sin d'ora sottolineato come una tale responsabilità mal si concili con il meccanismo di predeterminazione dei danni introdotto dall'art. 2486, comma 3, c.c.², essendo lo stesso riferito unicamente

2. L'art. 2486 c.c. (in combinato disposto con l'art. 2484, comma 4, c.c.), si pone infatti a presidio della tardiva emersione della crisi, prevedendo che dal momento in cui si *verifica* la perdita del capitale (e non invece dal momento successivo in

ai danni in cui la società incorra, per difetto di gestione conservativa, *dopo* che la crisi si è manifestata nella forma della causa di scioglimento di cui al n. 4 e, se del caso, al n. 2 dell'art. 2484 c.c.³.

Nuovi poteri e nuove responsabilità degli amministratori di S.r.l.

Oltre che dall'introduzione dell'obbligo di adeguatezza, l'art. 2475 c.c. in tema di amministrazione di S.r.l. viene interessato – come pure inizialmente accennato – da altre due importanti modifiche, entrambe portate dall'art. 377.

In primo luogo, viene novellato il primo comma dell'articolo, precisando – al dichiarato fine di assicurare effettività all'obbligo di adeguatezza organizzativa, consentendo per tale via di attribuire la responsabilità di eventuali carenze a soggetti perfettamente individuati – che la gestione spetti esclusivamente agli amministratori, come già previsto dall'art. 2380-bis c.c. in tema di S.p.a.

Sotto tale profilo, se è tuttavia abbastanza semplice coordinare tale norma con l'art. 2468, comma 3, c.c., il quale nelle Società a responsabilità limitata prevede la possibilità di attribuire ad un socio particolari diritti in tema di amministrazione (e di utili), poiché questi diventerà a tutti gli effetti amministratore, ben più complesso appare invece conciliare tale modifica con il (preesistente) art. 2479 c.c., il quale – come noto

– prevede che i soci possano avere compiti a tutti gli effetti decisori. E il coordinamento diventa ancora più difficoltoso ove si consideri, poi, che l'art. 2476, comma 8, c.c. prevede anche che, in solido con gli amministratori, siano responsabili anche i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti di *mala gestio*, apparendo un siffatto regime di responsabilità incompatibile con la esclusiva gestione in capo agli amministratori.

Ma tant'è, e all'apparente incompatibilità tra il nuovo art. 2475 e gli articoli 2479, 2468 e 2476 c.c. si è dunque ritenuto di poter trovare rimedio – con ciò tuttavia venendo con l'ampliare ulteriormente lo spettro delle possibili responsabilità – considerando, da un lato, che restino in vigore tutte le norme, attualmente vigenti (e non abrogate o modificate dalla riforma), che consentono di attribuire poteri gestori ai soci di società a responsabilità limitata e, dall'altro, ritenendo che l'art. 2086 c.c. debba essere inteso nel senso che tutti coloro i quali concorrano a formare le decisioni “gestorie” abbiano il dovere di prestare la loro opera al fine di istituire adeguati assetti organizzativi⁴.

In secondo luogo – e come pure inizialmente accennato –, con l'aggiunta del sesto comma dell'art. 2475 c.c. si è poi esteso alle S.r.l. anche l'art. 2381 c.c., “*in quanto compatibile*”: con l'inevitabile conseguenza, in termini di deleghe e di obblighi organizzativi in capo ad amministratori delegati e deleganti, che anche questi ultimi, d'ora in poi, risulteranno destinatari dell'obbligo di curare (se delegati) o valutare (se deleganti) l'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili della società⁵.

Infine. L'art. 378, comma 1, ha introdotto nell'art. 2476, sesto comma, c.c. l'azione dei creditori sociali,

cui la perdita “*risulta*” ai sensi degli artt. 2446 e 2482-bis c.c.), si rende necessaria ed esigibile una differente condotta degli amministratori, che dovranno da quel momento orientare la propria bussola verso una gestione conservativa, con ciò venendo meno l'operatività delle c.d. *business judgement rules*.

3. Nel medesimo senso, va poi sottolineato come la responsabilità delineata dall'art. 2486 c.c. sia uno strumento sanzionatorio assai poco efficace, essendo la perdita del capitale un indicatore – per così dire – quanto meno tardivo della crisi o dell'insolvenza. Posto che la perdita del capitale rappresenta solo una delle due possibili manifestazioni della crisi, è stato infatti sottolineato da più parti come nella generalità dei casi la crisi si manifesta prima di tutto a livello finanziario: quando, cioè, il patrimonio netto è ancora positivo e tuttavia mancano le risorse liquide per assicurare il normale proseguimento dell'attività. Di ciò prende atto il C.c.i.i., per il quale la crisi (art. 2) ha prima di tutto una manifestazione finanziaria e “*si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*” con l'assenza di “*indici che diano evidenza della sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi*” (art. 13), e cioè quando i flussi di cassa dei successivi sei mesi risultino inferiori ai debiti finanziari da rimborsare nel medesimo periodo.

4. Diversamente, taluni commentatori hanno ipotizzato una separazione tra gestione ed amministrazione dell'impresa: la gestione atterrebbe all'adeguatezza degli assetti amministrativi (la nuova rubrica dell'art. 2086 è infatti intitolata “*Gestione dell'impresa*”) e competerebbe esclusivamente agli amministratori; l'amministrazione invece atterrebbe al compimento delle operazioni e degli atti per il conseguimento dell'oggetto sociale, e sarebbe di pertinenza degli amministratori e, ove consentito, dei soci (in tale senso Tassinari, *passim*).

5. Quindi anche nelle S.r.l. l'adozione di assetti adeguati è attività delegabile a singoli amministratori, a differenza ad esempio della redazione del bilancio, dei progetti di fusione e scissione etc. (art. 2475 c. 5 c.c.), ma è richiesta una sorveglianza rafforzata dei deleganti rispetto al semplice dovere di agire in modo informato.

sino ad oggi non espressamente prevista nelle S.r.l. (laddove già lo era nelle S.p.a.) prevedendo espressamente – attraverso la cristallizzazione dell'estensione giurisprudenziale alle s.r.l. dell'art. 2394 c.c. – che anche gli amministratori di tali società rispondano nei confronti dei creditori sociali in tutti i casi in cui si verifichi una inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale: l'azione, così normata, sarà proponibile quando il patrimonio sociale risulti insufficiente alla loro integrale soddisfazione (art. 2394, commi 1 e 2, c.c.), pur se la società abbia rinunciato all'azione (sociale) contro i propri amministratori (art. 2394, comma 3, c.c.) e pur se la società abbia transatto l'azione sociale contro costoro, ma senza reintegrare il proprio patrimonio in modo da renderlo sufficiente al completo soddisfacimento dei creditori sociali e, quindi, previo esperimento, in quest'ultimo caso, dell'azione revocatoria ordinaria contro la transazione (art. 2394, comma 3, c.c.).

I "nuovi" criteri di determinazione del danno risarcibile

Se possibile, ancor più dirompente – tra quelle sin qui brevemente ricordate e descritte – è poi la modifica all'art. 2486 c.c., laddove, tra l'altro, ricomponi, in modo radicale, il contrasto giurisprudenziale a lungo esistito in materia di criteri di determinazione del danno in tutti i casi, nella pratica molto frequenti, in cui mancassero le scritture contabili o le stesse non fossero state tenute in modo irregolare. L'art. 378, comma 2, introduce infatti, al terzo comma dell'art. 2486 c.c., un metodo di calcolo predeterminato del danno da indebita prosecuzione dell'attività basato sul meccanismo, già affermatosi nella prassi, dei c.d. netti patrimoniali.

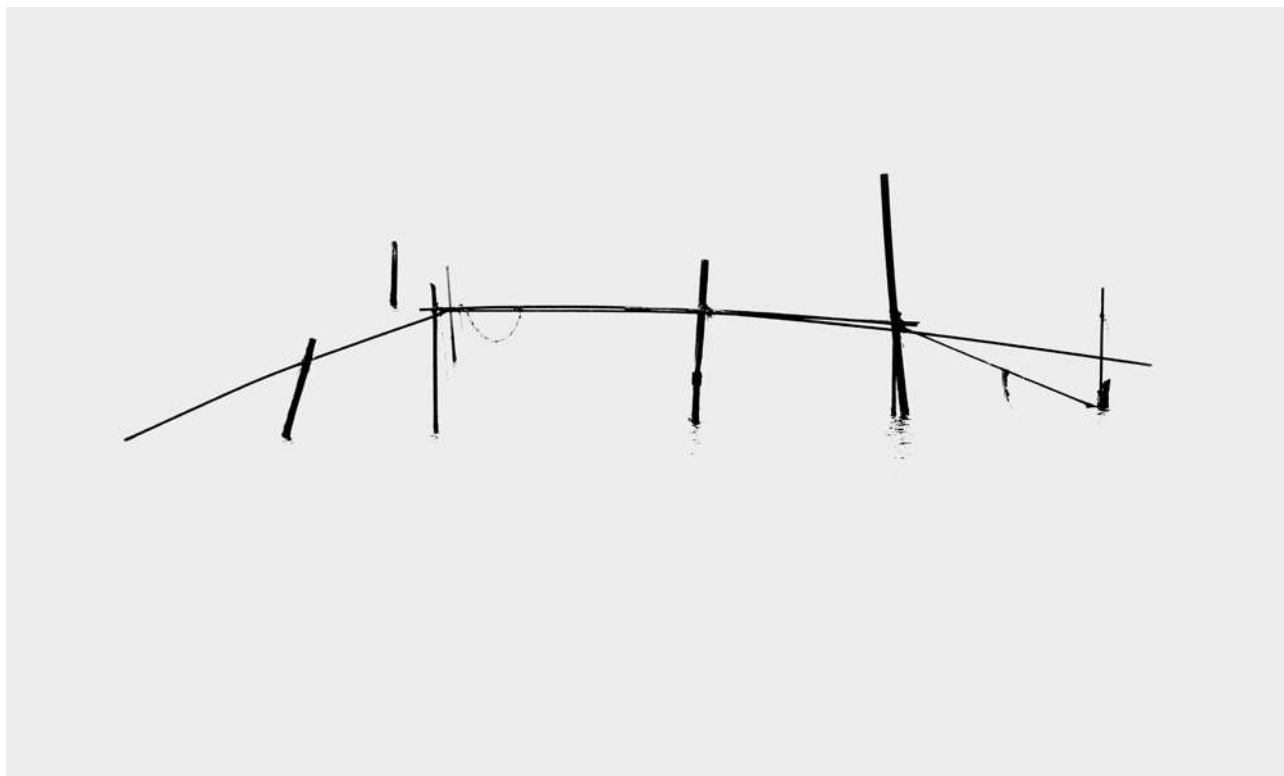
In particolare, l'articolo in parola stabilisce che, ove sia stata accertata la responsabilità degli amministratori, dopo la verifica di una causa di scioglimento della società, per il compimento di atti non funzionali alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale – come nel caso, ad esempio, di prosecuzione della gestione ordinaria dopo la perdita del capitale sociale – il danno risarcibile, salva comunque la prova contraria di un differente ammontare, si debba presumere corrispondente alla differenza tra il patrimonio netto al momento in cui la società si è sciolta con la verifica di una causa di scioglimento (per lo più, la perdita del capitale sociale o la sua riduzione al di sotto del limite di legge) ed il patrimonio netto al momento

della sentenza di apertura della liquidazione giudiziale (o di altra procedura concorsuale, come il concordato preventivo); dedotti i costi sostenuti e da sostenere che sarebbero stati egualmente sostenuti dopo la verifica della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione. Aggiunge infine la norma che, qualora, tuttavia, in conseguenza della mancanza o della irregolarità delle scritture contabili, o per altre ragioni, non fosse possibile procedere alla precisa determinazione dei netti patrimoniali, il danno, ove l'azione sia proposta in sede concorsuale, è liquidato in misura pari alla differenza tra il passivo accertato e l'attivo liquidato nella procedura.

Se, dunque, all'esito di un lungo dibattito giurisprudenziale, la c.d. *Sentenza Rordorf* (Cass., Sez. Un., n. 9100/2015) aveva statuito che per la valutazione del danno occorre avere riguardo agli specifici inadempimenti dell'amministratore – ciò, in quanto per l'art. 1223 c.c. il danno da risarcire deve essere "*conseguenza immediata e diretta*" dell'inadempimento e qualora invece il danno non possa essere provato nel suo preciso ammontare, si debba far riferimento all'art. 1226 c.c., che prevede la liquidazione del danno sulla base di una *valutazione equitativa* – la riforma sposa alla fine una linea, all'evidenza, ben più rigorosa: quella, cioè, secondo la quale nelle imprese che proseguiranno la propria attività pur in presenza di una causa di scioglimento, si potrà d'ora in poi prescindere dall'esame della liceità e dannosità dei singoli atti di gestione e dei danni così causati: illecita e, soprattutto, dannosa divenendo infatti di per se stessa la prosecuzione dell'attività che tali perdite abbia generato.

E non solo. In quello che è poi stato definito come un naturale ed inevitabile crescendo sanzionatorio, la riforma prevede oggi che, qualora dovessero mancare le scritture contabili, o se a causa dell'irregolarità delle stesse o per altre ragioni⁶ i netti patrimoniali non possano essere determinati, il danno dovrà essere liquidato in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella liquidazione giudiziale (c.d. metodo del "*deficit fallimentare*"). Per comprendere quanto drastica sia la soluzione adottata, basti pensare che anche le stesse Sez. Unite del 2015, pur avendo previsto il ricorso al criterio del *deficit fallimentare* per i casi in cui i danni non potessero essere altrimenti

6. L'inciso intende verosimilmente fare riferimento ai casi in cui sia trascorso un lasso di tempo a tal punto lungo dal momento in cui si è verificata una causa di scioglimento da far sì che il meccanismo dei netti patrimoniali non sia applicabile poiché condurrebbe a risultati non veritieri.



ti determinabili, individuavano in tale strumento una semplice base numerica di partenza, cui apportare gli opportuni correttivi per addivenire ad valutazione equitativa da parte del giudice. L'art. 2486, comma 3, c.c., al contrario, pare individuare oggi il *deficit* come entità predeterminata del danno, addossando all'amministratore l'onere di provare, semmai, un diverso ammontare dello stesso⁷.

Prime (incomplete) considerazioni finali

La prassi aziendale – in attesa che vengano elaborati gli indici necessari ad intercettare le situazioni di

crisi di cui all'art. 13 e gli eventuali, ma già preannunciati, decreti correttivi – definirà quali debbano essere gli assetti organizzativi adeguati alla natura e dimensione dell'impresa, unitamente agli adempimenti – soprattutto per le piccole e medie imprese – necessari a proteggere gli amministratori dal fioccare di richieste risarcitorie collegate ad una responsabilità organizzativa.

