

# Lambaradan

*postatarget*  
*creative*

NORD EST/02222/10.2016

Posteitaliane

DICEMBRE 2021



**L | A**

LAMBERTINI & ASSOCIATI

*Studio Legale*

*L'opera in copertina è di Davide Antolini.*

Dicembre 2021

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](http://www.cierrenet.it)



## SOMMARIO

- Editoriale  
Diario di un anno 2
- Il compromesso costituzionale iniziale  
*Piero Calamandrei* 4
- In difesa del testualismo:  
una lezione del Common Law  
*Francesca Benatti* 25

## Contributi scientifici

- Libere professioni: quale futuro?  
*Giovanni Alberti* 39
- "We may end up in the Hudson!"  
*Giovanni Aquaro* 45
- Pandemia, rischio percepito  
e struttura dei patrimoni familiari  
*Massimiliano Campeis* 55
- Il riconoscimento di interessi compensativi.  
Come e perché  
*Gioia Carrabetta* 57
- Troppa fantasia, avvocato!  
*Lamberto Lambertini* 63
- Dal 2409 c.c. al 173 L.F. Chi si somiglia si piglia  
*Davide Pachera* 65
- Cyclist strike al Tour de France. La tifosa sbadata,  
i ciclisti fratturati e il danno risarcibile  
*Serena Piccoli* 68
- Conflitto societario: *russian roulette*  
o composizione arbitrale?  
*Alessandro Piconi* 71
- Quando Facebook disattiva il profilo:  
Davide contro Golia  
*Samuel Scandola* 79
- L'usucapione delle opere d'arte:  
un salotto non fa esposizione  
*Arianna Segala* 83

## La professione

- Whatever it takes!  
*Francesco Bifulco* 85
- Da un cliente dell'avvocato.  
Omaggio a Dario Donella  
*Giuseppe Manni* 87
- L'amico Donella  
*Giovanni Maccagnani* 91
- Il caffè del professore  
*Tommaso Dalla Massara* 93
- Il valutatore  
*Andrea Cecchetto* 95
- La mia esperienza  
*Davide Adami* 97
- Saggi o avvocati  
*Bela Barti* 99

## Lex &amp; the city

- La festa del diritto a Verona  
*Stefano Troiano* 101

## Varia

- Poesie  
*Roberto Capuzzo* 105
- Portami dove vuoi  
*Barbara Del Mercato* 109
- Vita meravigliosa  
*Patrizia Cavalli* 113
- Rassegna stampa 115
- Al Mirasole di San Giovanni Persiceto  
e da Nonna Sceppa a Paestum  
*Renè Gourmant* 127

# Diario di un anno

Ottobre 2020

## Il diritto e l'ottimismo ovvero il diritto all'ottimismo

*Le regole della vita associata sono di diversa natura, ma tutte (o quasi) trovano la loro base nel diritto.*

*E il diritto cerca di dare regole al futuro, sulla base delle esperienze passate.*

*Spesso il diritto non riesce a regolare la complessità della vita umana, lo sviluppo della tecnologia, dell'economia e della finanza, rendendo necessaria l'interpretazione delle norme e il loro superamento. Ma sicuramente il diritto guarda al futuro, vuole regolamentare quello che avverrà.*

*Per questo si può dire che il diritto si basi sull'ottimismo.*

*Ottimismo che continui la forma politica-economica della società che si vuole regolare.*

*Ottimismo che le regole siano efficienti.*

*Ottimismo che le regole siano rispettate.*

*Anche il lavoro dell'avvocato peraltro si basa, in parte almeno, sull'ottimismo.*

*Ottimismo per la propria capacità di tradurre le norme e la loro applicazione al semplice cittadino, all'imprenditore, all'artigiano, all'insegnante che le devono osservare e al giudice che le deve applicare.*

*Ottimismo per la propria capacità di convincere ad evitare dispendiosi e lunghi conflitti, trovando la soluzione che realizzi l'interesse del proprio assistito.*

*Ottimismo per la propria capacità di convincere il giudice (quando il conflitto è necessario o inevitabile) delle ragioni del proprio assistito.*

*Ottimismo sulla capacità degli italiani e di tutti i cittadini del mondo di proteggersi e proteggere gli altri, continuando a vivere, a lavorare, a studiare (quasi) come se nulla fosse cambiato.*

*Abbiamo tutti diritto di essere ottimisti.*

*Abbiamo tutti il dovere di essere ragionevolmente e costantemente ottimisti.*

**L/A STUDIO LEGALE**

Gennaio 2021

## Abbiamo imparato...

*Abbiamo imparato che una pandemia può avere effetti paragonabili ad una guerra mondiale, noi europei che viviamo in pace dal 1945 e che vediamo le guerre da lontano.*

*Abbiamo imparato che il rispetto per la salute nostra e degli altri comporta limitazioni alla libertà di movimento, di socialità, di gestione di un'attività economica.*

*Abbiamo imparato ad incontrarci a mezzo video e, con quel mezzo, a lavorare, fare e ricevere lezioni scolastiche e non, a scambiarsi auguri e dichiarazioni di affetto e di amicizia.*

*Abbiamo imparato che la solidarietà è un bene diffuso e che, tramite essa, si possono ridurre disegualianze di culture e di mezzi economici.*

*Abbiamo dunque imparato che ci sono tante cose da cambiare ancora per continuare ad avere un mondo in cui vivere, un lavoro da svolgere, amori, affetti, amicizia da coltivare.*

*Abbiamo imparato questo e molto altro.*

*Siamo disponibili ad imparare ancora e a sacrificare tante cose che ci sembravano essenziali e che oggi ci sembrano superflue.*

*Adesso però vorremmo dimostrare quello che abbiamo imparato.*

*Magari presto.*

*Il più presto possibile.*

**L/A STUDIO LEGALE**

## Pasqua 2021

*Auguri di un futuro libero dalla pandemia,  
in cui sentirci uguali e solidali*

## Aprile 2021

**Perseverare necesse est**

*Perseverare non era esattamente un verbo di moda prima della pandemia e dell'invio della sonda su Marte.*

*Persistere, nonostante le difficoltà o i ritardi per raggiungere un obiettivo, non era nelle corde di tutti. D'altra parte, lo stesso vocabolario della lingua italiana prevede la parola successo prima della parola sudore e dunque perché fare fatica?*