Non di meno, se sarà senz'altro importante acquisire, quanto prima, consapevolezza rispetto alla portata concreta dei nuovi obblighi incombenti sugli amministratori – che, in attesa, bene faranno ad iniziare ad orientare sin da subito le proprie condotte alle nuove disposizioni, attivandosi prontamente al fine di proceduralizzare gli adempimenti a proprio carico, così riducendo i rischi scaturenti da eventuali difficoltà aziendali⁸ – è sin d'ora possibile evidenziare più di

7. L'art. 2486 c.c., come detto, fa salva la prova di un diverso ammontare del danno, e tanto vale non soltanto in caso di adozione del metodo del *deficit* da liquidazione giudiziale ma, anche, del metodo dei netti patrimoniali. L'operata inversione dell'onere della prova appare compatibile con la giurisprudenza formatasi sul tema, che ipotizza un esonero in capo all'attore se la prova dipenda da fatti o circostanze di cui questi non sia in grado di disporre e che sono invece nella disponibilità del convenuto, in ossequio al cosiddetto principio di prossimità della prova, secondo il quale l'onere della prova di circostanze ricadenti nella sfera d'azione di una sola delle parti in causa deve essere assolto da quella medesima parte.

8. Sarà quindi opportuno, da subito, curare l'aggiornamento tempestivo della contabilità, anche tramite l'adozione di programmi contabili che preimpostino la c.d. prima nota sulla base della fattura elettronica ricevuta e che effettuino la riconciliazione automatica dei movimenti bancari. Parimenti, sarà necessario dotarsi di un piano economico, patrimoniale e finanziario da aggiornare periodicamente, con cadenza almeno trimestrale. La predisposizione poi di un c.d. piano di tesoreria consentirà anche di monitorare la sostenibilità dei debiti cui si riferiscono l'art. 2, lett. a), e l'art. 13, comma 1, c.c.i.i.



una criticità – e di non poco conto – in seno a quella parte della normativa che già è entrata in vigore. Innanzi tutto, il metodo del *deficit* fallimentare – come da taluni commentatori immediatamente evidenziato – è strumento quanto meno dubbio, poiché lo stesso potrebbe avere cause molteplici, non necessariamente

te ascrivibili a condotte censurabili degli amministratori: ad esempio, un insufficiente realizzo dell'attivo potrebbe derivare da un consistente divario fra valori in continuità e valori di realizzo, oppure anche da eventi contingenti quali le fluttuazioni dei prezzi di mercato. E non solo.

E non solo. Come detto, la nuova disciplina prevede che, in sede di determinazione del danno risarcibile, il primo patrimonio netto da considerare debba essere stabilito alla *data in cui l'amministratore è cessato* dalla carica o, in caso di apertura di una procedura concorsuale, *alla data di apertura* di tale procedura. E se così è, va allora detto che – a dispetto delle dichiarate intenzioni della normativa – un tale riferimento – quello alla data di cessazione della carica, cioè – potrebbe avere effetti tanto inaspettati quanto deleteri là dove, a ben vedere, potrebbe costituire per l'amministratore anche molto attento e qualificato un incentivo, anziché ad assumere senza indugio le iniziative necessarie a fronteggiare la crisi, a dimettersi precocemente, proprio per evitare responsabilità non completamente controllabili.

E a conclusioni non dissimili parrebbe – solo per citare un altro dei possibili esempi – anche lo stesso riferimento all'*apertura* della procedura, dal momento che ciò sembrerebbe implicare che il precedente deposito della domanda di accesso non valga ad esonerare gli amministratori da responsabilità: ed infatti, considerato che in caso di concordato preventivo fra deposito della domanda e apertura della procedura possono anche intercorrere mesi, tale meccanismo potrebbe fatalmente finire per determinare gravi responsabilità anche in capo ad amministratori assai diligenti e solerti⁹.

9. Per un miglior approfondimento dei temi toccati nel presente scritto, tra i primi contributi, di particolare interesse e chiarezza, sono quelli di CECCHINI, *Responsabilità organizzativa e assetti minimali per le PMI*, Atti del ciclo di incontri sul Codice della crisi e dell'insolvenza, ODCEC Modena, sessione del 14 marzo 2019; BUSANI, *La riforma della crisi d'impresa riscrive il ruolo dei soci della s.r.l.*, ne *Il Sole24ore*, 19 febbraio 2019, DAMASCELLI – TASSINARI, *Crisi d'impresa, la riforma non stravolge la governance*, ne *Il Sole24ore*, 2 marzo 2019, DONGIACOMO, *Codice della crisi d'impresa: le modifiche al codice civile sulla responsabilità degli amministratori di società*, in *Speciale Riforma Crisi d'Impresa* pubblicato da *Il quotidiano giuridico*, 2019.

DAVIDE PACHERA

Il voto di lista nelle SpA chiuse

Il voto di lista rappresenta una delle modalità di espressione del voto – in tema di nomina delle cariche sociali – che incide sul procedimento assembleare, e che consiste nella formazione delle proposte deliberative contenenti i nomi dei candidati all'organo sociale oggetto di rinnovo (in questo senso, da ultimo, CIOCCA, *Il voto di lista nelle società per azioni*, Milano, 2018, 72 ss.): le quali, anziché essere avanzate nelle forme – per così dire – ordinarie, si producono mediante la predisposizione di uno o più elenchi unitari di nomi, da sottoporre all'assemblea (così, STELLA RICHTER jr, *Voto di lista per la elezione delle cariche sociali e legittimazione dell'organo amministrativo alla presentazione di candidati*, in *RDS*, 4/2007, 41 ss.; SANFILIPPO, *Sistemi di nomina degli amministratori e istanze partecipative nelle società per azioni. Nuovi profili problematici*, in *Studi in onore di Belviso*, I, Bari, 2011, 738 s.).

È opportuno, al riguardo, ricordare che una delle ragioni che giustificano la cogenza del voto di lista negli statuti delle società originate dal processo di privatizzazione (che abbiano previsto nei propri statuti un limite al possesso azionario fino al 5% del capitale sociale: art. 3, comma 1, d.l. 31 maggio 1994, n. 332 conv. in l. 30 luglio 1994, n. 474) e nelle società quotate (artt. 147-ter, comma 1 e 148, comma 2, t.u.f.) si coglie nel carattere tipologico e nelle caratteristiche morfologiche della compagine azionaria di tali società (in luogo di molti, JAEGER, *Privatizzazioni: «public companies»*, problemi societari, in *Giur. comm.*, 1995, I, 7 ss.; LEMME, *Il voto di lista*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 367): ossia, nella circostanza che si tratti (quanto meno tipicamente) di *public companies*, contrassegnate, cioè, da un alto grado di polverizzazione dell'azionariato, conseguente alla presenza negli statuti dei limiti al possesso azionario (nelle società privatizzate) o all'apertura al mercato dei capitali (nelle società quotate). Si ritiene, infatti, che, in questi contesti societari, il voto di lista svolga, anzitutto, un'indubbia funzione di semplificazione del procedimento di nomina delle cariche sociali, in primo luogo con riguardo alla fase di presentazione delle corrispondenti proposte delibera-

tive (STELLA RICHTER jr, *op. loc. cit.*; SANFILIPPO, *op. loc. ultt. cit.*; CIOCCA, *op. cit.*, 115).

Una analoga esigenza *strutturale* di semplificazione del procedimento di elezione degli organi sociali non ricorre, di norma, nelle società chiuse: è poco realistico ritenere che questa possa essere, in tale ambito, la ragione prevalente posta alla base della scelta di introdurre in statuto un sistema di voto per liste. Sotto questo profilo, la riconducibilità del ricorso al voto di lista a un mero obiettivo di semplificazione potrebbe forse essere ravvisata, nel detto contesto delle società chiuse, solo in presenza di clausole statutarie che si limitino a legittimare la presentazione di liste comprendenti un elenco di candidati pari al numero dei componenti dell'organo di gestione da eleggere ed a prevedere che gli eletti possano essere tratti solo dalla lista più votata. Raramente, tuttavia, nella tipologia della realtà, il voto di lista assume una tale conformazione. Nella maggior parte dei casi, le clausole statutarie che prevedono, nelle società chiuse, il ricorso al voto per liste, dispongono, infatti, un funzionamento del sistema elettorale ben differente e che si discosta da quello appena menzionato o sul piano delle regole relative alla composizione della lista o in relazione al criterio di ripartizione dei seggi tra i vari candidati delle diverse liste.

Le varianti più ricorrenti sono, in effetti, riconducibili ai due seguenti schemi (sul punto, da ultimo, CIOCCA, *op. cit.*, 32 ss.; ma già, SANFILIPPO, *Funzione amministrativa e autonomia statutaria nelle società per azioni*, Torino, 2001, 21 ss.). Il primo è quello che informa il voto di lista al metodo delle cc.dd. liste bloccate (tra gli altri, ANELLO-RIZZINI BISINELLI, *Voto di lista e voto per corrispondenza nelle banche privatizzate*, in *Società*, 1995, 882): si stabilisce che i legittimati presentino liste che abbiano un numero di candidati inferiori ai soggetti da eleggere e che la lista maggiormente votata eleggerà tutti i candidati in essa contenuti mentre la lista arrivata seconda eleggerà i candidati necessari a completare la composizione dell'organo. L'altra variante è quella secondo cui il voto di lista funziona

con il metodo dei cc.dd. quozienti (altrimenti detto – in omaggio al sistema di elezione politica dal quale trae ispirazione – metodo *d'Hondt*: tra gli altri, TUCCI, *L'esercizio del voto*, in LENER-TUCCI, *L'assemblea nelle società di capitali*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, XVII, Torino, 2000, 174; SANFILIPPO, *op. ult. cit.*, 22 s.): si prevede che i legittimati presentino liste che abbiano un numero di candidati pari ai soggetti da eleggere e che a questi venga affiancato un numero progressivo; il numero dei voti ottenuti da ciascuna lista dovrà essere, poi, diviso per il numero progressivo assegnato ai candidati, ai quali verrà, così, assegnato un quoziente elettorale e risulteranno eletti, dunque, i candidati delle diverse liste che avranno riportato il quoziente elettorale più elevato.

È di tutta evidenza che clausole come quelle appena descritte perseguono una finalità ben ulteriore rispetto a quanto può attenere alla sola semplificazione dell'*iter* assembleare di nomina. Esse mirano, segnatamente, a determinare i presupposti per l'esercizio di una funzione compositoria da parte dell'organo sociale da eleggere (su tale funzione, STELLA RICHTER jr, *La collegialità del consiglio di amministrazione tra ponderazione dell'interesse sociale e composizione degli interessi sociali*, in *Amministrazione e amministratori di società per azioni*, a cura di Libonati, Milano, 1995, 300 ss.; SANFILIPPO, *op. ult. cit.*, 102 ss.). Detto obiettivo è perseguito, per l'appunto, attraverso un sistema elettorale che concorre a garantire la presenza, all'interno dell'organo da eleggere, di componenti espressi da parti diverse della compagine sociale, secondo un principio pluralistico che può essere più o meno marcato a seconda della specifica disciplina statutaria volta per volta delineata. In tal senso, se attraverso l'impiego del metodo delle liste bloccate si favorisce la presenza di membri che non siano espressione del solo "socio di maggioranza", attraverso l'impiego del metodo dei quozienti o *d'Hondt* si mira ad una ancor più decisa riproduzione – sul piano della composizione dell'organo da eleggere – degli assetti proprietari, nelle loro aggregazioni e nei rispettivi equilibri.

Le clausole che introducono tale procedimento di nomina degli amministratori, come ha osservato autorevole dottrina, vorrebbero riprodurre nel diritto societario "*quei principi di democrazia politica che sostituiscono al sistema maggioritario quello proporzionale, garantendo anche alle minoranze di entrare a far parte dei collegi politici o amministrativi*" (In questi termini F. Galgano – R. Genghini, *op. cit.*, 431. Sul punto anche: G. Scalfi, *Clausole particolari per la nomina degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. Soc.*, 1971,

p. 40; P.M. Sanfilippo, *Funzione amministrativa e autonomia statutaria*, Torino, 2000; G. Bianchi, *Gli amministratori di società di capitali*, Padova, 2003, p. 96). Le ragioni sottostanti all'idea di coinvolgere le minoranze nella gestione della società paiono riconducibili all'esigenza di rafforzare la tutela degli azionisti di minoranza, nella convinzione che l'esistenza di amministratori non nominati dalla maggioranza possa mitigare il rischio di una gestione più propensa a realizzare gli interessi dell'azionista (o degli azionisti) di controllo piuttosto che volta alla realizzazione di un interesse comune a tutti i soci (In questi termini G. Guizzi, *Il voto di lista per la nomina degli amministratori di minoranza nelle società quotate: spunti per una riflessione*, in *Corriere Giuridico*, 2007, 301).

Il voto di lista rappresenta, quindi, una previsione indirizzata a garantire la rappresentanza delle minoranze nel consiglio di amministrazione.

La norma statutaria che disciplina tale modalità di voto è una norma programmatica di garanzia, specificamente voluta dalle parti nel momento della definizione della *governance* societaria, che ha l'effetto di attribuire ai soci (di minoranza) particolari poteri o facoltà nell'ambito dell'organizzazione collettiva o societaria.

L'interesse della società a consentire alle minoranze di avere propri rappresentanti nell'organo di amministrazione, una volta consacrato nello statuto sociale, assume un connotato particolarmente forte ed incisivo, che non ammette deroghe.

Ed infatti, la prassi giurisprudenziale conferma che non può essere ammessa, non solo una violazione palese o diretta del meccanismo statutario del voto di lista, ma non può essere ammesso neppure un uso distorto dello stesso, seppur con forme o modalità apparentemente lecite.

In altri termini, il meccanismo del voto di lista non può essere attuato con modalità tali da impedire o pregiudicare il risultato che il voto di lista si propone di garantire: l'interesse della società a consentire alle minoranze di avere propri rappresentanti nell'organo di amministrazione.

Proprio in ragione della rilevanza di tale interesse, la giurisprudenza ha ritenuto che "*la deliberazione dell'assemblea di Spa non quotata con la quale viene eliminata dallo statuto la previsione dell'elezione degli amministratori mediante il «voto di lista» conferisce il diritto di recesso ai soci che non abbiano votato a favore di questa proposta di deliberazione, in quanto si tratta di fattispecie rientrante nel perimetro delle delibere concernenti i diritti «di partecipazione» dei soci alle quali*

l'articolo 2437, comma 1, lettera g) del Codice civile, riconnette il diritto di recesso per il socio non consenziente" (Trib. Milano 29.03.2012, in www.giurisprudenzadelleimprese.it).

In altri termini, il diritto di concorrere all'elezione degli organi sociali ovvero il diritto, riconosciuto al socio di minoranza, di essere rappresentato in seno al consiglio di amministrazione costituisce un vero e proprio "diritto di partecipazione" del socio, la cui soppressione statutaria legittimerebbe il socio a risolvere il rapporto societario, mediante l'esercizio del diritto di recesso.

È, quindi, evidente che non può essere accettata o ammessa la frustrazione del diritto del socio ad essere rappresentato in seno al Consiglio di Amministrazione.

Quest'ultimo costituisce un diritto fondamentale ed intangibile del socio di minoranza, che impone un'applicazione e un'interpretazione delle norme statutarie che consenta, effettivamente e nella massima misura, la sua realizzazione.

Non possono essere ammesse forme interpretative che, di fatto, frustrano gli obiettivi del voto di lista, ovvero che non consentono al socio di minoranza di essere effettivamente rappresentato nel Consiglio di Amministrazione, tanto più laddove ciò si inserisca nell'ambito di un esercizio concertato ed interessato (all'esclusione della minoranza) del diritto di voto.

Sia giurisprudenza che dottrina hanno confermato la *ratio* del voto di lista nella tutela delle minoranze, individuandone l'elusione proprio laddove intervenga un concerto, tra gli azionisti di maggioranza, diretto ad impedire – seppure con modalità rispettose delle norme statutarie disciplinanti il meccanismo del voto di lista – la rappresentanza della minoranza in consiglio (C. CONFORTI, *Nomina e revoca degli amministratori di società*, Trattati a cura di P. CENDON, 2007, Milano, 217). Proprio in applicazione di tale principio, è stata dichiarata "invalida la delibera assembleare di nomina del consiglio di amministrazione ove sia provata l'esistenza, tra gli azionisti facenti capo ad alcune delle liste cui sono assegnati posti riservati per legge alle minoranze, di una articolata intesa volta ad eludere le norme che garantiscono la presenza nell'organo amministrativo di rappresentanti delle liste di minoranza" (Trib. Roma 18.03.1996, in *Giur. it.* 1997, I, 2, 81).

Sulla base di tali premesse giuridiche, il Tribunale delle Imprese di Milano, in una fattispecie in cui il socio di maggioranza aveva omissso di presentare la lista dei candidati (scelta non espressamente vietata dallo statuto) determinando l'inapplicabilità del voto di lista (che avrebbe garantito la rappresentatività della

minoranza) in luogo del criterio maggioritario, ha ritenuto che: "il dovere di esecuzione del contratto secondo buona fede impone dunque che quel socio che abbia la possibilità di presentare la lista debba farlo, anche al fine di consentire la rappresentanza dei soci di minoranza nel consiglio di amministrazione". Ed ha così disposto "l'inibitoria circa il comportamento tenuto dalla parte resistente nelle ultime due assemblee, di non presentare una propria lista al fine ritenuto di frustrare il meccanismo di garanzia della minoranza" (Trib. Milano 29.03.2012, in www.giurisprudenzadelleimprese.it).

In alcuni casi, al fine di conculcare il diritto di rappresentanza e/o di partecipazione alla nomina del CdA, dei soci di minoranza, si è assistito ad un'interpretazione maliziosa delle norme statutarie disciplinanti il voto di lista; in particolare, con riferimento alla somma dei quozienti ottenuta dai medesimi candidati presenti in più liste.

Al riguardo, il Tribunale di Genova ha osservato che: "la liceità della presentazione di medesimi nominativi in più liste deve tenere conto della ratio della norma che disciplina le elezioni del consiglio e del sistema del voto di lista che prevede. [...] La soluzione deve essere ricercata nella interpretazione della clausola statutaria, nel rispetto della ratio del voto di lista e nel principio della buona fede. [...] Appare del tutto incongruo introdurre per via interpretativa una regola non contenuta nello statuto, dando luogo alla sommatoria dei quozienti ottenuti dai singoli candidati nelle diverse liste. Infatti, pur preservando il principio della redazione dopo il voto di un'unica lista con quozienti decrescenti al fine di individuare i candidati che abbiano ottenuto i quozienti più alti e quindi risultino eletti, non possono essere sommati i quozienti derivanti da liste diverse perché, così facendo, non solo si elimina il principio delle liste concorrenti ma, andando contro il principio di democrazia interna, si falsa la stessa volontà di chi quelle liste ha presentato, in quanto il quoziente realizzato da ogni candidato all'interno di liste diverse dipende dalla posizione di questi nella lista presentata. [...] La sommatoria dei quozienti comporta una violazione del significato del sistema di elezione a liste contrapposte, non risulta maggiormente democratico ma al contrario modifica la volontà espressa dai soci presentatori di ogni singola lista, perché permette di falsare il significato della posizione attribuita ad ogni candidato della lista. L'unica scelta, proprio per rispettare il principio di democrazia rappresentativa che la clausola che prevede il voto di lista dimostra di avere scelto, è quella di lasciar distinti i diversi quozienti risultanti dai voti di ciascuna lista, anche se certamente in questo modo i candidati risulteranno presenti nell'unica



lista finale un numero di volte eguale alla loro presenza nelle liste presentate – nel caso in esame, essendo i quattro nominativi presenti in tre liste, risulteranno in tre posizioni differenti” (Trib. Genova 25.09.2017).

Sul punto, il Prof. Avv. Giuseppe B. Portale, che ha analizzato una fattispecie contraddistinta da liste contenenti i medesimi candidati i cui quozienti venivano poi sommati in un'unica graduatoria, ha confermato che, con riferimento *“alle modalità di formazione della graduatoria unica decrescente, [...], occorre muovere dal rilievo che il voto di lista informato al metodo dei quozienti non sembra conciliarsi con un eventuale «collegamento» tra le liste presentate dai diversi soggetti legittimati (il punto è rimarcato, di recente, da CIOCCA, op. cit., 429 ss.). Se il meccanismo di nomina in discorso deve consentire, strutturalmente, di soddisfare efficacemente le istanze partecipative della compagine in sede di elezione dell'organo amministrativo (v., supra, n. 2), imprescindibile presupposto – perché detta funzione sia effettivamente preservata (e non, invece, elusa) – è che le liste debbano provenire autenticamente da ciascuno dei soggetti legittimati: senza, cioè, che la relativa presentazione possa risultare inquinata da accordi di alcuni, finalizzati a ridurre o, addirittura, ad azzerare le chances di altri di eleggere uno o più rappresentanti nel c.d.a. (sottolinea, seppur ad altro proposito, che l'interpretazio-*

ne del sistema del voto di lista secondo buona fede rende censurabile, non solo una sua violazione palese e diretta, ma anche un uso distorto dello stesso, seppur con forme o modalità apparentemente lecite, Trib. Milano, 29 marzo 2012, in www.giurisprudenzadelleimprese.it). E non può dubitarsi che un sicuro indizio nel senso della sussistenza, nel caso di specie, di una situazione di tal fatta possa cogliersi nella circostanza che due o più liste presentavano una coincidenza (parziale) di candidati (seppure collocati, nell'ambito delle singole liste, in posizione differente). Deve, quindi, essere ritenuto sintomatico di un probabile abuso il fatto che, nella vicenda in esame, le liste n. 1 e n. 2 condividevano ben tre candidati su cinque (v., supra, n. 1). Occorre naturalmente precisare che, in assenza di una specifica disposizione statutaria (oltreché legale) che sanzioni espressamente il solo fatto che due o più liste presentino gli stessi candidati, non si può immediatamente trarre da detta circostanza la sussistenza di un vizio del procedimento assembleare e della conseguente delibera. Il fatto che le liste n. 1 e n. 2 condividesse tre candidati su cinque rileva tuttavia, per l'appunto, come indice sostanziale di un utilizzo concretamente abusivo del sistema di voto per liste concretamente definito dallo Statuto. Qualora risultasse corroborato che la coincidenza tra i nominativi presenti in più liste non sia stata «casuale» bensì derivi ragionevolmente da una previa condivisione

orientata alla elusione della funzione tipicamente perseguita dal sistema di voto per liste concretamente disegnato dallo Statuto, ciò consentirebbe di configurare, con pienezza d'effetto, un vizio del procedimento assembleare e una causa di invalidità della Delibera.

Il Prof. Portale prosegue, poi, sottolineando un'ulteriore profilo di illegittimità di una simile votazione: «Ai candidati comuni è stato attribuito un quoziente elettorale formato dalla sommatoria di quelli ottenuti nelle singole liste in cui essi figuravano. La sommatoria tra quozienti, se da un lato – a ben vedere – sembra escludere, ipso facto, che la coincidenza tra i nominativi indicati in più liste possa essere considerata casuale, dall'altro manifesta una forma di violazione (e di abuso) in re ipsa, senz'altro rilevante sul piano sanzionatorio. È, infatti, evidente che una siffatta sommatoria di quozienti si dimostra in palese contrasto con il principio di unitarietà del voto (diffusamente, CIOCCA, op. cit., 244 ss.): principio che se, per un verso, impone ad ogni socio di esprimere il proprio voto a favore di una sola lista (c.d. unità del voto in senso soggettivo: cfr. art. 17.2 (2° capoverso), lett. b, dello Statuto), pretende, per altro verso, che tale voto venga reso nei confronti di ogni singola lista nel suo insieme (c.d. unità del voto in senso oggettivo: così, ancora, CIOCCA, op. cit., 245; ugualmente, STELLA RICHTER jr, Parere sul “punto g” dell'art. 2437 cod. civ. (e su altre questioni meno misteriose), in Riv. notariato, 2017, III, 383). La sommatoria dei quozienti consente, di contro, ai candidati «comuni» di beneficiare del cumulo dei voti dati dai soci alle singole liste (violando, così, l'unità del voto in senso oggettivo), riducendo o azzerando del tutto le chances di elezione degli altri candidati e, sicuramente, di quelli delle liste non oggettivamente «collegate»: tutto questo, in definitiva, con immancabile pregiudizio delle istanze partecipative dei soci che hanno presentato liste diverse da quelle oggettivamente «collegate». È stato, al riguardo, precisato che «la sommatoria dei quozienti comporta una violazione del significato del sistema di elezione a liste contrapposte, perché permette di falsare il significato delle posizioni attribuite ad ogni candidato [all'interno delle singole] list[e]» e che occorre, al contrario, «lasciar distinti i diversi quozienti risultati dai voti ottenuti da ciascuna lista, anche se certamente in questo modo i candidati risulteranno presenti nell'unica lista finale un numero di volte eguale alla loro presenza nelle liste presentate» (così, Trib. Genova, sez. spec. impresa, 25 settembre 2017, in www.giurisprudenzadelleimprese.it). È, pertanto, evidente che l'aver attribuito ai candi-

dati comuni figuranti nelle liste n. 1 e n. 2 un quoziente risultante dalla sommatoria di quelli dagli stessi riportati nelle singole liste ha prodotto l'effetto di distorcere la formazione della graduatoria unica decrescente [...], dando senz'altro luogo ad un errore nel criterio di ripartizione dei seggi consiliari tra i diversi candidati delle tre liste presentate: escludendo, in particolare, dalle prime cinque posizioni (e, quindi, da coloro che dovevano essere investiti della carica di consigliere di amministrazione) il candidato capolista della lista n. 3 presentata dal Socio di Minoranza. È, d'altro canto, pressoché pacifico che una siffatto errore nel criterio di ripartizione rappresenti un vizio nel procedimento deliberativo, suscettibile di comportare l'invalidità (nella variante dell'annullamento) della delibera di nomina (per tutti, anche per gli altri riferimenti, CIOCCA, op. cit., 147 ss. e 438; in giurisprudenza, Trib. Roma, 18 marzo 1996, cit.). Trattandosi, peraltro, di un errore materiale di calcolo, non manca chi è dell'avviso che al medesimo si possa porre rimedio, finanche attraverso una correzione disposta dal giudice in sede di pronuncia dell'annullamento della decisione (LIBERTINI-MIRONE-SANFILIPPO, L'assemblea di società per azioni. Artt. 2363-2379-ter, Milano, 2016, 233 s.).

Come evidenziato recentemente, anche se il divieto di sommare i quozienti non fosse espressamente contemplato dalle norme statutarie, tale divieto: «deriva direttamente dalla legge, dalle regole d'interpretazione e di esecuzione del contratto secondo buona fede, scolpite negli artt. 1366 e 1375 c.c. e applicabili anche ai contratti plurilaterali con comunione di scopo, in primis ai contratti di società per azioni. Si tratta di acquisizioni radicate nel diritto delle società di capitali, ricorrenti nelle varie pronunce di annullamento delle delibere assembleari per abuso della maggioranza» (Lodo Arbitrale 7.03.2019 – Presidente Notaio Giacomo Gelmi, Arbitro Avv. Michele Magaraggia, Arbitro Avv. Paolo Dal Soglio).

In conclusione, quindi, la corretta applicazione del voto di lista è essenziale per consentire la realizzazione delle istanze partecipative di cui tale procedimento di formazione della volontà assembleare è espressione. Qualunque tentativo di aggirare tale finalità, attraverso l'escamotage della somma dei quozienti dei candidati inseriti in più liste, si rivelerebbe non solo una violazione procedimentale ai sensi dello statuto, ma rappresenterebbe una condotta abusiva che, in quanto tale, determinerebbe l'invalidità delle delibere che a tale risultato dovesse conformarsi.

L'ex docente universitario aveva 85 anni

Santa Flavia, ieri l'addio a Stocco

In pensione nel 2011, ha gestito lo stabilimento balneare Lido Fondachello

SANTA FLAVIA

Si sono celebrati ieri pomeriggio nella basilica soluntina di Santa Flavia i funerali dell'ex docente universitario Giancarlo Stocco morto all'età di 85 anni.

Anche se era in pensione da diverso tempo, il suo ricordo era molto vivo tra suoi ex studenti. Stocco era andato in pensione dopo esser stato, per oltre quarant'anni, docente di Chimica generale nella facoltà di Farmacia e di Chimica all'università del capoluogo. Dal 2011 il professore Stocco aveva lasciato l'ate-

neo e i suoi studenti per dedicarsi alla gestione dello stabilimento balneare Lido Fondachello, nella zona di Solanto a Santa Flavia. Era molto amato per il modo di porsi e di relazionarsi. Ieri pomeriggio l'addio da parte dei familiari, degli amici e dei conoscenti che si sono ritrovati nella basilica soluntina di Santa Flavia. Il professore Giancarlo Stocco era da tutti riconosciuto come una persona garbata.

Chi lo ha conosciuto racconta che la scomparsa della moglie lo aveva segnato nell'animo. La sua morte ha fatto il giro del web in poco tempo. Moltissimi i commenti lasciati dagli ex studenti del professore considerato da tutti un uomo «d'altri tempi».

Molti lo ricordano con i suoi gestetti bianchi sempre in mano e le sue giacche blu. «Era un signore con la "S" maiuscola, educato, gentile, affettuoso - scrive un suo ex studente su Facebook - La notizia della sua morte ci lascia sbalorditi. Ciao professò...».