*Un tempo non lontano tutto sembrava raggiungibile, tutto sembrava in costante miglioramento, tutto sembrava facile e le scorciatoie erano preferite alla via maestra. Poi è arrivata la pandemia, mentre il Paese cercava di risollevarsi dalla crisi finanziaria ed è risultato evidente che i progressi economici e collettivi non erano così semplici da raggiungere; che le scorciatoie avevano aumentato le disuguaglianze sociali; che i diritti che sembravano acquisiti non erano affatto scontati.*

*Da lì il necessario ricorso alla perseveranza, al sacrificio della socialità, della libertà di movimento, del diritto al lavoro; perseverare per ritrovare soluzioni eque e solidali alla crisi generale.*

*Oggi il verbo perseverare sembra essere tornato di moda, come lo fu dal '45 al '60 del secolo scorso, quando perseveranza, solidarietà e voglia di fare consentirono all'Italia di passare da Paese povero e arretrato a quinta potenza industriale del mondo. Forse quello sforzo è irripetibile, come lo sono i risultati raggiunti allora. Sappiamo però che la perseveranza fa miracoli, come dimostra la sonda arrivata su Marte!*

**L/A STUDIO LEGALE**

## Maggio 2021

**Sosteniamoci**

*Ci siamo quasi, con un altro piccolo sforzo possiamo uscire dall'incubo. Merito dei vaccini, sicuramente. Ma merito anche dei sacrifici di tutti: abbiamo sacrificato la libertà di movimento, il desiderio di socialità, gli affetti e le frequentazioni degli amici. Molti hanno sacrificato ancora di più: chi ha perso il lavoro e chi ha perso i propri risparmi spera di trovare la strada per vivere e non solo sopravvivere. Molti hanno perso i propri cari, soprattutto i genitori o i parenti anziani. E in questo caso non c'è speranza di recuperare e resta solo la convivenza con il dolore. Adesso abbiamo una grande occasione di cambiare quello che prima non andava ed oggi andrebbe ancora meno: gli sprechi, il rancore e l'invidia sociale, le contrapposizioni futili, lo scempio dei beni naturali.*

*Sostenibilità, parola oggi così diffusa, significa prima di tutto rispetto per se stessi, per gli altri, per il mondo che ci circonda. Sosteniamoci allora, come abbiamo fatto in questi quindici mesi.*

## Giugno 2021

**Un bimbo esploratore in un mondo antico**

*Il bimbo Nicola non ha scelto di nascere in una campagna sperduta, il cielo stellato per televisione, le oche e le caprette per giocattoli, la coda delle volpi che corrono lontane e ti invitano nel bosco. Ma ci vive benissimo.*

*Nicola non sa cosa significhi sostenibilità, ma ne sa più di noi sul senso della vita.*

*Sa che può camminare sicuro senza rischiare di finire sotto una macchina. Sa che gli animali selvatici non fanno del male ai cuccioli.*

*Nicola del Mugello ha 21 mesi e ha resistito due notti senza mangiare. Avrà incontrato cinghiali e lupi e avrà avuto paura, almeno un po', sicuro però che sarebbe arrivato qualcuno per ritrovare la strada di casa.*

*Sui bambini persi nel bosco, allevati da animali, cresciuti liberi, sono piene le favole.*

*Ecco perché alcuni non credono che il bimbo Nicola sia una parte della nostra realtà, quella dei nostri bisnonni contadini e boscaioli. Gente resistente alla fame, alla fatica, agli strapazzi.*

*Un mondo che noi non capiamo più. Ma che esiste, parallelo al nostro, sideralmente lontano.*

*E per fortuna Nicola, bimbo del Mugello ce lo ha ricordato, come fece mezzo secolo fa un poeta, che rimpangiava le lucciole.*



**SAGGI TASCABILI**

**Piero Calamandrei**  
**QUESTA NOSTRA**  
**COSTITUZIONE**

Introduzione di Alessandro Galante Garrone



**BOMPIANI**

QUESTA NOSTRA COSTITUZIONE

## NOTA AL TESTO

Il seguente saggio di Piero Calamandrei era stato precedentemente pubblicato con il titolo “La Costituzione e le leggi per attuarla”, in *Dieci anni dopo: 1945-1955. Saggi sulla vita democratica italiana*, Bari, Laterza, 1955, pp. 211-316; poi in estratto con il titolo *Come si fa a disfare una Costituzione*; ristampato in volume, con l’aggiunta di una prefazione, con il titolo: *La Costituzione inattuata*, Milano-Roma, edizioni “Avanti!”, 1956, pp. 75; ripubblicato nuovamente con il titolo “La Costituzione e le leggi per attuarla”, in Piero Calamandrei, *Scritti e discorsi politici*, a cura di Norberto Bobbio, vol. II, Firenze, La Nuova Italia, 1966.

*Il compromesso costituzionale iniziale*

Il titolo di questo saggio, qual era fissato in anticipo nel piano preordinato di questo volume, non corrisponde al reale contenuto di quanto sto per esporre. Il titolo potrebbe far credere che nel decennio che corre dal 1945 al 1955 vi siano state in Italia non solo una Costituzione, ma anche una serie di “leggi per attuarla”. In realtà siffatte leggi di attuazione non ci sono state; e la esposizione che segue, la quale vorrebbe brevemente spiegare come e perché non ci sono state, potrebbe più appropriatamente intitolarsi *la Costituzione inattuata*, o ancor più esattamente *come si fa a disfare una Costituzione*.

Ai primi del 1953 un eminente costituzionalista, non certo sospettabile di preconcetta ostilità politica all'attuale governo, il prof. Balladore Pallieri dell'Università Cattolica di Milano, prendendo in esame il primo quinquennio di vita della Costituzione italiana entrata in vigore il 1° gennaio 1948, esprimeva un giudizio estremamente severo, che non può non colpire per l'autorità scientifica di chi lo ha pronunciato, sulla “spaventosa carenza costituzionale” di questo periodo.<sup>1</sup> E spiegava: “Carenza del legislatore, che non ha dato le leggi necessarie perché la Costituzione fosse attuata; carenza degli

<sup>1</sup> *La Costituzione italiana nel decorso quinquennio*, in “Foro padano”, n. 2, febbraio 1954.

organi di governo, che non hanno preso gli opportuni provvedimenti affinché gli organi legislativi funzionassero a dovere, e affinché nei limiti dei loro poteri la Costituzione fosse lealmente osservata; carenza della Magistratura, che ha adottato un atteggiamento retrivo, cercando ogni pretesto per non applicare le norme nuove, e che ha continuato nella vecchia abitudine, contratta durante il fascismo, di mostrarsi troppo prona ai desideri del governo”.<sup>2</sup>

A distanza di due anni, questo severo giudizio (forse troppo severo nei confronti della Magistratura), deve essere non soltanto confermato, ma aggravato nei confronti del governo. Dopo un settennio di vita costituzionale repubblicana, dopo un decennio dalla Liberazione, bisogna, con dolore ma non con sorpresa, accorgersi che questi anni non sono stati soltanto di “immobilismo costituzionale” (nel senso che la Costituzione si sia arrestata, in parte compiuta e in parte da compiere, come la lasciò l’assemblea Costituente alla fine del 1947), ma sono stati, anche nel campo costituzionale, *anni di arretramento*: non sosta su posizioni raggiunte, ma reazione e restaurazione del passato; non inattività temporanea, in attesa di ripigliare il lavoro, ma smantellamento e macerazione anche di quella parte di lavoro che si credeva per sempre compiuta.