Il ricordo di Stocco per chi non è stato suo alunno è legato soprattutto al Lido Fondachello che aveva in gestione. Scrive sulla sua bacheca Francesco «era un'icona di educazione, gentilezza e modi eleganti. Era affettuoso con tutti noi che siamo cresciuti nel suo lido balneare».

Pietro aggiunge: «Sarà difficile pensare ad un mondo senza di lui. Un pezzo del mio cuore oggi annega nel mare della vita». (*MAG*)

ALESSANDRO GIORGETTA

Mater semper certa est, “Libia” numquam

“La serenità è il frutto della rassegnazione all’incertezza”

Nicolás Gómez Dávila

37

Si dia il seguente caso (che è capitato davvero).

Un soggetto giuridico italiano ottiene un decreto ingiuntivo contro uno Stato estero (nel caso di specie, quello libico) avente ad oggetto un credito per prestazioni rese in Italia in favore di esso e lo notifica a quest’ultimo.

Il decreto viene opposto dallo “Stato della Libia”, mediante atto di citazione tempestivamente notificato.

L’Autorità in questione decide di non stare in giudizio in persona del titolare della sua Ambasciata presente nel nostro paese – rappresentante diplomatico al quale la Suprema Corte da sempre riconosce, al pari di ogni altro Stato straniero, un potere di rappresentanza generale¹ per tutti gli affari, ivi comprese le controversie, instaurati in Italia – bensì in persona di un funzionario interno di quel medesimo “Stato della Libia”.

Funzionario di cui non solo non è dato sapere – poiché alcuna prova in merito è fornita – se dotato di un effettivo potere di rappresentanza processuale², ma

nemmeno di quale “Stato” egli, in ipotesi, sia il rappresentante.

Tale singolarissimo caso è determinato dalla magnetica, anzi inestricabile, situazione geo-politica in cui versa la Libia oramai da anni.

L’esposizione della problematica necessita di una piccola premessa.

Stato della Libia” è l’attuale denominazione dell’autorità statuale che “governa” il territorio localizzato nella parte centrale del Nordafrica, affacciandosi sul Mar Mediterraneo intorno al Golfo della Sirte, tra il 10° e il 25° Meridiano Est.

La precedente denominazione era “Gran Giamahiria Araba Libica Popolare Socialista”, appellativo con cui dal 1977 Mu’ammar Gheddafi ribattezzò lo Stato sorto in Libia dopo la rivoluzione del 1969 e solo inizialmente noto come “Repubblica Araba di Libia”.

Senonché, a seguito della prima guerra civile libica – ossia il conflitto verificatosi nel febbraio del 2011, sulla scia dei moti popolari che, dall’Algeria, si sono poi estesi anche in Tunisia, Egitto, Bahrein, Yemen e Siria – e della vittoria conseguita dal Consiglio Nazionale di Transizione (o “CNT”)³, il nome “Gran Giamahiria Araba Libica Popolare Socialista” non è stato più utilizzato per indicare l’autorità che esercita il potere di governo sul territorio libico.

Sul piano del diritto internazionale pubblico, premesso che la qualificazione assunta dal CNT nel corso di tale conflitto era quella di “insorti” e che, al contempo, la prassi internazionale riconosce a questi ultimi una personalità piena, allorché essi esercitino il potere in modo effettivo e indipendente su un dato ter-

1. “...non esaurendosi la sua attività (quella del titolare della rappresentanza diplomatica, n.d.r.) nel campo strettamente politico e pubblico, ma estendendosi altresì – senza che vi osti alcuna norma di diritto internazionale – ad ogni altro campo, compreso quello privatistico, nel quale sia necessario tutelare gli interessi dello Stato rappresentato....senza bisogno di alcun atto autorizzativo particolare, svolgendosi il potere rappresentativo attraverso un rapporto di compenetrazione organica.” (Cassazione civile, sez. III, 29/01/2010, n. 2041, in S.e.r. contro Repubblica dell’Iraq, in *Giust. civ. Mass.* 2010, 1, 126; in senso conforme cfr. Cass. 22 giugno 2007 n. 14570 e Cass. 9 novembre 2000 n. 14549).

2. Il quale, come statuito in più occasioni dalla Suprema Corte “può essere conferito soltanto a colui che sia investito anche di un potere rappresentativo di natura sostanziale in ordine al rapporto dedotto in giudizio” (v. ex multis, Cassazione civile, sez. I, 15/06/2018, n. 15771).

3. Con tale termine intendendosi l’autorità politica sorta a seguito delle suddette sommosse popolari e che è risultata vincitrice all’esito del conflitto.

ritorio (anche se tale personalità ha carattere temporaneo in quanto la situazione è destinata a evolversi, a seconda del successo o meno della lotta insurrezionale) e l'esercizio di tale potere sia confermato dal riconoscimento da parte di un numero rilevante di Stati⁴, nel caso della Libia al primo elemento (vale a dire, la vittoria conseguita dal CNT nel conflitto ed il successivo governo di unità nazionale, instaurato dal medesimo, su tutto il territorio libico, a far data dal secondo semestre del 2011 e sino al primo semestre del 2014), si aggiunge certamente il secondo, ossia il riconoscimento da parte di un rilevante numero di Stati, tra i quali l'Italia.

Ora, preso atto della intervenuta successione tra diverse autorità statali sul territorio libico, se da un lato può dirsi certo che l'attuale "Stato della Libia" sia il successore della "Gran Giamahiria Araba Libica Popolare Socialista", altrettanta certezza non vi è rispetto alla posizione dell'asserito rappresentante di detto Stato in giudizio.

Ed infatti, a seguito della seconda guerra civile libica – vale a dire il conflitto armato iniziato il 16 maggio 2014 – due governi e due coalizioni rivali si sono fronteggiate prima sul piano strettamente militare e poi su quello politico.

Da una parte, il governo con sede a Tripoli, guidato da Fayed al-Serraj, il quale, sebbene debole dal punto di vista della sovranità territoriale, è sostenuto dalle Nazioni Unite e dalla gran parte degli Stati che compongono la comunità internazionale, tra i quali l'Italia.

Dall'altra parte, il governo basato nella città di Tobruk, in Cirenaica, guidato dal Generale Haftar e riconosciuto da Russia, Egitto, Francia ed Emirati Arabi Uniti; tale governo controlla la gran parte del territorio e, soprattutto, dispone delle risorse energetiche.

Entrambi detti governi, di Tripoli e di Tobruk, rivendicano una primazia sull'esercizio dello *jus imperii*⁵

4. Cfr. Cassese, *Diritto internazionale*, Il Mulino, 2013, Capitolo VII; Pustorino, *Movimenti insurrezionali e diritto internazionale*, Collana di Studi della Luiss-Guido Carli, 2018, Capitolo II.

5. Ossia del diritto che nasce dalla Sovranità stessa dello Stato e che quindi è decisivo ai fini del riconoscimento della soggettività di diritto internazionale (cfr. Conforti, *Diritto internazionale*, X^a edizione, Editoriale Scientifica, 2018, capitolo 3. Non inorridisca il giurista positivo, il quale, citando l'art. 1 Costituzione, potrebbe replicare che «La sovranità appartiene al popolo» e dunque non allo Stato. In vero, la «appartenenza al popolo della sovranità conferma che il *nomos* fondamentale dell'autorità, la sovranità appunto, continui ad essere il fondamento del potere dell'autorità e, tuttavia, questa

nel territorio libico, in quanto entrambi sono inseriti in apparati statuali dotati, a latere del potere esecutivo, di un potere legislativo e di un potere giudiziario. Tant'è che anche attualmente si parla di «governo conteso»⁶.

non appartiene né allo Stato né all'ordinamento, né alla persona giuridica in cui si ipostatizza l'autorità, né al prodotto dei suoi comandi normativi, né al soggetto né all'oggettività delle sue regole; essa spetta alle persone. Quest'affermazione è contenuta nell'atto costitutivo dell'ordinamento, sicché il fondamento della sua vigenza ed efficacia è, esattamente, la sovranità popolare. L'autorità, quindi, non dispone della sovranità.» (L. Perfetti, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico 2017, vol. 1, pag. 99). D'altra parte, l'ordinamento giuridico, nella sua realtà oggettiva, non è mai costruzione fine a sé stessa: esso è Diritto per un Paese concreto e con abitanti definiti, che vivono in un dato luogo, dunque un diritto «localizzato». Esso è sempre *nomos* della terra, ordine storico determinato e destinato a proteggere diritti e libertà incarnati in una vicenda storicamente e territorialmente definita (ovviamente il riferimento è a C. Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Köln, Greven, 1950, trad. it., Milano, Adelphi, 2011, 60; sulla concezione di localizzazione e concretezza del comando legale, cfr. anche Cacciari, *Icone della Legge*, Milano, Adelphi, 2002).

6. Come agevolmente appurabile, anche solo mediante la lettura di alcune pagine presenti sul web dedicate al tema: «Libia: due governi, due parlamenti, 140 tribù, 230 milizie (oltre l'Isis). Fotografia di un rebus inestricabile per l'Onu» (https://www.huffingtonpost.it/2015/02/20/libia-isis_n_6721170.html); «In Libia comandano bande e milizie: il governo Sarraj è solo una facciata» (<http://espresso.repubblica.it/plus/articoli/2018/09/12/news/in-libia-comandano-bande-e-milizie-il-governo-sarraj-e-solo-una-facciata-1.326835>); «Il governo conteso, Libia sinonimo di caos» (<https://economyinternazionale.com/2017/03/09/il-governo-conteso-libia-sinonimo-di-caos/>); «LIBIA – IL GOVERNO CONTESTO. PANORAMICA DAL 2011 AD OGGI» (<https://www.operalapiira.it/libia-il-governo-conteso-panoramica-dal-2011-ad-oggi/>). Sull'argomento, si segnala – su tutti, poiché estremamente attuale – il più recente *reportage* condotto dalla stampa italiana (23 febbraio 2019): «L'ufficiale dalla Cirenaica è di fatto il padrone del petrolio. Aspetta solo l'accerchiamento di Tripoli e la resa delle milizie ancora fedeli al premier al-Sarraj. Un governo di unità nazionale fragile e indebolito nonostante il riconoscimento ufficiale dell'Onu; un Paese profondamente diviso, lacerato da odii tribali e dalla concorrenza armata di ogni tipo di milizie: un militare autoproclamatosi maresciallo come Khalifa Haftar, che in Cirenaica è diventato il dominus mentre nel sud, quel Fezzan da lungo tempo crocevia di traffici e interessi oscuri senza controllo, la mano guantata del suo esercito si appropria (ufficialmente per dare la caccia ai jihadisti e «purgare la regione dai terroristi e dai criminali») di aree strategicamente importanti, ma soprattutto ricche di petrolio» (<https://www.avvenire.it/mondo/pagine/in-libia-otto-anni-dopo-il-colonnello-a-dettare-legge-il-generale-haftar>).



Ebbene, a quale dei suddetti due governi appartenesse il rappresentante in giudizio dello “Stato della Libia” – ossia il funzionario interno di cui s’è detto in apertura – non é stato possibile sapere: se si sia trattato di un “rappresentante” del governo “debole”, ma riconosciuto dalla maggioranza della comunità internazionale, ivi compresa l’Italia (Tripoli) o, invece,

dell’altro governo (Tobruk), che, sebbene riconosciuto solo da alcuni Paesi, appare come quello in grado di prevalere dal punto di vista dello *jus imperii* e dunque dotato del potere di stare giudizio, come “Stato della Libia”.

Tutto ciò almeno al momento attuale, che coincide con quello della spedizione della causa in decisione⁷.

7. Causa per la quale si attende ora la (ardua) sentenza. E dunque, eccedendo in modi di dire: “chi vivrà, vedrà”.

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.

LORENZO SALVATORE

Codice della crisi e gestione dell'impresa nella S.r.l.: il nuovo art. 2475 c.c.

Alla società a responsabilità limitata non si attaglia più la vecchia etichetta di “piccola società per azioni senza azioni” in quanto la nuova s.r.l., come designata dalla riforma, è un istituto originale che si colloca in una zona di confine tra le società personali (alle quali è molto vicina quanto a flessibilità della struttura organizzativa) e la società per azioni (di cui mantiene la responsabilità limitata dei soci). Il superamento della tecnica legislativa del sistematico rinvio alla disciplina della società per azioni ne è dimostrazione lampante: oggi la s.r.l. è disciplinata da un insieme autonomo e organico di norme, nel quale i rinvii alla disciplina della s.p.a. non costituiscono più la regola ma l'eccezione. Dalla lettura del nuovo corpo normativo risulta invero confermata la fattispecie, come emergeva dalla Legge Delega, con la doppia anima, quella di società personale, incentrata sulla rilevanza centrale del socio, e quella di società di capitali, incentrata sull'acquisto della personalità giuridica e conseguente beneficio della responsabilità limitata dei soci.

Notevole spazio, poi, è stato riservato all'autonomia statutaria. I soci infatti possono scegliere fra modelli organizzativi alquanto diversi tra loro e ritagliarsi l'assetto più confacente alle loro esigenze, con una significativa diminuzione dei vincoli imposti da norme inderogabili. Il beneficio della responsabilità limitata viene, dunque, accordato più liberamente e con meno contrappesi rispetto al passato, attribuendo ai soci maggiore flessibilità nella gestione della società e consentendo loro di far emergere nello statuto regole finora confinate nella penombra dei patti parasociali. Al tempo stesso “la rilevanza centrale del socio”, cui da rilievo la Legge Delega, trova espressione attraverso la concessione di più ampi diritti inderogabili ai singoli soci, in particolare sotto il profilo dei poteri di controllo e di iniziativa, che vengono decisamente incrementati. Sono, invece, in un certo senso diminuite le cautele a tutela dei creditori sociali e del mercato: a salvaguardia degli interessi esterni permane, da un

lato, la disciplina imperativa relativa alla corretta e controllata formazione del capitale sociale nonché alla conservazione della sua integrità per tutta la durata della società; dall'altro, e l'inderogabile “chiusura” della società, nel senso che non si possa mai cedere alla sollecitazione all'investimento di quote di capitale¹ e, in senso pieno, di titoli di debito e la nuova disciplina della rappresentanza di cui all'art. 2475-bis. In sostanza la s.r.l. viene considerata dal legislatore essenzialmente come un affare privato (significativo in questo senso il mancato richiamo dell'art. 2409 c.c. che prevede forme di intervento dell'autorità giudiziaria), nei quali le parti possono trovare la regolazione preferita dei loro interessi².