Non diciamo che ci si avvii al colpo di stato, che vorrebbe dire infrazione violenta della Costituzione e che non potrebbe tentarsi senza una nuova guerra civile: si tratta piuttosto di una erosione lenta già in atto, di una estenuazione progressiva che potrebbe portare dolcemente al collasso. La facciata della Costituzione c’è ancora: ma se le cose dovessero continuare così, c’è da temere che a un certo momento, quando sarà troppo tardi per rime-

<sup>2</sup> Balladore Pallieri, scritto cit., pp. 49-50 dell’estratto.

diare, ci si debba accorgere che dentro le travature apparenti, come nelle case invase dalle termiti, non c'è rimasto altro che polvere. Quasi verrebbe voglia di adattare alla Costituzione la profezia malachiana: *constitutio depopulata!*

Non c'è bisogno di ricordare qui attraverso quali vicende dalla Liberazione si giunse alla Costituente, e in quale rapida evoluzione di clima politico si svolsero i lavori di questa assemblea, fino alla loro conclusione.<sup>3</sup>

Qui basterà muovere da quelli che furono i risultati apparentemente raggiunti coll'approvazione della Costituzione, alla fine del 1947. Essa non fu, come lo Statuto albertino, una costituzione *regia*, cioè elargita (*octroyée*) da un sovrano, ma fu una costituzione *popolare*, deliberata, quando ormai ogni ingerenza dell'ex sovrano era stata esclusa dal referendum istituzionale del 2 giugno 1946 che aveva scelto la forma repubblicana, da un'assemblea rappresentativa eletta dal popolo con metodo rigorosamente democratico. Ma non fu una costituzione rivoluzionaria, nel senso che consacrasse in formule giuridiche una rivoluzione politicamente *già compiuta*. La generosa illusione del partito d'azione che dalla unanimità antifascista della Resistenza potesse immediatamente uscire, subito dopo la Liberazione, un rinnovamento delle strutture sociali ed economiche sulla base dei C.L.N., ebbe corta durata: colle dimissioni del breve governo di Ferruccio Parri, che rappresentò per qualche mese (dal giugno al novembre 1945) le superstiti speranze della Resistenza di dare all'Italia un governo di popolo che non implicasse la restaurazione della vecchia classe dirigente

<sup>3</sup> Cfr. per questo oltreché il saggio di Leo Valiani in *Dieci anni dopo*, Bari, Laterza, 1955, il mio capitolo *Cenni introduttivi sulla Costituente e sui suoi lavori*, che serve da introduzione al *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. Calamandrei e A. Levi (Firenze, 1950, vol. I), p. LXXXIX.

responsabile di aver dato vita al fascismo, la Costituente si aprì in un'atmosfera non più di unanime fervore rivoluzionario, ma di patteggiamento tra i grandi partiti di massa, da una parte i democristiani, dall'altra i socialisti e i comunisti. L'unica rivoluzione effettivamente già compiuta, della quale la nuova Costituzione doveva dare atto in formule giuridiche, era la caduta della monarchia: tutti erano concordi nell'assegnare alla Costituzione il compito di costruire giuridicamente un congegno che avesse la forma repubblicana al luogo di quella monarchica, purché, al disotto di quella nuova forma politica, rimanessero invariate, almeno per il momento, le strutture economiche e sociali dell'Italia prefascista. Qualcuno avrebbe voluto che si desse alla Costituente non solo il compito di ricostruire in forma repubblicana le strutture fondamentali dello Stato, ma anche quello di deliberare almeno alcune fondamentali riforme di carattere economico-sociale, che rappresentassero l'inizio di una trasformazione della società in senso progressivo: avrebbe voluto cioè che la nuova Costituente dovesse essere non semplicemente "organizzativa" dei congegni di governo (dello *Stato-apparato*), ma anche "ordinativa" della vita sociale italiana (dello *Stato-comunità*).<sup>4</sup> Ma questa idea non fu accolta; o per dir meglio fu accolta a metà, per dare ai suoi sostenitori l'illusione che non fosse stata respinta del tutto. Tra il tipo di costituzione *breve*, meramente organizzativa dell'apparato dello Stato, e il tipo di costituzione *lunga*, che fosse anche ordinativa della società, l'assemblea Costituente scelse un tipo di costituzione lunga, cioè contenente anche una parte ordinativa: la quale però, invece di esser volta ad effettuare una trasformazione delle strutture sociali, si limitava a prometterla a lunga scadenza, tracciandone il programma per l'avvenire.

<sup>4</sup> Cfr. Amorth, *La Costituzione italiana*, Milano 1948, p. 9.

Questo singolare ibridismo fu la conclusione di un compromesso tra quelle forze politiche contrastanti, che, con espressione approssimativa, si possono chiamare le forze conservatrici di destra e le forze riformatrici di sinistra. Non si può dire che le forze conservatrici si identificassero colla democrazia cristiana, perché questo partito già fino da allora comprendeva in sé tendenze contrastanti, alcune delle quali nettamente progressive in senso cristiano-sociale; e perché forze nettamente reazionarie, oltretutto all'ala destra di quel partito, si trovavano fuori di esso, alla destra estrema, sotto le etichette del partito liberale o del partito monarchico; né si può dire viceversa che le forze progressive si identificassero coi partiti socialista e comunista, perché in altri gruppi numericamente minori, come il partito d'azione o il partito repubblicano, o all'ala sinistra della stessa democrazia cristiana, erano ugualmente sentite le istanze di un profondo rinnovamento sociale.<sup>5</sup> Dall'urto di queste due tendenze venne fuori il compromesso: tutti parvero concordi (o almeno la gran maggioranza, formata dall'incontro dei grandi partiti) nella condanna di quel tipo di plutocrazia capitalistica dalla quale era nato il fascismo e nel riconoscere la necessità di un profondo rinnovamento delle strutture economiche della società italiana. Ma questa apparente accondiscendenza da parte delle destre a inserire tale riconoscimento, meramente astratto e programmatico, nella Costituzione, fu condizionata a che le sinistre rinunciassero ad ogni tentativo anche parziale di attuazione immediata di questa trasformazione sociale vagheggiata (e quasi si direbbe sognata) per l'avvenire, e accettassero di procedere a questa trasformazione mediante graduali riforme proiettate nel futuro, da concretarsi in leggi ordinarie

<sup>5</sup> Cfr. Amorth, *La Costituzione*, cit., p. 10; Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, p. 31.

attraverso i metodi legalitari della democrazia parlamentare. Così, come già fu osservato,<sup>6</sup> “per compensare le forze di sinistra di una rivoluzione *mancata*, le forze di destra non si opposero ad accogliere nella Costituzione una rivoluzione *promessa*”: purché l'estrema sinistra (e specialmente il partito comunista) accettasse i meccanismi “borghesi” della legalità parlamentare, le forze “borghesi” non si opponevano a lasciare aperta verso l'incerto futuro questa via legalitaria di un graduale e pacifico rinnovamento sociale, di cui già era segnato l'indirizzo e riconosciuta in anticipo la legittimità.

In questo compromesso costituzionale erano già visibili (e furono denunciati già durante i lavori della Costituente)<sup>7</sup> i germi della rottura politica che doveva poi scoppiare ed infierire negli anni successivi.

Le transazioni possono utilmente servire a risolvere le controversie quando siano fatte in buona fede, e senza riserve mentali: ma se vi sta alla base il sospetto reciproco o l'intento dilatorio, servono soltanto ad approfondire i conflitti e a farli scoppiare esasperati alla prima occasione. A giudicare da quello che è accaduto poi, si dovrebbe pensare che il compromesso costituzionale del 1947 non sia stato del tutto immune da riserve mentali. I grandi partiti che si trovarono d'accordo nelle formule verbali della Costituzione, non poterono fare a meno, nel prospettarsi gli svolgimenti futuri del programma di riforme incluso in essa, di prevedere che le sorti di quel programma sarebbero derivate, in realtà, più che dalla forza meramente esortativa di quelle formule, dalle effettive forze politiche che sarebbero riuscite a prevalere nel

<sup>6</sup> Calamandrei, *Cenni introduttivi*, cit., p. xxxv.

<sup>7</sup> Cfr. il mio discorso tenuto alla Costituente nella seduta del 4 marzo 1947, pubblicato in opuscolo, col titolo *Chiarezza nella Costituzione* [in Piero Calamandrei, *Scritti e discorsi politici*, a cura di Norberto Bobbio, vol. II, pp. 17-48, La Nuova Italia, 1966].

futuro parlamento, e quindi ad agire per affrettare o per rallentare (o magari per impedire) l'attuazione legislativa di quel programma: e forse la destra e la sinistra, nell'acconciarsi a quel compromesso aperto sull'avvenire, furono mosse da opposte speranze di riuscire a breve scadenza a conquistare in parlamento la maggioranza elettorale. Si potrebbe sospettare che qualche conservatore abbia figurato di approvare gli articoli socialmente più minacciosi (come quelli sul diritto al lavoro o sul diritto di sciopero), calcolando che nelle prossime elezioni le forze conservatrici avrebbero avuto una tale schiacciante prevalenza da poter rendere innocue, se non addirittura da poter cancellare, quelle formule sovversive; e si potrebbe sospettare viceversa che il partito comunista si sia adattato con tanta buona grazia ad accettare il metodo parlamentare proprio delle democrazie "borghesi", fondato sulla pluralità e sull'alternativa dei partiti, col segreto proposito di riuscire con tale strumento democratico a conquistare legalmente il potere, per poi servirsi di questo allo scopo di sopprimere i meccanismi democratici e la libertà degli altri partiti. Ma, in quella occasione, finché si svolsero i lavori della Costituente (che fu presieduta, giova ricordarlo, da un comunista, l'on. Terracini) i democristiani parvero non accorgersi che le finalità dell'ideologia comunista avevano carattere totalitario, né ebbero scrupolo a collaborare col partito comunista alla costruzione di quell'ordinamento costituzionale, nel quale anche il partito comunista era considerato come uno dei partiti idonei ed ammessi a "concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale" (Cost., art. 49). Né la Chiesa, finché si trattò di ottenere dai comunisti il voto per far entrare nell'art. 7 della Costituzione il riconoscimento dei Patti Lateranensi, parve accorgersi dell'ateismo marxista, e rimandò la scomunica contro di loro a quando ormai non avesse avuto più bisogno del loro concorso per raggiungere i suoi scopi; come

viceversa i comunisti, pur di ottenere l'accoglimento nella Costituzione di certi principi di rinnovamento sociale, non ebbero scrupolo, votando quell'art. 7, di sacrificare il laicismo dello Stato e di abbandonare la scuola ai pericoli del confessionarismo.

Dal compromesso politico tra forze contrastanti, che già da allora si preparavano a prendere nelle future lotte parlamentari le loro rivincite contro le arrendevolezza a cui si erano lasciate andare in sede costituente, ebbe origine la distinzione giuridica che doveva dar luogo negli anni successivi a tante discussioni dottrinali e giudiziarie, tra norme precettive di attuazione immediata, norme precettive di attuazione differita e norme meramente programmatiche. Su questa tripartizione delle norme costituzionali avremo occasione di tornare nel corso di questo saggio; ma dobbiamo fin d'ora avvertire che si ingannerebbe chi credesse che norme precettive di immediata attuazione fossero *almeno* tutte quelle della parte "organizzativa" o "strutturale" della Costituzione, e che quelle meramente programmatiche fossero state riservate alla sola parte "ordinativa".

Sarebbe infatti ragionevole pensare che la Costituente, pur demandando al futuro parlamento il compito di attuare gradualmente con leggi ordinarie il rinnovamento sociale dello Stato-comunità, avesse però portato a termine almeno la costruzione degli organi costituzionali, in modo da poter permettere la immediata entrata in funzione di tutti i meccanismi giuridici dello Stato-apparato: avesse, per così dire, finito di costruire la casa, riservando ai legislatori dell'avvenire di stabilire le regole di buona convivenza tra gli inquilini che dovevano andare ad abitarvi.