1. Detto assunto che trova fondamento nell'art. 2468, comma 1, c.c. deve ritenersi oggi ampiamente derogato a seguito della entrata in vigore del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in L. 17 dicembre 2012, n. 221 (c.d. **Decreto Crescita 2.0**) che prevede all'art. 26, comma 5, che le quote di *start-up* innovative costituite in forma di S.r.l. possano essere oggetto di offerta al pubblico di prodotti finanziari, anche attraverso i portali per la raccolta di capitali, nel rispetto delle leggi speciali. Successivamente, la deroga è stata estesa ad una platea più ampia rispetto a quella delle *start up* innovative. Ciò è avvenuto con il D. L. 24 gennaio 2015, n. 3 convertito in Legge 24 marzo 2015, n. 33 (c.d. **Decreto Investment Compact 2015**) a favore delle PMI innovative, e con la Legge 11 dicembre 2016, n. 232 (c.d. **Legge di stabilità 2017**) a favore di tutte le PMI, tali intendendosi le società che, a tenore della legislazione europea (Racc. 2003/361/CE): 1) abbiano un numero medio di dipendenti nel corso dell'esercizio inferiore a 250; 2) abbiano un totale dello stato patrimoniale non superiore a 43 milioni di euro; 3) abbiano un fatturato annuo netto non superiore a 50 milioni di euro.

2. Come è noto, il Legislatore, con la riforma del 2003, ha eliminato ogni riferimento testuale all'azione ex art. 2409 c.c. in materia di s.r.l.. Nonostante parte della dottrina e della giurisprudenza di merito abbiano ammesso l'applicabilità in via analogica alla s.r.l. di detta disposizione, il mero rinvio alle disposizioni in materia di società per azioni dettato dall'art. 2477, V comma, c.c. non è stato interpretato dalla

Quanto detto finora ci aiuta a capire la peculiarità della struttura organizzativa della nuova s.r.l.

Una prima fondamentale differenza rispetto alla s.p.a. è rappresentata dal carattere tendenzialmente derogabile e suppletivo delle regole relative alle decisioni dei soci e all'amministrazione della società. Il legislatore ha infatti inteso prevedere una generale "libertà di forme organizzative", riconoscendo in particolare "ampia autonomia statutaria riguardo alle strutture organizzative, ai procedimenti decisionali della società e agli strumenti di tutela degli interessi dei soci" (art. 3 comma 1°, lett. c e d, della l. delega 366/2001). In attuazione di tali principi il codice detta una disciplina estremamente semplificata e duttile, coerente con la struttura più spiccatamente personalistica di questo tipo societario rispetto al modello azionario. In questa prospettiva, un ruolo particolarmente significativo è assegnato ai soci e alle loro decisioni nell'attività sociale.

La legge rimette in primo luogo alla volontà dei soci espressa nell'atto costitutivo la stessa ripartizione delle competenze tra soci e amministratori (art. 2479 c.c.). Ma l'autonomia statutaria in tema di ripartizione di competenze incontra alcuni limiti ben precisi, potendosi distinguere tra competenze riservate esclusivamente ai soci e competenze riservate esclusivamente all'organo amministrativo:

- in ogni caso, sono riservate alla competenza dei

Suprema Corte in grado di legittimare l'azione ex art. 2409 c.c. per le società a responsabilità limitata dotate di collegio dei sindaci (cfr. Cass. Civ. 13 gennaio 2010, n. 403; Cass. Civ., 4 giugno 2012, n. 8946),.

Tale orientamento, contrario all'applicabilità, si è poi cristallizzato con l'ordinanza n. 116/2014 della Corte Costituzionale, con la quale il Giudice delle leggi ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale degli artt. 2409 e 2476 del codice civile, sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione Orbene, l'art. 379, comma 2, del Codice della Crisi d'impresa (d. lgs. 14/2019), nel riscrivere l'articolo 2477 c.c. introduce, al sesto comma, la dizione: "*Si applicano le disposizioni dell'articolo 2409 anche se la società è priva di organo di controllo.*" Il comma 4 dello stesso articolo 379, incide, poi, sull'articolo 92 delle disposizioni per l'attuazione del codice civile e disposizioni transitorie: "*Il decreto, previsto dall'articolo 2409 del codice, che nomina l'amministratore giudiziario nelle società di cui ai capi V e VI e VII del titolo V del libro V del codice priva l'imprenditore, dalla sua data, dell'amministrazione della società nei limiti dei poteri conferiti all'amministratore giudiziario.*" In definitiva, con il Codice della Crisi d'Impresa viene reintrodotta, al pari di quanto disposto in vigenza del Codice pre-riforma del 2003, l'applicabilità dell'art. 2409 c.c. alla società a responsabilità limitata.

soci (art. 2479 c.c. comma 2° c.c.): l'approvazione del bilancio e la distribuzione degli utili; la nomina, se prevista dall'atto costitutivo, degli amministratori; la nomina, nei casi previsti dall'art. 2477 c.c. dei sindaci o del revisore; le modificazioni dell'atto costitutivo; la decisione di compiere operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti dei soci;

- in ogni caso, sono di competenza dell'organo amministrativo (art. 2475 ult. cpv. c.c.): la redazione del progetto di bilancio e dei progetti di fusione e scissione nonché le decisioni di aumento del capitale ex art. 2481 c.c.

Al di là di tali riserve, nella normativa della s.r.l. non vengono riprodotti né i limiti alla devoluzione dei soci di decisioni in materia gestoria posti per la s.p.a. dall'art. 2364 n. 5 né il principio generale in base al quale "la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori" dettato per la s.p.a. dall'art. 2380-bis c.c. Ne è logica conseguenza che l'atto costitutivo della società a responsabilità limitata può legittimamente deferire alla volontà vincolante dei soci qualunque decisione amministrativa e può altresì riconoscere ad essi, collettivamente o anche individualmente, un potere di veto o di istruzione nei confronti di determinate operazioni gestorie.

Se tutto ciò è vero, in considerazione "della rilevanza centrale del socio" che connota la nuova s.r.l. e che non può che riflettersi sui profili organizzativi di tale tipo societario, diviene perfettamente legittima, accanto ad una s.r.l. disegnata sulla falsariga della s.p.a. e contrassegnata da una rigida organizzazione corporativa, articolantesi in forme gestorie e di riparto di competenze tra organo amministrativo ed organo assembleare proprie delle società di capitali, una s.r.l., invece, disegnata sulla falsariga della s.n.c. e contrassegnata, inevitabilmente, dalla perfetta coincidenza tra gestione e proprietà, dove il potere amministrativo è inerente alla qualità di socio e di fatto manca l'organizzazione corporativa tradizionalmente propria dei tipi capitalistici. Il che vuol dire che sembra avere un certo riscontro quella voce dottrina³ da sempre favorevole ad ammettere la facoltà di attribuire, in via statutaria, l'intera amministrazione ai soci, riuniti

3. In particolare Zanarone, *s.r.l. contro s.p.a. nella legislazione recente*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 391; Rivolta, *La società a responsabilità limitata*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu e Messineo* diretto da Mengoni, XXX, 1, Milano, 1982.

o meno in assemblea, con conseguente soppressione dell'organo amministrativo come organo a se stante⁴. Tale conclusione sembra trovare conferma nell'art. 2479, comma 2° n. 2 che, nel riservare alla competenza dei soci la nomina, se prevista dall'atto costitutivo, degli amministratori, va letto alla luce dell'art. 2468 comma 3°, che consente di attribuire ai soci peculiari diritti concernenti l'amministrazione: si ammette, dunque chiaramente che l'atto costitutivo può riconoscere ai soci il diritto di amministrare, riproducendo, in tal modo, quella naturale inerenza della carica amministrativa allo status di socio che caratterizza le società personali. In tale ipotesi la nomina ad amministratore prescinde da un atto di volontà da parte dei soci, trovando suo fondamento direttamente nell'atto costitutivo. Altra conferma sembra potersi rinvenire nell'art. 2479 c.c. comma 1°, ai sensi del quale i soci decidono sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo e, quindi, anche, se statutariamente previsto, sull'amministrazione della società. Un ostacolo a tale ricostruzione è, però, rappresentato dall'ultimo comma dell'art. 2475 c.c. che riserva in ogni caso alla competenza dell'organo amministrativo (e, si badi bene, non più del consiglio di amministrazione a seguito dell'avviso di rettifica relativo al d. legisl. 17 gennaio 2003 n. 6 pubblicato sulla G.U. 4 luglio 2003 n. 153) la redazione del progetto di bilancio e dei progetti di fusione o scissione, nonché le decisioni di aumento del capitale ex art. 2481. Ostacolo

4. Ammettono tale possibilità, a seguito della riforma, Zanarone, *Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 87; Schirò, *Il controllo dei soci e l'azione di responsabilità contro gli amministratori*, in *La riforma di diritto societario: nuovi modelli di s.r.l e s.p.a.*, Atti del Convegno Paradigma, Milano 27-28-29 novembre 2002 (dattiloscritto); Parrella in *La riforma delle Società*, a cura di Sandulli e Santoro, 3, Torino, 2003 p. 105. Esclude, invece tale possibilità Abriani in *Diritto delle società di capitali (Manuale breve)*, Milano, 2003, p. 201 ss. dando rilievo decisivo all'ultimo comma dell'art. 2475 che riserva talune materie "in ogni caso" al consiglio di amministrazione. Quanto sostenuto da Abriani trova un appiglio decisivo nella nuova formulazione dell'ultimo comma dell'art. 2475 c.c., che sosistuisce la parola "consiglio di amministrazione" con la parola "organo amministrativo", quale risultante dall'avviso di rettifica relativo al d. legisl. 17 gennaio 2003 n. 6 pubblicato sulla G.U. 4 luglio 2003 n. 153.

È bene ricordare che la possibilità di affidare l'amministrazione all'assemblea è espressamente riconosciuta in tema di piccola società cooperativa (v. art. 21, comma 4°, l. n. 266/1997) di cui non a caso è ora prevista (art. 111-septies) la trasformazione obbligatoria nella società cooperativa disciplinata dall'art. 2522 c.c.

che, in un certo senso, poteva essere superato se fosse stata confermata la versione originaria dell'ultimo comma dell'art. 2475 c.c. (che attribuiva le anzidette materie al consiglio di amministrazione) con una lettura "tipologica-sistematica" di tale disposizione, che tenesse conto dei connotati essenziali della nuova s.r.l. In quest'ottica aveva un suo fondamento affermare quanto segue⁵: "una tale disposizione non dovrebbe comportare implicitamente la necessità di un organo amministrativo distinto dall'assemblea dei soci.; essa presuppone, infatti, un'alterità soggettiva tra amministratori e soci, espressione di organi distinti, ipotesi tipica nella s.r.l. concepita come sorella della s.p.a. e, quindi, contrassegnata dalla presenza di un'organizzazione corporativa di stampo tradizionale. Ma ciò non esclude affatto che l'organo amministrativo possa mancare, con conseguente attribuzione dell'intera amministrazione ai soci, dandosi vita ad una s.r.l. targata statutariamente sulla falsariga di una s.n.c. In una tale ipotesi, caratterizzata per l'assenza totale di organizzazione corporativa, la disposizione in esame ha comunque un significato ben preciso, esprimendo piuttosto l'esigenza della partecipazione di tutti gli amministratori, coincidenti, nella specie, con i soci, agli atti ivi indicati nel rispetto delle regole proprie delle riunioni collegiali. L'importante è, dunque, che su tali delicate materia via sia una decisione collegiale, capace come tale di soddisfare esigenze di ponderazione e di responsabilizzazione. Nulla di strano, perciò, se nel nuovo assetto normativo, caratterizzato dalla accentuata rilevanza delle persone dei soci, l'assemblea dei soci si trovi a redigere i suddetti progetti e, nel contempo, ad approvarli. Tanto più se si tiene presente che la dialettica interna è ora comunque assicurata dall'attribuzione a ciascun socio, anche se co-amministratore, del potere di esperire l'azione sociale di responsabilità contro gli altri soci-amministratori". Tali conclusioni non mi sembrano ora più sostenibili alla luce della formulazione del quinto comma dell'art. 2475: se sono riservate in ogni caso alla competenza dell'organo amministrativo la redazione del progetto di bilancio e dei progetti di fusione o scissione, nonché le decisioni di aumento del capitale ex art. 2481, ciò significa che è sempre necessario che vi sia un organo amministrativo distinto dall'assemblea dei soci e che una pur minima organizzazione corporativa vi dovrà

5. È quanto ho affermato prima che fosse pubblicato il summenzionato avviso di rettifica nel mio *Amministrazione e rappresentanza nella nuova s.r.l.* in *Circolare settimanale tributaria - Gruppo Euroconference n. 28 - 14 luglio 2003*.

comunque essere. La norma va dunque vista in parallelo con l'art. 2479 comma 2° che individua le materie inderogabilmente spettanti alla competenza dei soci. Potrà anche esserci una perfetta coincidenza tra soci e amministratori come avviene solitamente nelle società personali; in tal caso avranno rilievo decisivo le materie all'ordine del giorno: sulla base di esse si determinerà se i soci-amministratori adotteranno una decisione come soci, secondo le regole proprie di cui agli art. 2479-2479 bis-2479 ter c.c., oppure come organo amministrativo, secondo le regole proprie degli art. 2475-2475 bis- 2475 ter- 2476 c.c..

Tale conclusione trova definitiva conferma nelle novità apportate in tema di amministrazione dal Codice della Crisi d'impresa, vale a dire a seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14 (che, ex artt. 375 e 377 di detto decreto, ha inciso tanto sulla impresa individuale quanto su quella collettiva)⁶.

In particolare si fa riferimento:

* all'art. 2086, il cui secondo comma prevede ora espressamente che *“L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale”*;

* all'art. 2475, il cui nuovo primo comma richiama espressamente il sopra citato art. 2086, in materia di s.r.l., disponendo che: *“La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale. Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'amministrazione della società è*

affidata a uno o più soci nominati con decisione dei soci presa ai sensi dell'articolo 2479.”

Il punto, dunque, è capire come la nuova formulazione del primo comma dell'art. 2475 c.c. nel disciplinare la gestione dell'impresa, affidandola in via esclusiva agli amministratori, impatti su quelle norme che consentono di affidare l'amministrazione ai soci (e cioè l'art. 2479, comma 1 c.c., l'art. 2468, comma 3, c.c. e l'art. 2476 c.c.), e dunque se si possa considerare ancora possibile (o meno) un coinvolgimento degli stessi soci nell'amministrazione della società.

In particolare:

* a tenore dell'art. 2479, comma 1, c.c., i soci potranno decidere non solo sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo, ma anche sugli argomenti che uno o più amministratori o tanti soci che rappresentino almeno un terzo del capitale sociale sottopongano alla loro approvazione (c.d. “potere di avocazione”);

* a tenore dell'art. 2468, comma 3, c.c., potranno essere attribuiti particolari diritti a singoli soci riguardanti non solo la distribuzione di utili, ma anche e soprattutto l'amministrazione;

* a tenore dell'art. 2476, comma 7, c.c., saranno solidalmente responsabili con gli amministratori i soci che intenzionalmente avranno deciso ovvero autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi.