In realtà non fu così. La Costituente non solo rinunciò a regolare con efficacia immediata tutta la parte dei rap-

porti etico-sociali ed economici, sui quali si limitò a tracciare un programma a lunga scadenza, ma anche nella parte strettamente organizzativa non fece a tempo a rifinire la costruzione di tutto l'apparato costituzionale, e dovè per molti organi, destinati a far parte essenziale della nuova struttura democratica, limitarsi a tracciarne i disegni, demandando al parlamento il compito di tradurre questi disegni in costruzioni concrete.

Avremo più avanti occasione di passare in rassegna la lunga serie degli organi costituzionali che l'assemblea Costituente dovè lasciare, come si potrebbe dire con linguaggio da architetti, allo stato di "progetti di massima".

Ma giova avvertire fin da ora che, quand'anche la Costituzione avesse fatto a tempo a portare a termine in tutte le sue strutture formali l'apparato organico dello Stato, il differimento a miglior tempo della concreta attuazione del promesso rinnovamento sociale *avrebbe avuto necessariamente ripercussioni negative anche sulla parte organizzativa*: in quanto, in mancanza delle predisposte trasformazioni sociali, la stessa forma costituzionale dello Stato non avrebbe potuto corrispondere in realtà a quel tipo di democrazia a cui l'Assemblea Costituente aveva voluto dar vita.

Basta considerare infatti che l'ordinamento disegnato dalla Costituente non doveva essere una semplice traduzione in forma repubblicana dello Statuto albertino, ma doveva corrispondere a un *nuovo tipo di repubblica*, i cui caratteri essenziali erano messi in evidenza negli articoli della parte proemiale della Costituzione, intitolata "Principi fondamentali".

Il primo articolo di questa parte proemiale definiva il nuovo Stato italiano come una "Repubblica democratica fondata sul lavoro": e gli articoli successivi spiegavano in

che senso la Costituzione avesse adoperato quelle qualificazioni di “democratica” e di “fondata sul lavoro”.

“Democratica” voleva dire una repubblica in cui non solo fossero riconosciute e garantite *giuridicamente* le fondamentali libertà civili e politiche e affermata l’uguaglianza *giuridica* (“davanti alla legge”, art. 3) di tutti i cittadini, ma voleva dire qualcosa di più, cioè una società in cui fossero stati rimossi “gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del paese” (art. 3, secondo comma). Questo significava, cioè, che la democrazia disegnata dalla Costituzione era stata concepita non come una semplice democrazia politica, ma come una democrazia *sociale*, nella quale la libertà e l’uguaglianza politica, anziché essere semplicemente proclamate di diritto, dovevano essere attuate “di fatto” mediante una già prevista trasformazione economica della società.

La Costituzione, insomma, aveva preso a fondamento il principio (riassunto da Carlo Rosselli nel binomio *Giustizia e libertà*) secondo il quale vera democrazia non può esistere, se alle proclamazioni giuridiche della libertà e dell’uguaglianza non si accompagna una effettiva perequazione economica della società, che valga a rendere profittevoli per tutti, e non soltanto per i ricchi, quelle proclamazioni.

Che questo dovesse essere uno dei capisaldi del nuovo ordinamento, era ribadito dall’art. 4, secondo il quale “la Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro” (e anche qui, non come mera proclamazione teorica, ma come diritto “effettivo”).

Per questo ciascun elemento della formula adoperata dall’art. 1 per definire la nuova Repubblica, assumeva una propria rilevanza costituzionale: nella figura costitu-

zionale del nuovo Stato entravano come caratteri essenziali la democrazia, intesa come inscindibile dialettica di libertà e di giustizia sociale, ed il lavoro, equamente remunerato (art. 36) ed effettivamente garantito a tutti i cittadini (art. 4), come mezzo per attuarla.

Bastano queste considerazioni a far intendere che, anche se la Costituzione avesse portato a termine con norme immediatamente precettive tutte le strutture formali del nuovo ordinamento costituzionale, questa completezza sarebbe stata illusoria, perché il rinvio a miglior tempo del rinnovamento sociale, che la stessa Costituzione poneva come condizione essenziale per il funzionamento effettivo dell'apparato costituzionale, portava per forza a concludere che, fino a quando questa condizione non si fosse avverata, il nuovo Stato non poteva avere tutti i caratteri voluti dall'art. 1.

D'altra parte la Costituzione lasciava incompiuta la struttura dell'apparato costituzionale anche sotto un altro aspetto, altrettanto importante: per l'art. 5, uno dei caratteri strutturali della nuova Repubblica avrebbe dovuto essere il riconoscimento delle autonomie locali elevato a principio costituzionale colla creazione delle Regioni (art. 114) e col trasferimento ad esse di funzioni legislative in regime di autonomia. Il nuovo Stato repubblicano avrebbe dovuto assumere perciò una fisionomia originale, tale da avvicinarlo sotto certi aspetti a uno Stato federale: in quanto, pur rimanendo unitario ("La Repubblica, una e indivisibile...", art. 5), avrebbe dovuto adeguare "i principi ed i metodi della legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento" (art. 5).

Ma anche questa diversa distribuzione del potere legislativo in una pluralità di autonomie regionali, che doveva essere uno dei caratteri tipici dell'architettura del-

la nuova Repubblica,<sup>8</sup> rimase allo stato di programma.

Così, quando la Costituente chiuse i suoi lavori, l'ordinamento costituzionale era, sì, una repubblica; ma non era ancora né una repubblica "democratica" (nel senso anche sociale che si era voluto dare a questa parola) né una repubblica "fondata sul lavoro", né una repubblica "regionale". L'effettiva attuazione di tutti i caratteri più tipici e più innovativi della Repubblica *rimaneva affidata alla lealtà costituzionale del futuro parlamento*.

Accadde così che, al momento in cui, col 1° gennaio 1948, entrò in vigore la nuova Costituzione, l'ordinamento giuridico italiano venne ad assumere, proprio in conseguenza di questo compromesso tra il vecchio e il nuovo che stava alla base della Costituzione, un aspetto, se non caotico, certamente ibrido ed eterogeneo.

Era caduto il fascismo e la monarchia, ma non vi era stata una rivoluzione che avesse cominciato dal far *tabula rasa* di tutto l'ordinamento precedente, per poi mettersi a ricostruire con nuovi materiali su un terreno sgombro dalle macerie. Qui, al contrario, la nuova Costituzione si appoggiava in gran parte su antiche mura in rovina: dietro le nuove facciate c'erano ancora le vecchie stanze, nelle quali erano rimasti ad abitare, o sarebbero tornati dopo breve assenza, i soliti padroni.

Fuor di metafora, l'assemblea Costituente, nel breve periodo dei suoi lavori (breve per la mole dell'opera che avrebbe dovuto compiere), fece appena a tempo a perfezionare la costruzione degli organi supremi (organi legislativi e governo) che erano indispensabili per trasmettere legalmente al legislatore ordinario la continuazione del

<sup>8</sup> Sul principio costituzionale del decentramento regionale, cfr. Moratti, *Istituzioni di diritto pubblico*, 2ª ed., p. 390.

lavoro. Ma per tutto il resto (fuor delle poche leggi fino da allora espressamente abolite perché di marca dichiaratamente fascista o perché incompatibili colla forma repubblicana), lasciò provvisoriamente in vigore tutta la legislazione precedente: tanto che un autorevole costituzionalista ha potuto dire, con una formula paradossale ma sostanzialmente suggestiva, che “nella Repubblica italiana sopravvive il Regno d’Italia”.<sup>9</sup>

Venne fuori così un curioso ordinamento costituzionale, di stile si potrebbe dire composito, pieno di contraddizioni e di antinomie, in cui si trovarono a convivere, colle norme nuove dettate dalla Costituente, norme non solo di diversa età, ma di diversa ispirazione politica: alcune (anzi addirittura tutto un *corpus* codificato) appartenenti al tempo della dittatura fascista; altre risalenti al periodo della monarchia prefascista: un’accozzaglia di materiali legislativi di diversa provenienza, che poteva esser tollerata provvisoriamente solo perché questo era imposto dalle necessità pratiche del momento, ma che demandava al nuovo parlamento, come compito urgente, una generale revisione di tutta la legislazione rimasta provvisoriamente in piedi, in modo da renderla omogenea, in armonia colla lettera e collo spirito della Costituzione.

Una frattura costituzionale (o più d’una) vi era certo stata, in quanto il passaggio dalla monarchia fascista alla Repubblica democratica, attraverso le fasi della cosiddetta “luogotenenza” e dell’assemblea Costituente, aveva dovuto compiersi *di fatto*, con modi che non erano previsti né dall’ordinamento fascista, né dallo Statuto albertino;<sup>10</sup> ma la frattura si era limitata soltanto alla forma dei supremi organi costituzionali, senza investire tutto il

<sup>9</sup> Esposito, *La Costituzione italiana*, Saggi, Padova, 1954, p. 2.

<sup>10</sup> Cfr. i miei *Cenni introduttivi*, cit., pp. xcii, cxii, cxvi.

resto dell'ordinamento giuridico. Avvenne così che, pur essendo cambiate le istituzioni costituzionali, e pur essendo avvenuto il cambiamento di esse in forma rivoluzionaria, la continuità giuridica dello Stato per tutto il resto non parve spezzata,<sup>11</sup> e la stessa Costituzione parve confermare tale continuità colle sue disposizioni transitorie, che, in quanto davano minuziose prescrizioni per il successivo graduale adeguamento delle vecchie leggi alla nuova forma di governo, presupponevano la permanenza in vigore dell'ordinamento giuridico precedente.<sup>12</sup>

Tutto questo avrebbe potuto non dar luogo a gravi inconvenienti, se il previsto adeguamento fosse stato attuato dal parlamento succeduto alla Costituente con spirito di lealismo costituzionale: invece, come si dirà, essendo mancato del tutto tale adeguamento, il dogma della "continuità giuridica" dello Stato è diventato, nelle successive lotte politiche, una delle armi adoperate dalle forze conservatrici non solo per arrestare l'attuazione della Costituzione, ma per cominciare a distruggerla.

La Costituzione del 1° gennaio 1948 è nata dunque portando in tutte le sue parti, non solo in quella ordinativa, ma anche in quella organizzativa, un peccato d'origine, lo *spirito di rinvio*; che (com'è noto anche fuor del campo politico, esposto più di ogni altro al mutar dei venti) rende malfidi ed incerti i contratti a esecuzione differita, nei quali può sempre accadere che uno dei contraenti, se son cambiate nel frattempo le condizioni del mercato, s'accorga a un certo momento che l'affare non è più

<sup>11</sup> Cfr. sul problema Jemolo, *Continuità o discontinuità costituzionale nelle vicende italiane del 25 luglio 1943*, in "Rend. Acc. Lincei", 1947.

<sup>12</sup> Esposito, *op. cit.*

conveniente per lui e s'ingegni come meglio può per sottrarsi all'adempimento.

Questo spirito di rinvio era talmente penetrato nei metodi della Costituente (che, specialmente negli ultimi mesi, si trovò costretta a deliberare affrettatamente per compiere i suoi lavori nel termine prefisso) da arrivare a questo paradossale colmo: di rimettere al futuro parlamento anche il perfezionamento pratico di quel supremo organo di garanzia costituzionale (la Corte costituzionale) che doveva servire a difendere la Costituzione *proprio contro i possibili attentati del parlamento*: come chi dicesse, se è permesso adoprare un paragone esopiano, dare in appalto ai lupi la costruzione dei cancelli che dovrebbero sbarrare l'ingresso dell'ovile!

È nota la distinzione che i costituzionalisti fanno tra costituzioni *flessibili* e costituzioni *rigide*,<sup>13</sup> cioè tra costituzioni le cui norme sono modificabili con leggi ordinarie, e costituzioni le cui norme possono essere modificate soltanto con un procedimento apposito, più rigoroso e solenne dell'ordinario procedimento legislativo. La facilità con cui durante il fascismo lo Statuto albertino, di tipo flessibile, era stato smontato pezzo per pezzo mediante leggi ordinarie di cui passava inosservata la portata costituzionale, indusse l'assemblea Costituente ad adottare per la Repubblica italiana il sistema opposto della costituzione rigida, per il quale, se il legislatore ordinario emana una legge in contrasto con qualche norma costituzionale, non si applica il principio comune che la legge posteriore prevale su quella anteriore, ma si applica il diverso principio che la legge costituzionale prevale sempre su quella ordinaria; la quale, se è emanata in contrasto colla Costituzione, nasce viziata da illegittimità costituzionale e per questo è *inefficace*. Senonché la dichiarazione di illegitti-

<sup>13</sup> Cfr. Mortati, *Istituzioni*, 2ª ed., p. 96.