Come è stato giustamente osservato⁷, sembra infatti potersi escludere un'interpretazione abrogatrice delle disposizioni incompatibili con quelle di cui alla entrata in vigore del Codice della crisi, in quanto siamo di fronte a regole di carattere organizzativo, che vanno lette alla luce della legge delega (legge 19 ottobre

6. A seguito dell'entrata in vigore del Codice della Crisi, sono state apportate modifiche, volte a disciplinare l'assetto organizzativo dell'impresa, anche ad ulteriori disposizioni del codice civile, quali, tra le altre, il primo comma dell'art. 2257 c.c., in materia di società semplice; il primo comma dell'art. 2380 bis c.c., il primo comma dell'art. 2409-novies c.c. in materia di società per azioni, le quali richiamano espressamente l'art. 2086 c.c..

7. Cfr. SACCHI, Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile o dannosa?, in N.L.C.C., 2018, 1280 ss. Rilievi critici in MONTALENTI, Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta nella riforma Rordorf, cit., 951 ss. Escludono che il nuovo primo comma dell'art. 2475, c.c., abbia portata abrogatrice delle citate disposizioni BUSANI, La riforma della crisi d'impresa riscrive il ruolo dei soci della s.r.l., ne Il Sole24ore, 19 febbraio 2019, 17, e DAMASCELLI-TASSINARI, Crisi d'impresa, la riforma non stravolge la governance, ne Il Sole24ore, 2 marzo 2019, 18.

2017, n. 155) e quindi funzionali ad imporre doveri e stabilire responsabilità di natura organizzativa agli amministratori, anche nell'ottica della (eventuale) crisi dell'impresa.

L'art. 2475, comma 1, c.c., così formulato, sarebbe destinato a spiegare i suoi effetti solo sul piano organizzativo, non subendo alcun cambiamento l'aspetto legato alla gestione, mutando invero quelli legati alla organizzazione (per i quali occorre ora far riferimento agli artt. 2086 e 2475 del c.c.): da un lato dunque si colloca la "gestione operativa" (nella quale possono essere coinvolti anche i soci, nei termini di cui infra), dall'altro la "gestione organizzativa" di cui gli amministratori sono e saranno esclusivamente responsabili (e ciò proprio a seguito dell'introduzione del nuovo secondo comma di cui all'art. 2086 c.c.)⁸.

Avendo riguardo l'art. 2086 c.c. alla sola gestione organizzativa, e non a quella operativa, non v'è dubbio che le norme che consentono l'operatività gestionale dei soci continueranno a trovare applicazione, con conseguente coinvolgimento dei soci nella amministrazione.

Logica conseguenza è che sulla falsariga di quanto previsto nella società per azioni (secondo cui *"l'assemblea ordinaria delibera sugli altri oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea, nonché sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti"* art. 2364 comma 1, numero 5), c.c.), anche qualora la competenza decisoria venisse spostata sui soci, i responsabili rimarrebbero comunque gli amministratori, di guisa che un intervento autorizzativo dei soci, avrebbe come effetto solo quello di aggiungere responsabilità (agli amministratori), non di toglierla.

Pertanto, in tal caso, se l'organo amministrativo non vorrà incorrere in responsabilità, non dovrà dare esecuzione ad una delibera dei soci.

Alla luce di quanto detto, stante la responsabilità, *per tabulas*, in capo agli amministratori, è evidente che può considerarsi definitivamente superata la tesi che in dottrina aveva avuto voce a seguito della Riforma

del 2003 per cui sarebbe stato possibile configurare statutariamente una assemblea amministratrice, prescindendo dall'organo amministrativo⁹.

Trova dunque definitiva conferma la circostanza che debba sempre sussistere in materia di srl l'organizzazione corporativa, con la necessaria compresenza dei due organi (assemblea ed organo amministrativo)¹⁰.

Dunque le norme codicistiche convivranno pacificamente con quelle di nuova introduzione: i soci possono essere (e rimanere) sì coinvolti nella gestione nei termini sopra prospettati, ma ciò non a discarico della responsabilità degli amministratori.

E a tenore del nuovo secondo comma dell'art. 2086 c.c., espressamente richiamato dal primo comma dell'art. 2475 c.c., responsabile della "gestione organizzativa" (e di tutto quel che attiene l'organizzazione) rimane sempre l'organo amministrativo.

9. Sulla necessaria compresenza dell'organo amministrativo, si veda MOSCO, *Funzione amministrativa e sistemi di amministrazione*, in Tratt. S.r.l. Ibba – Marasà, V, Padova, 2012, 16 ss.; GUERRERA, *La responsabilità «deliberativa» nelle società di capitali*, Torino, 2004, 72; RIVOLTA, *I regimi di amministrazione nella società a responsabilità limitata*, Abbadesse – Portale, *Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, 3, Torino, 2007, 537 ss. per il quale occorre evitare di cadere in un equivoco nominalistico perché la possibilità di investire della funzione amministrativa tutti i soci o l'unico socio nella società unipersonale è fuori discussione, in quanto sussiste anche nella società per azioni, ma l'identità tra le persone dei soci e degli amministratori non esclude la diversità dei ruoli e delle funzioni e la soggezione a regole diverse nell'una e nell'altra veste. Secondo l'Autore, chi svolge organicamente il compito di gestione è amministratore anche se non ne assume formalmente il nome ed è soggetto ad una disciplina che non si riduce a quella del rapporto partecipativo; CAGNASO, *La società a responsabilità limitata*, in Tratt. Cottino, Padova, 2007, 219 s.; CORSI, *Le nuove società a responsabilità limitata*, Milano, 2003, 236. Nell'ambito degli orientamenti notarili, si segnala l'orientamento I.C.3 del Comitato Triveneto dei Notai, (Configurabilità necessaria di un organo amministrativo), secondo cui, "stante la natura di società di capitali della s.r.l., deve ritenersi indispensabile la presenza formale di un organo amministrativo, anche nel caso che lo statuto preveda che l'amministrazione spetti necessariamente a tutti i soci. In quanto le qualifiche di amministratore e di socio sono distinte, anche se rivestite dagli stessi soggetti".

10. Un riferimento in SPADA, *Classi e tipi di società dopo la riforma organica* (guardando alla "nuova" società a responsabilità limitata), in Cian, *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, Padova, 2004, 38 per il quale: lo statuto legale della società a responsabilità limitata propone all'operatore «un'organizzazione corporativa attenuata».

8. In materia v. amplius ATLANTE – MALTONI – RUOTOLO, *Il Nuovo Articolo 2475 c.c. Prima lettura*, Studio n. 58-2019/I (Approvato in via telematica dalla Commissione Studi d'Impresa il 13/03/2019) (Approvato dal CNN il 14/03/2019).



LAMBERTO LAMBERTINI

Guarda chi si rivede: il 2409 applicato alle Srl

47

Tra gli effetti più importanti per il diritto societario del Codice della crisi (D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 375), parzialmente già in vigore, vanno annoverati il 2° co. dell'art. 2086 e l'estensione della denuncia di gravi irregolarità gestionali alle Srl (art. 2477, 7° co.).

Infatti il 2° co. dell'art. 2086, che deve ritenersi applicabile a tutte le società commerciali recita: *“L'imprenditore che opera in forma societaria o collettiva ha il dovere di restituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa.”*

Chiunque conosca la realtà delle imprese piccole o medio/piccole sa che l'organizzazione è spesso embrionale, sia a livello amministrativo, che contabile.

In effetti, la struttura organizzativa va intesa come distribuzione dei compiti e delle mansioni nei sistemi operativi che guidano il comportamento delle persone che fanno parte della organizzazione e questo comporta la pianificazione, il controllo, l'informazione e la gestione del personale.

Il concetto di adeguatezza nell'assetto organizzativo implica amministratori tecnicamente preparati, strutture amministrative affidabili, presidi e controlli costanti, per garantire risultati efficienti.

In realtà le nostre aziende, anche quelle che hanno retto durante la crisi e continuano ad ottenere risultati eccellenti, sono disorganizzate al punto da non aver organigrammi definiti e controlli efficienti. E quello che si registra a livello aziendale, si ripete a livello societario, in cui spesso l'assemblea non funziona, perché non viene chiamata a deliberare in un vero confronto tra soci e lo stesso organo amministrativo tiene le proprie riunioni sulla carta, ma non nella realtà.

Se questa è la situazione di fatto, reintrodurre la denuncia di gravi irregolarità gestionali per le Srl significa inaugurare un'autostrada per le rivendicazioni dei soci di minoranza, entrati in collisione con la gestione societaria.

L'attuale testo dell'art. 2409 c.c. si riferisce infatti a

violazioni di doveri relative alla gestione della società da parte degli amministratori. Ma oggi la riforma del 2086 li impone come precetti concreti. E qui la debolezza della nostra Srl è quanto mai evidente.

Questo significa che la violazione dei doveri è valutata come fatto oggettivo, indipendentemente dalla diligenza o consapevolezza applicata dagli amministratori.

L'oggetto dell'irregolarità, quindi, attiene alla gestione concreta dell'impresa sociale.

E il riferimento alla gestione impone dunque di verificare l'esistenza delle irregolarità nell'esercizio non di singoli atti (o per lo meno non soltanto di singoli atti), ma dell'attività di gestione dell'impresa societaria nel suo complesso (Domenichini, *Art. 2409 c.c.*, in *Società di capitali*, commentario a cura di Niccolini-Stagno-D'Alcontres, II, Iovene, 2004, 788).

Rientrano dunque tra le irregolarità non solo le violazioni di compiti specifici non attinenti alla gestione in senso stretto, ma anche l'ordinato svolgimento dei poteri tra organi della gestione.

Dunque se l'attività di gestione deve ispirarsi all'osservanza della legge e dello statuto, al rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare all'adeguatezza dell'assetto amministrativo, organizzativo e contabile adottato dalla società e al suo corretto funzionamento, poche realtà aziendali potrebbero reggere al vaglio giudiziale particolarmente intenso che la procedura ex 2409 prevede.

In realtà questi principi avrebbero dovuto trovare applicazione concreta sin dalla riforma del 2003/2004, essendo previsti dagli artt. 2381 e 2403. Sono rimasti sinora sulla carta.

Un'esemplificazione, anche breve, può essere istruttiva. Si è affermato infatti che: *“integra grave irregolarità, che legittima una denuncia al Tribunale ex art. 2409 c.c., il conflitto di interessi dell'amministratore che comporti l'invalidità o irregolarità di delibere o atti dalle quali siano derivate perdite patrimoniali”* (Trib. Catanzaro, 18 luglio 2016, in *ilsocietario.it.*, 14 marzo 2017).



Pensiamo non solo alla pur diffusa “*doppia contabilità*” (ufficiale e non) ma anche ai *benefit* (chiamiamoli così) che molti imprenditori si riconoscono, per garantire l’agiatezza propria della famiglia, a scapito dei conti aziendali.

Pensiamo all’amministratore che svolga lo stesso ruolo in diverse società e ne confonda la gestione (Trib. Roma, 19.5.1983, in *Le società*, 1983, 1285).

Pensiamo all’amministratore che, pur essendo cessato ex lege dalla carica, continui ad esercitare i propri compiti amministrativi (Trib. Verona, 29 gennaio 1993, inedito).

Questa breve casistica sembra sufficiente per descrivere la mole di irregolarità quotidianamente riscontrabile nella vita delle nostre società medio-piccole. Da qui la preoccupazione per quello che potrà accadere a partire dai prossimi mesi. Il controllo giudiziario, attivato dal solo sospetto di gravi irregolarità, può arrivare ad una ingerenza molto penetrante, nell’organizzazione aziendale, con la nomina dell’ispettore giudiziario. E, quando le irregolarità siano riscontrate, il tribunale può emanare provvedimenti assai severi, per impedire il prodursi di danni derivanti da un’amministrazione irregolare, sino ad arrivare alla revoca degli amministratori e alla loro sostituzione, con un amministratore giudiziario.

Chi scrive aveva, a suo tempo, misurato gli effetti concreti di questa realtà, esaminando la giurisprudenza della Corte di Appello di Venezia dal gennaio 1986, al giugno 1992 (Lambertini, *Gestione irregolare delle società di capitali e controllo giudiziale secondo la giurisprudenza veneta*, con prefazione di Giovanni Tantini,

Cierre Edizioni, 1993), riscontrando che l’80% delle società a responsabilità limitata a cui erano stati applicati provvedimenti rigorosi ex art. 2409 erano state successivamente dichiarate fallite.

Vi erano dunque motivi di opportunità, oltre che giuridici, perché, prima dell’introduzione del codice della crisi, il problema dell’applicabilità dell’art. 2409 alle società a responsabilità limitata fosse oggetto di un contrasto importante in giurisprudenza, con una serie di sentenze contrastanti, sino al 2010. Data in cui è intervenuta la Cassazione (13 gennaio 2010, n. 403, in *Soc.*, 2010, 665, con nota di Cardarelli e in *Giur. It.*, 2010, 595 con nota critica di Weigmann) che ha dichiarato l’inapplicabilità del controllo giudiziario delle società per azioni alle Srl.

E questo si afferma anche perché l’art. 2476 co. 2°, delinea un assetto dei controlli nelle Srl da risolversi internamente e non attraverso il controllo giudiziario esterno.

Dal 2004 ad oggi dunque le nostre Srl hanno goduto di un trattamento speciale che, secondo noi, le ha protette dai rigori di un controllo giudiziale diffuso.

Certo ne hanno patito le minoranze societarie e l’applicazione puntuale delle regole statutarie e legislative, ma probabilmente si è avvantaggiata la continuità di molte imprese.

Da oggi non è più così ed il futuro conflitto tra soci viene dotato di quella che Gianni Tantini chiamava la “*bomba atomica*” dell’armamentario giuridico. E l’unica funzione positiva che una bomba atomica può svolgere è quella di deterrente, non concedendosi un uso intelligente di un’arma così devastante.

TANTI AUGURI PRESIDENTE!



Buon lavoro a Giovanni Aquaro, da poco nominato
Presidente dell'Aeroclub Prealpi Venete di Thiene



News

28/01/2019 11:45

INDUSTRIA

Servizi Italia rileva il 90% di Wash Service, punta al 100%

Francesca Gerosa



Servizi Italia rileva il 90% di Wash Service, punta al 100%. La società, attiva nel mercato dell'outsourcing di servizi ospedalieri in Italia, Brasile, Turchia, India, Albania e Marocco, ha acquisito la maggioranza del capitale sociale di Wash Service, gruppo attivo nel nord Italia nell'offerta di servizi di lavaggio e noleggio di biancheria piana, biancheria ospite e capi del personale operativo di strutture sanitario-ospedaliere, residenze assistenziali, case di cura e case di riposo.