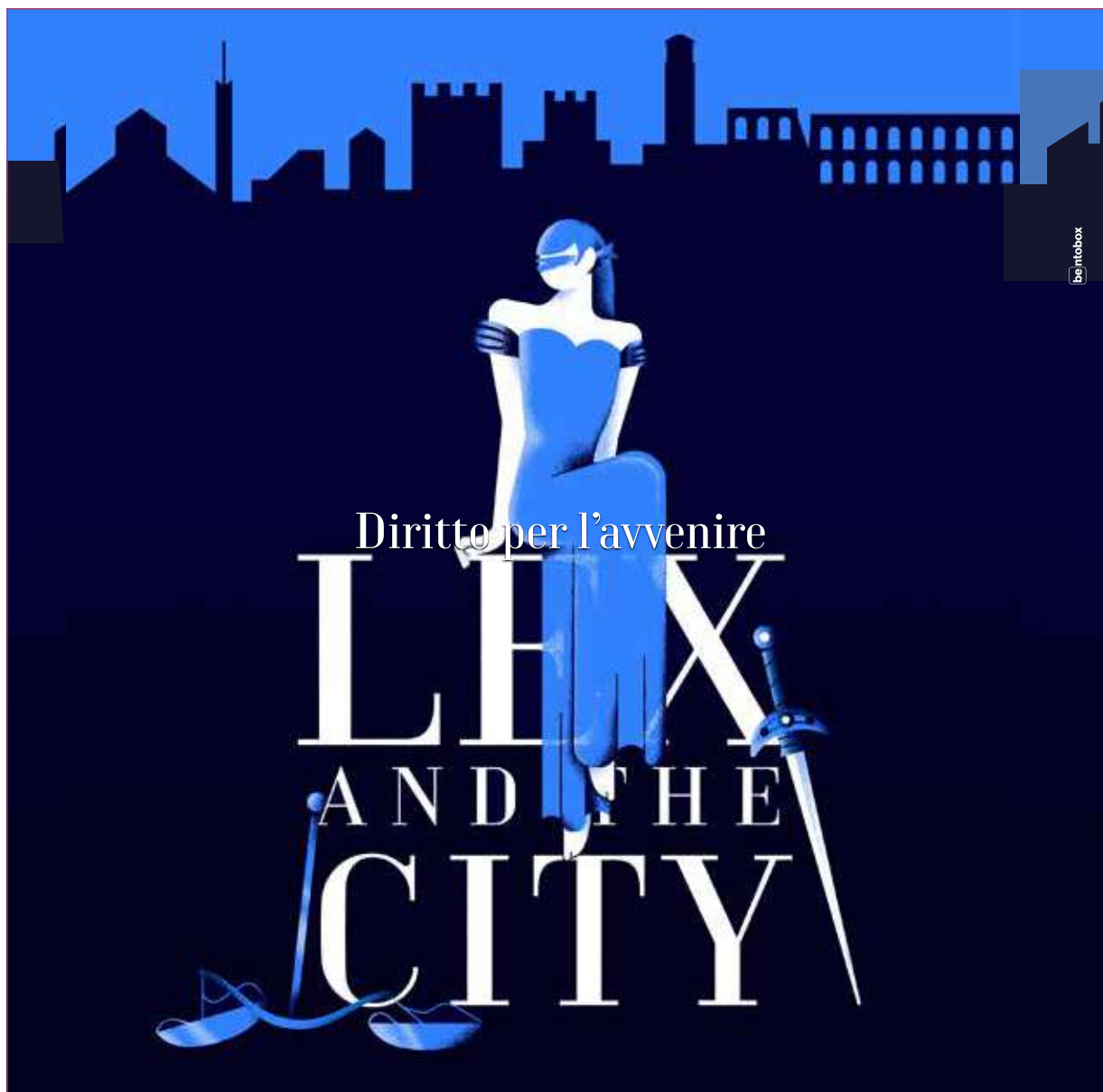
mità costituzionale di una legge ordinaria che sia in contrasto colla Costituzione è demandata a un apposito organo supremo, la Corte costituzionale (art. 134 s.), in mancanza della quale non esiste nella Costituzione altro organo che possa togliere vigore *erga omnes* alle leggi costituzionalmente illegittime.

Ora questa Corte costituzionale, per curiosa combinazione, fu proprio uno di quegli organi soltanto disegnati, che l'assemblea Costituente non ebbe tempo di portare a compimento, e la cui concreta attuazione fu demandata dalla Costituente al futuro parlamento: il quale fu lasciato così praticamente libero di emanare in contrasto colla Costituente quante leggi ordinarie avesse voluto, fino a quando non gli saltasse in testa di provvedere *da se stesso* a dar vita a quella Corte costituzionale che avrebbe dovuto servire a impedirglielo!

Anche la "rigidezza" delle norme costituzionali, che nei propositi della Costituente doveva essere uno dei caratteri essenziali e innovatori della Costituzione repubblicana, è nata dunque, ed è rimasta, come una affermazione astratta, che avrebbe avuto bisogno di altre leggi per diventare operativa e concreta: non solo è stato rimesso al legislatore ordinario l'obbligo di portare a compimento la Costituzione, ma gli è stato rimesso altresì il compito di creare l'organo *che dovrebbe vigilare sull'adempimento di quest'obbligo*!

Vero è che nell'attesa il compito di sindacare la legittimità costituzionale delle leggi ordinarie se lo è assunto, nei limiti in cui è stato possibile, la Magistratura; ma, non potendo la Magistratura andare al di là del suo compito istituzionale che è quello di applicare le leggi ai casi concreti, essa ha dovuto limitarsi a esercitare il sindacato di costituzionalità in via incidentale, disapplicando caso per caso (in verità in non molti casi!) le leggi giudicate illegittime, senza potersi assumere l'ufficio, riservato alla Corte costituzionale, di dichiararne in via principale la inefficacia *erga omnes*.

La Costituzione italiana nacque dunque, di fatto, come costituzione flessibile, che attendeva dal legislatore ordinario (e attende ancora) i mezzi occorrenti per farla diventare compiutamente rigida!



Diritto per l'avvenire

# LEX AND THE CITY

**8-9 ottobre**

## La Festa del Diritto a Verona

Dopo 18 mesi di incertezze, ci sembra di vedere un futuro, in cui riprendere il gusto della partecipazione diretta, dell'impegno comune, per la costruzione di un avvenire vivibile. Ci chiediamo dunque come recuperare la scuola, come dare sicurezza al lavoro, come tradurre in pratica i principi di sostenibilità. Ci chiediamo inoltre quale ruolo in questo futuro ha la magistratura e se possiamo essere giudicati da un computer.

Come dare senso di appartenenza sociale alle giovani generazioni e come offrire loro un avvenire degno di essere vissuto?

Un confronto aperto tra tecnici, studenti, cittadini da cui uscire con qualche certezza in più.