L'operazione prevede l'acquisizione del 100% del capitale di Wash Service in due fasi: prima, l'acquisizione del 90% del capitale, con mantenimento da parte dei venditori della rimanente quota del 10%; seconda, l'assegnazione a Servizi Italia e ai venditori di opzioni, rispettivamente di acquisto (call) e di vendita (put), finalizzate a consentire a Servizi Italia di arrivare a detenere il 100% della società in cinque anni dal closing, quindi nel 2024, mediante acquisto del rimanente 10% del capitale.

Wash Service è stata costituita nel 2008 e opera nel mercato dei servizi di lavanolo per residenze assistenziali del nord e centro Italia, erogando le attività da quattro distinti siti produttivi. La società è il risultato della fusione per incorporazione, avvenuta a inizio di quest'anno, della società Washes S.r.l. in Wash Service stessa e nel corso del 2018 ha generato ricavi pro-forma di circa 7,3 milioni di euro con un risultato operativo netto stimato in 0,8 milioni di euro (ebit margin dell'11,2%).

I venditori, che rappresentano anche l'attuale top management della società, continueranno a fornire il proprio supporto operativo all'attività di Wash Service, al fine di garantire continuità e crescita aziendale, il mantenimento dei rapporti con la clientela e consentire a Servizi Italia di poter beneficiare e far proprio il know-how di settore.

Con quest'operazione, Servizi Italia avrà l'opportunità di diversificare le proprie attività in un segmento del mercato sanitario caratterizzato da potenzialità di crescita e marginalità particolarmente interessanti, anche in considerazione dell'atteso invecchiamento medio della popolazione e del numero di strutture stimate in crescita in futuro, per allinearsi alla media europea.

"L'acquisizione di Wash Service", ha commentato Enea Righi, amministratore delegato di Servizi Italia, "rientra nell'ambito della nostra strategia di crescita e ci consentirà in primis di diversificare le attività in un'area di business caratterizzata da volumi in crescita e da marginalità interessanti. L'operazione permetterà a Servizi Italia di consolidare ulteriormente la propria posizione di interlocutore primario del mercato delle lavanderie industriali per la sanità e pone le basi per sostenere lo sviluppo del gruppo in Italia".

Il closing dell'operazione è atteso entro il termine del primo trimestre di quest'anno, una volta soddisfatte alcune condizioni sospensive (tra cui in particolare l'approvazione del bilancio 2018 e il perfezionamento di alcuni interventi sui siti produttivi). Sempre nel primo trimestre si prevede la definizione del prezzo per l'acquisto del 90% di Wash Service.

Tale prezzo è attualmente stimato in circa 5,3 milioni di euro, ma sarà definito in considerazione dei risultati consuntivi 2018 di Wash Service e Washes, nonché della posizione finanziaria netta della società al closing. Mentre il prezzo di esercizio delle opzioni put/call che consentiranno a Servizi Italia di acquisire il restante 10% nel 2024 sarà calcolato sulla base dei risultati registrati dalla società nell'esercizio 2023.

L'acquisto della società verrà finanziato tramite indebitamento bancario e il prezzo verrà corrisposto in più tranches da effettuarsi tra il 2019 e 2022. Le condizioni contrattuali concordate tra le parti prevedono, inoltre, una serie di garanzie standard per operazioni simili a beneficio di Servizi Italia. Per il perfezionamento dell'operazione, Servizi Italia si è avvalsa del supporto dello studio legale Lambertini e Associati (con riferimento in particolare alla predisposizione dei contratti e all'attività di due diligence legale) e di Aurora Audit (per la due diligence finanziaria, fiscale e giuslavoristica).

JENNIFER ADAMI

S.r.l. unipersonale inattiva con debiti sociali e con amministratore unico estraneo alla gestione: cancellazione dal Registro Imprese o presentazione di un'istanza di auto-fallimento?

51

La fattispecie attenzionata inerisce una società a responsabilità limitata unipersonale inattiva, priva di patrimonio e con debiti sociali, il cui socio (in regola con i conferimenti ex art. 2462 co. 2 c.c.) è anche amministratore unico e legale rappresentante estraneo alla gestione.

La gestione sociale della S.r.l. è sempre stata condotta, senza soluzione di continuità ed in via esclusiva, da soggetto diverso dall'amministratore unico formalmente in carica.

Nel marzo 2019 l'amministratore unico ha ricevuto, in qualità di legale rappresentante della S.r.l., la notifica da parte dell'Istituto Nazionale di Previdenza Sociale, di un Avviso di Addebito per mancato versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali operate sulle retribuzioni dei lavoratori, per l'importo di Euro 16.666,67.

All'amministratore unico è stato verbalmente riferito che la S.r.l. avrebbe maturato, nei riguardi di Equitalia, un debito di circa 200mila Euro.

Sino al 2015 la contabilità sociale è stata tenuta da un professionista che, interpellato dal socio e amministratore unico, ha riferito di non essere più in possesso di documentazione afferente la società, poiché interamente prelevata dall'amministratore di fatto.

Le alternative percorribili sono le seguenti:

- i) cancellazione della S.r.l. dal Registro delle Imprese, previa assunzione di una delibera di messa in liquidazione e di redazione di un bilancio finale di liquidazione, ovvero
- ii) proposizione di un'istanza di fallimento in proprio.

I. La cancellazione della S.r.l. dal Registro delle Im-

prese, avverrebbe in pendenza di debiti societari ma senza che il socio unico riscuota alcuna somma.

L'art. 2495 comma 2 c.c. dispone che *"ferma restando l'estinzione della società, dopo la cancellazione i creditori sociali non soddisfatti possono far valere i loro crediti nei confronti dei soci, fino alla concorrenza delle somme da questi rimosse in base al bilancio finale di liquidazione, e nei confronti dei liquidatori, se il mancato pagamento è dipeso da colpa di questi. La domanda, se proposta entro un anno dalla cancellazione, può essere notificata presso l'ultima sede della società"*.

Dopo la riforma del diritto societario, attuata dal d. lgs. n. 6 del 2003, qualora all'estinzione della società, di persone o di capitali, conseguente alla cancellazione dal registro delle imprese, non corrisponda il venir meno di ogni rapporto giuridico facente capo alla società estinta, si determina un fenomeno di tipo successorio, in virtù del quale: a) l'obbligazione della società non si estingue, ciò che sacrificerebbe ingiustamente il diritto del creditore sociale, ma si trasferisce ai soci, i quali ne rispondono, nei limiti di quanto riscosso a seguito della liquidazione o illimitatamente, a seconda che, *pendente societate*, fossero limitatamente o illimitatamente responsabili per i debiti sociali; b) i diritti e i beni non compresi nel bilancio di liquidazione della società estinta si trasferiscono ai soci, in regime di contitolarità o comunione indivisa, con esclusione delle mere pretese, ancorché azionate o azionabili in giudizio, e dei crediti ancora incerti o illiquidi, la cui inclusione in detto bilancio avrebbe richiesto un'attività ulteriore (giudiziale o extragiudiziale), il cui mancato espletamento da parte del liquidatore consente di ritenere che la società vi abbia rinunciato, a favore

di una più rapida conclusione del procedimento estintivo (Cass. Civ., sez. un., 12/03/2013, n. 6071, in *Giustizia Civile* 2013, 11-12, 2461).

In tema di cancellazione di società di capitali unipersonale, occorre precisare quanto segue.

L'art. 2462 comma 2 c.c. dispone che *“In caso di insolvenza della società, per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui l'intera partecipazione è appartenuta ad una sola persona, questa risponde illimitatamente quando i conferimenti non siano stati effettuati secondo quanto previsto dall'articolo 2464, o fin quando non sia stata attuata la pubblicità prescritta dall'articolo 2470”*.

Le gravi conseguenze della responsabilità illimitata del socio unico si realizzano, quindi, a fronte della violazione di regole non particolarmente gravose, quali appunto il necessario versamento integrale del capitale sociale e l'adempimento degli oneri pubblicitari, che comporta il mero deposito per l'iscrizione dei dati anagrafici dell'unico socio.

Nel caso in esame, entrambi i presupposti sembrano essersi realizzati: dalla visura camerale della S.r.l., alla data del 3/11/2015, risulta: *“Capitale sociale dichiarato sul modello con cui è stato depositato l'elenco soci: 100.000,00 Euro”*; risulta altresì la pubblicità dell'unipersonalità.

La giurisprudenza di merito, recentemente espressasi in tema di cancellazione della società unipersonale e problemi aperti riguardo alla tutela dei creditori, ha così statuito: *“L'unico socio di una società di capitali cancellata risponde dei debiti sociali ex art. 2495, comma 2, c.c. fino alla concorrenza delle somme da questi riscosse in base al bilancio finale di liquidazione e l'eventuale responsabilità illimitata dell'unico socio nei confronti dei creditori sociali sussiste nel caso in cui si tratti di una S.r.l., unicamente in presenza delle condizioni previste dall'art. 2462, comma 2, c.c., vale a dire nel caso di violazione delle norme in materia di pubblicità dell'unipersonalità (art. 2470 c.c.) e in tema di conferimenti (art. 2464 c.c.), in caso di insolvenza della società e con riferimento alle obbligazioni sorte nel periodo in cui l'intera partecipazione è appartenuta ad una sola persona”* (Appello Bari, 1 agosto 2017, in *Le Società* 11/2018).

II. In ordine alla possibilità di proposizione di un'istanza di auto-fallimento, l'art. 6 l. fall. così recita: *“Il fallimento è dichiarato su ricorso del debitore, di uno o più creditori o su richiesta del pubblico ministero”*.

La Suprema Corte ha sancito che *“L'amministratore unico di una società a responsabilità limitata non solo è pienamente legittimato a proporre ricorso per la dichiarazione di fallimento della società amministrata anche*

in assenza di altri creditori istanti, ma, in caso di ripetute perdite di esercizio, mai ripianate, e di azzeramento del capitale della società, vi è tenuto, al fine di evitare di rispondere dell'eventuale aggravamento del passivo cagionato dal ritardo nella menzionata dichiarazione” (Cass. civ. Sez. I, 03-02-2017, n. 2957, in *CED Cassazione*, 2017).

La legittimazione dell'amministratore unico di una società a responsabilità limitata a proporre istanza di fallimento in proprio è dunque incontestata e pacifica. L'art. 14 l.fall., rubricato *“Obbligo dell'imprenditore che chiede il proprio fallimento”* così dispone: *“L'imprenditore che chiede il proprio fallimento deve depositare presso la cancelleria del tribunale le scritture contabili e fiscali obbligatorie concernenti i tre esercizi precedenti ovvero l'intera esistenza dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata. Deve inoltre depositare uno stato particolareggiato ed estimativo delle sue attività, l'elenco nominativo dei creditori e l'indicazione dei rispettivi crediti, l'indicazione dei ricavi lordi per ciascuno degli ultimi tre esercizi, l'elenco nominativo di coloro che vantano diritti reali e personali su cose in suo possesso e l'indicazione delle cose stesse e del titolo da cui sorge il diritto”*.

Recentemente la giurisprudenza (Così T. Monza 24.9.2011, in *Pluris*) ha precisato che il soggetto che richiede al tribunale la propria dichiarazione di fallimento è tenuto a provare di trovarsi in stato di insolvenza e di non rientrare nelle ipotesi di esenzione previste dall'art. 1 l. fall.

Con riferimento, infatti, a questo secondo profilo, il meccanismo probatorio previsto dal citato articolo subisce un vero e proprio rovesciamento, onerando la parte che richiede il proprio fallimento della dimostrazione di essere impresa soggetta alle regole della liquidazione concorsuale.

La giurisprudenza di merito ha statuito che *“va disattesa l'eccezione di inammissibilità e/o improcedibilità del ricorso per la mancata osservanza della prescrizione di cui all'art. 14 L.F., sollevata da entrambi i reclamanti, dovendosi sul punto condividere le argomentazioni del Tribunale. Quest'ultimo, infatti, anche alla luce dei principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità (pur sempre attuali, anche se un po' risalenti nel tempo), ha correttamente evidenziato come nessuna sanzione di inammissibilità sia prevista per il mancato deposito della documentazione contabile e fiscale, prescritto dall'art. 14 L.F. per il caso di richiesta di fallimento da parte dello stesso imprenditore. Al riguardo, la Suprema Corte ha avuto modo di affermare che l'omessa produzione, da parte dell'imprenditore, della suddetta documentazione contabile e fiscale, che può essere eccepita solo da*



chi dimostri di avere un interesse proprio a tale produzione, non costituisce di per sé motivo di nullità della dichiarazione di fallimento, dovendo il fallito ovviare a tale omissione ai sensi dell'art. 16 L.F. (Cass., sezione 1^a, 20/4/1990, n. 3301). E del resto, se lo scopo del deposito della predetta documentazione è quello di accertare l'avvenuto superamento dei parametri dimensionali, di cui all'art. 1 L.F. ai fini della declaratoria di fallimento, l'omesso deposito è del tutto irrilevante, ove il superamento dei parametri dimensionali risulti comunque accertato aliunde (come nel caso di specie) sulla base delle altre acquisizioni processuali" (Appello Palermo Sez. III, Sent., 17-06-2013, in *Leggi d'Italia*).

Nella fattispecie che qui ci occupa, l'amministratore unico non è in possesso della suddetta documentazione contabile e fiscale e l'omesso deposito della stessa comporterebbe la declaratoria di inammissibilità e/o di improcedibilità del ricorso, in quanto la verifica del superamento dei parametri dimensionali non potrebbe venire diversamente accertata in sede processuale. Occorre infine segnalare che l'art. 15 comma 9 l.fall. dispone che: "Non si fa luogo alla dichiarazione di fallimento se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria prefallimentare è complessivamente inferiore a euro trentamila. Tale importo è

periodicamente aggiornato con le modalità di cui al terzo comma dell'articolo 1".

Al riguardo, la Suprema Corte ha sancito che "per accertare il superamento della condizione ostativa alla dichiarazione di fallimento prevista dall'art. 15, comma 9, L. Fall., non deve aversi riguardo al solo credito vantato dalla parte istante per la dichiarazione di fallimento, ma alla prova, comunque acquisita nel corso dell'istruttoria prefallimentare, dell'esistenza di una esposizione debitoria complessiva superiore ad Euro trentamila" (Cass. civ. Sez. VI – 1 Ord., 14-11-2017, n. 26926, in *CED Casazione*, 2017; il principio è stato riaffermato in Cass. civ. Sez. VI – 1 Ord., 13-07-2018, n. 18770, in *Quotidiano Giuridico*, 2018).

Anche la dottrina è orientata nel senso di ritenere che "La verifica della sussistenza di un debito superiore ad euro 30.000, prevista dall'art. 15, ult. comma, l. fall. può avvenire d'ufficio ad opera del giudice il quale non si baserà unicamente sugli importi di cui alle istanze di fallimento, ma dovrà piuttosto riferirsi "agli atti dell'istruttoria prefallimentare" genericamente intesi e terrà quindi conto anche delle informazioni urgenti che possono essere richieste d'ufficio dal Tribunale ai sensi dell'art. 15., c. 4, l. fall. nonché delle prove disposte dal Tribunale o dal giudice delegato su istanza di parte o d'ufficio" (G.

Bersani, S. Caltabiano, *I presupposti di fallibilità alla luce delle più recenti interpretazioni giurisprudenziali*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 26.08.2017).

La giurisprudenza di merito ha riconosciuto la facoltà del Tribunale di “*esperire accertamenti urgenti al fine di acquisire, prima dell’udienza, elementi indispensabili per accertare il presupposto del superamento dell’importo di Euro 30.000,00 di debiti scaduti a carico dell’impresa, nonché di ogni altro elemento valutabile ai fini della decisione della sussistenza dello stato di insolvenza e del superamento delle soglie di cui all’art. 1 e 15 l.f.*”, dando poi atto che “*l’attività di indagine espletata ex art. 15 l. fall. ha consentito di accertare l’esistenza di ingenti debiti nei confronti dell’erario per oltre 5.000.000 di euro, come emerge dalla comunicazione di Equitalia e dell’Agenzia delle Entrate*” (Appello L’Aquila 14 febbraio 2012, in *Il Fallimento*, 2012, 683, con nota di Canazza, *Apparato probatorio ed oggetto dell’indagine fallimentare*, ivi, 688; nello stesso senso Tribunale Piacenza, 25 febbraio 2011, inedita).

Allo stato, il socio e amministratore unico sarebbe in grado di allegare in giudizio il solo Avviso di Addebito per mancato versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali operate sulle retribuzioni dei lavoratori, per l’importo di Euro 16.666,67, notificatogli dall’Istituto Nazionale di Previdenza Sociale.

Il debito di Euro 200.000 circa, maturato dalla S.r.l. nei riguardi di Equitalia, non è stato ancora formalmente comunicato al socio e amministratore unico, che non è in possesso di documentazione comprovante tale esposizione debitoria.

La giurisprudenza è comunque dell’avviso che il Tribunale possa svolgere d’ufficio un’indagine volta ad accertare l’esistenza di debiti, anche verso l’Erario, il cui espletamento consentirebbe di accertare il

presupposto del superamento dell’importo di Euro 30mila di debiti scaduti a carico della S.r.l.

Occorre infine precisare che, dichiarato il fallimento di una società, le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori, per effetto del fallimento della società e della conseguenziale legittimazione esclusiva del curatore al loro esercizio, confluiscono in un’unica azione, finalizzata al risultato di acquisire all’attivo fallimentare ciò che sia stato sottratto al patrimonio sociale per fatti imputabili agli amministratori (Cass. civ., sez. I, 6 dicembre 2000, n.15487, in *Le società*, 2001, 287; Trib. Milano, 19 settembre 2003, in *Giur. it.*, 2004, 1015). Il curatore ha l’onere di dimostrare l’inadempimento dell’amministratore ai doveri derivanti dalla legge o dallo statuto, il danno subito quale conseguenza diretta e immediata dell’inadempimento, spettando, invece, all’amministratore, ex art. 1218 c.c., la prova che il suo inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile o, comunque, l’assenza di colpa (Trib. S.M. Capua Vetere, 23 maggio 2000, in *Riv. Not.*, 2003, 458).

In conclusione quindi, è preferibile procedere con la cancellazione dal Registro delle Imprese della S.r.l., previa assunzione di una delibera di messa in liquidazione e di redazione di un bilancio finale di liquidazione, in luogo della presentazione di un’istanza di auto-fallimento. E ciò in ragione delle criticità che, nel caso in esame, la proposizione di un’istanza di auto-fallimento presenta, costituite dalla mancanza della documentazione contabile e fiscale e dal concreto rischio che l’eventuale curatore fallimentare esperisca nei riguardi dell’amministratore unico formalmente in carica l’azione di responsabilità per inadempimento ai doveri derivanti dalla legge o dallo statuto.

RENÈ GOURMAND

Voglia di mare

55

Qualche volta si ha l'infelice tentazione di provare i costumi per affrontare impavidi il mare nell'estate imminente. Il girovita però lascia spazio solo a mutandoni coprenti (*Vilebrequin* se si hanno notevoli disponibilità finanziarie) o a pudiche magliette, possibilmente monocolori.

Per consolarci, proviamo allora a viaggiare con la fantasia per formare un menù minimo ideale, magari un po' abbondante, che ci faccia sognare tranquille baie assolate o lunghe spiagge deserte.

Cominceremo con **I Masenini pesce**, a Verona, per le sardine quali *amuse bouche*, con tutto il sapore del Cantabrico. Ne vengono servite due, ma se ne mangerebbe una scatoletta intera.

Per il primo, andiamo all'**Oste scuro**, con i suoi spaghetti alle acciughe di Menaica e per le *lorighittas* con le vongole.

Gli spaghetti sono – in assoluto – ovviamente a gusto nostro, i migliori del mondo per la pasta con le acciughe.

Le *lorighittas* sono molto particolari, a partire da un formato di pasta fatto a mano della Sardegna da cui Simone fa venire gran parte del pesce che porta in tavola.

Tra l'*amuse bouche* e il primo, ci starebbero bene le canocchie e i garusoli della **Madonna** di Venezia, ristorante nazional popolare, stracolmo di turisti, ma in cui si trovano sempre tavoli destinati ai gondolieri, che garantiscono un buon rapporto con il territorio.

Già che siamo a Venezia, non ci dispiacerebbe assaggiare le schie con la polenta bianca del ristorante **Da Fiore** in Contrà San Polo.

Fino ai primi anni '90 era il ristorante dei veneziani e degli inglesi e non delle anonime invasioni turistiche. Fu poi inserito in una guida di un'americana svampita tra i primi dieci ristoranti del mondo.

E da allora Maurizio fu tentato di cambiare la formula. Ma per fortuna ha (sostanzialmente) resistito.

Per il fritto torneremo dall'**Oste scuro** per le moeche, quando siamo in stagione e alla **Pineta** di Bibbona, per ricordare Luciano Zazzeri, da poco scomparso.

Se però non siete molto elitari, il **Marechiaro** di Paestum vi propone una frittura di paranza, in quantità eccessiva, ma di croccantezza ammirevole.

Non può mancare una puntata **Da Vittorio** a Brusaporro, per gli scamponi giganti, il cui costo, purtroppo, vale un pranzo intero. Ma se si hanno disponibilità finanziarie, questo è il ristorante perfetto per mangiare un pesce di grande freschezza e di mirabile fattura, raccontando agli amici che le tre stelle sono più che meritate.

Questo primo percorso naturalmente non è obbligatorio. Perché, per esempio, i crudi di **Quinzi & Gabrielli** a Roma sono davvero ineguagliabili.

Per restare a Roma, le vongole giganti affumicate del **San Lorenzo**, meritano un encomio particolare e plurime visite.

Il sauté di canolicchi di **Marechiaro**, abbondante e raro da trovare, ci riporta a Paestum e alle spassose spanciate con ancora il sole sulla pelle e la sapiente compagnia di Beniamino, che si gode la sua pensione di avvocato penalista, dimorando per dieci mesi all'anno nella sua casa natia.

I gamberoni lessati e serviti su di un letto di ghiaccio di Nino a Letojanni (Taormina) arrivando sulla spiaggia con la barca del pescatore, rinfrescano la gola e aprono la strada ad alte golosità e poi sull'Adriatico i grandi stellati di Sengallia Moreno Cedroni alla **Madonna del Pescatore** e Uliassi.

Per scendere verso **Vasto** e le sue magnifiche zuppe di pesce.

E così via elencando e scoprendo un mare fuori stagione abbiamo, come al solito, esagerato, esattamente come ci succede a tavola.

Pazienza e buone vacanze, quando sarà il momento, ovviamente.



TAVOLA ROTONDA

***NON SOLO PIAZZA AFFARI
(LA QUOTAZIONE EURONEXT)***

*Giovedì, 17 Gennaio 2019
Ore 16.30*

PALAZZO CANOSSA, CORSO CAVOUR 44
VERONA

FRANÇOIS COUHADON
De Gaulle Fleurance & Associés - Paris

FABIO REGOLO
Presidente My Best Group S.p.A

PAOLO DAL CORTIVO
Presidente Cad It SpA

ROSARIO SCIACCA
Corporate Advisory Group, UBS Wealth Management Italia

Coordina
LAMBERTO LAMBERTINI

In collaborazione con:



NICOLA SARTOR

Nato a Bolzano (14 marzo 1953), dopo aver vissuto in altre 8 città, italiane ed europee, dal 1993 risiede a Verona.

Mi sono laureato in Economia e Commercio, come Sebastião Salgado (ovviamente le analogie finiscono qui) e ho continuato gli studi post lauream presso l'università di York. Attualmente esercito la professione di docente di Scienza delle Finanze presso l'Università di Verona, dopo aver lavorato sui temi della finanza pubblica presso il Servizio Studi della Banca d'Italia (Roma) e dell'OCSE (Parigi).

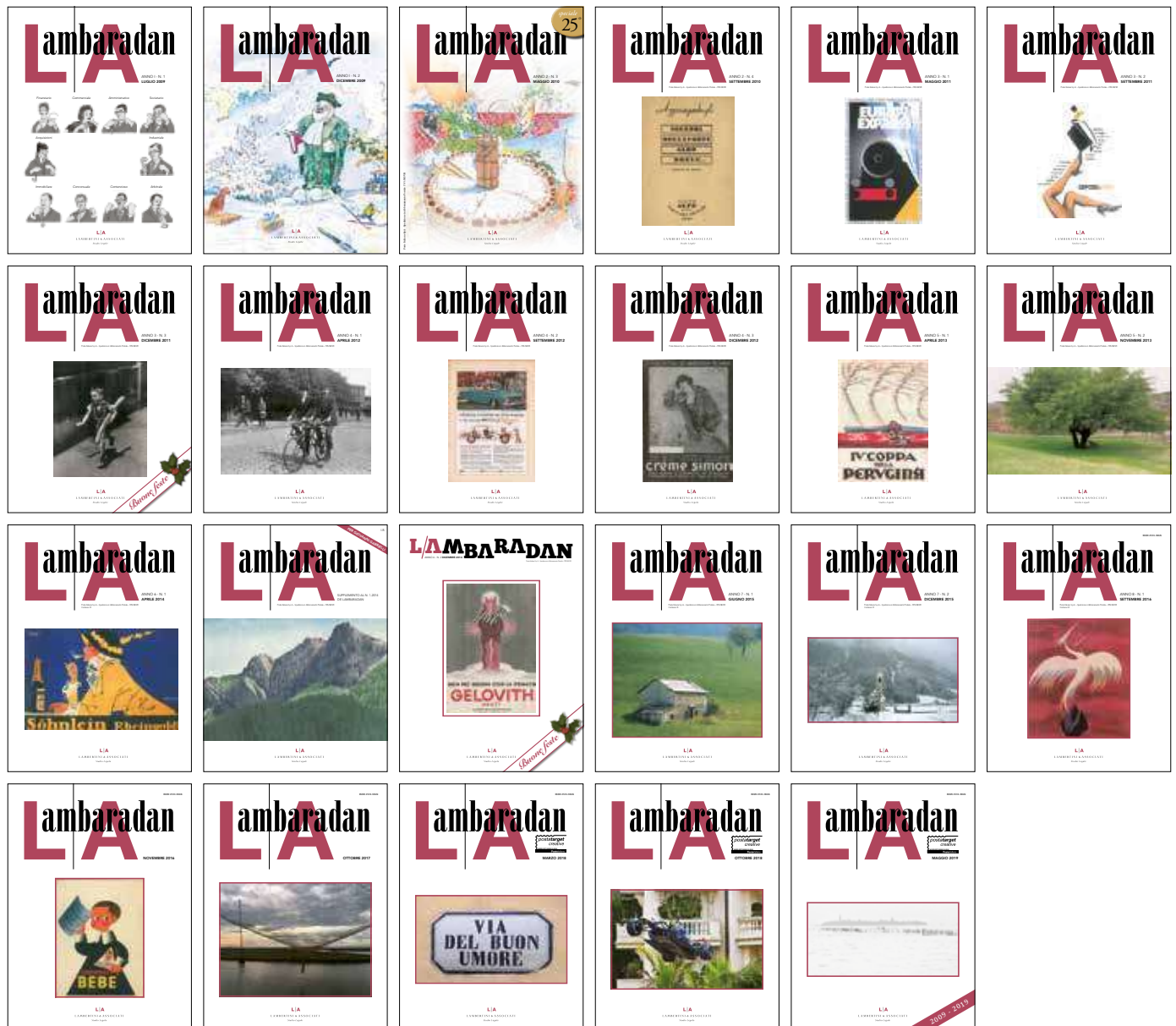
La fotografia rappresenta una vecchia passione, diffusa in famiglia. Contagiato dal padre, nei primissimi anni Sessanta inizio a scattare fotografie con una "preziosa" Kodak Brownie Fiesta, vinta in un concorso a premi bandito dalla rivista Topolino. Vengo avviato negli anni Settanta alla tecnica fotografica e di sviluppo e stampa dal fratello maggiore. Dopo una lunga pausa, dovuta a motivi professionali, riprendo l'attività fotografica e l'elaborazione delle immagini con le nuove tecniche digitali, utilizzate solo come "camera oscura".

Tuttora l'attività fotografica avviene con una certa discontinuità: per cercare di cogliere ciò che vedo e che mi colpisce devo essere in "ozio", in modo da lasciare spazio alla modalità creativa, che mi è possibile solo in alcuni momenti, quando posso liberare la mente dalla razionalità imposta dall'attività professionale.

Le immagini qui rappresentate riguardano Venezia e la sua laguna. Pur frequentando la città da decenni (ivi ho svolto i miei studi universitari), Venezia tuttora continua a stupirmi per la sua bellezza e la sua unicità. Allo stesso tempo, Venezia è uno dei luoghi maggiormente fotografati al mondo, da turisti, da dilettanti (come me) e da professionisti. Fotografare Venezia non è, quindi, semplice; è facile scivolare nella banalità. Come di consueto, mi sono lasciato condurre dall'istinto, allorché, nel passeggiare senza meta, osservo qualcosa che mi colpisce. Rispetto a questa situazione, vi sono due eccezioni. La prima è rappresentata da luoghi di grande familiarità (la laguna vista dal ponte della Libertà, a pag. 48; lo "squero" di San Trovaso, vicinissimo a Ca' Foscari, alle pagg. 34 e 53). La seconda è rappresentata dall'immagine di copertina. Si tratta di un'immagine ideale che da tempo avevo in mente ma che non si era mai "rivelata", sin che, casualmente, visitando l'isola di San Lazzaro degli Armeni, ho scorto il profilo dell'isola di Poveglia e la serie di "bricole" antistanti.



Lambaradan



L | A

LAMBERTINI & ASSOCIATI

Studio Legale