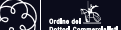
Scopri il programma sul sito e riserva il tuo posto su [www.lexandthecity.eu](http://www.lexandthecity.eu)



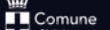












Con il patrocinio di:

FRANCESCA BENATTI

## In difesa del testualismo: una lezione del Common Law

25

1. Nell'affrontare il tema dell'interpretazione contrattuale si potrebbero ricordare le parole di Justice Scalia: "se c'è un testo, è ovvio che bisogna leggerlo". Tuttavia dietro la battuta sarcastica si nasconde una delle grandi questioni del diritto attuale che coinvolge in egual misura profili teorici e pratici. Come sottolineato "vi sono in ogni scienza taluni fondamentali problemi che, per quanto possano temporaneamente scomparire nella massa della materia trattata o perdere il loro interesse per l'affollarsi delle questioni particolari, a causa dell'importanza che rivestono per la scienza tornano di continuo alla superficie ed esigono attenzione. L'interpretazione è, per la scienza giuridica, uno di questi problemi. Anche se tale problema può restare temporaneamente inosservato quando l'interesse dei giuristi è assorbito da questioni particolari, non può mai diventare inattuale, dato il suo rilievo per la scienza giuridica. Esso racchiude, infatti, quello che è il problema fondamentale di tutta la scienza giuridica: cos'è il *diritto*?"<sup>1</sup> Ogni teoria sull'interpretazione si fonda e delinea la visione giuridica, politica, sociale, filosofica del suo autore. Nel common law statunitense si contrappongono in uno scontro probabilmente irrisolvibile due diversi approcci, il *textualism* e il *contextualism*, che sono stati elaborati in momenti diversi e hanno sempre coesistito nel complesso pluralismo giurisprudenziale. Il primo si fonda sulla riflessione elaborata da Holmes in base alla quale "la formazione del contratto non dipende dall'accordo di due menti in una sola intenzione, ma dall'accordo di due insiemi di segni esterni – non dal fatto che le parti intendessero la stessa cosa, ma dal fatto che abbiano detto la stessa cosa"<sup>2</sup>. La teoria oggettiva del contratto viene confermata con acu-

ta ironia da Learned Hand<sup>3</sup> nella decisione *Hotchkiss v. National City Bank of N.Y.*<sup>4</sup>: "un contratto non ha, in senso stretto, nulla a che fare con l'intento personale o individuale delle parti. Un contratto è un obbligo legato alla mera forza di legge a determinati atti delle parti, solitamente parole, che normalmente accompagnano e rappresentano un intento noto. Se, tuttavia, fosse dimostrato da venti vescovi che una delle parti quando ha usato le parole intendeva qualcos'altro rispetto al significato usuale che la legge impone loro, sarebbe stato comunque obbligato ad adempiere, a meno che non ci fosse un errore reciproco o qualcos'altro del genere ". Si tratta di una visione influenzata dal clima culturale, filosofico ed economico dell'epoca che vedeva nel liberalismo economico e nella certezza delle relazioni i valori dominanti. Vi era ancora una fiducia profonda nella possibilità di trovare e fissare principi immutabili.

Diversamente, il *contextualism* nasce dalla valutazione della complessità delle relazioni contrattuali che non si esauriscono nel mero testo, ma vivono in una realtà dinamica. Esemplicativi sono i *relational contracts*. Pertanto al fine di capire la vera intenzione delle parti, il decisore deve considerare tutti gli elementi possibili, indipendentemente dall'ambiguità del linguaggio, anche eventualmente superando il testo. Come messo in luce da Chief Justice Traynor, uno dei giudici che ha affermato con più forza tale approccio: "the text of admissibility of extrinsic evidence to explain a meaning of a written instrument is not whether it appears to the court to be plain and unambiguous on its face, but whether the offered evidence is relevant to prove a meaning to which the language of the instrument is reasonably susceptible"<sup>5</sup>.

3. O'Gorman, 2019.

4. 200 F. 287, 293 (S.D.N.Y. 1911).

5. *Pacific Gas & Elec. Co. v. G. W. Thomas Drayage Co.*, 69 Cal. 2d 33 (1968).

1. Merkl, p. 257.

2. Holmes, 1897, p. 464.

Il dibattito sul metodo migliore ha trovato oggi una nuova spinta, innanzitutto, per la constatazione empirica che le controversie contrattuali nascono nella maggioranza dei casi da questioni interpretative e non potrebbe essere diversamente stante le spesso difformi ragionevoli aspettative<sup>6</sup>. Inoltre, è strettamente connesso al dibattito che pervade tutti gli ordinamenti sui poteri del giudice e sulla rilevanza assunta dal formante giurisprudenziale. In particolare la critica al testualismo è stata argomentata muovendo da argomenti di natura diversa. Innanzitutto nel mutato clima filosofico e culturale, a partire dagli studi di Gadamer e con il decostruzionismo di Derrida, è cambiato il rapporto tra testo e interprete e sembra imporsi l'idea di una impossibilità di raggiungere un significato oggettivo e stabile: "le parole hanno cessato di legare, i vocaboli hanno smesso di dire...mentre la tecnica moderna moltiplica i mezzi di comunicazione, la letteratura...denuncia, o comunque esplora, la vacuità intrinseca, l'impossibilità stessa di ogni comunicazione"<sup>7</sup>.

Gli studi di psicologia comportamentale sembrano, inoltre, favorevoli ad una interpretazione non formalista del contratto per le insufficienze cognitive delle parti. Innanzitutto la ricerca delle informazioni nella fase precedente alla stipula dell'accordo non è mai ottimale ma solo soddisfacente per ragioni di tempo e di costo. Secondo Craswell, questo investe anche la scelta del contraente che è una delle precauzioni principali che la parte deve prendere. Ma soprattutto è stato constatato come nel momento di formazione del contratto la predisposizione delle parti è maggiormente ottimista e tendente a cogliere gli aspetti positivi dell'operazione economica, sottovalutandone i rischi o le complicazioni. Questo potrebbe rendere il testo inadeguato alla situazione concreta. Per spiegare il concetto, si usa il caso del matrimonio: dati empirici mostrano come quando si chiede alle coppie prima di sposarsi quanti matrimoni terminano col divorzio, generalmente è indovinata la percentuale giusta, ma si esclude che il proprio possa finire con un fallimento. Non solo si tenderebbe ad esagerare in positivo nelle contrattazioni la propria posizione senza considerare il merito della controparte. A ciò si accompagna lo status quo bias effect che determina la preferenza generale per disposizioni codicistiche, clausole default rispetto a pattuizioni *taylor-made* che risulterebbero

più efficienti secondo la teoria paretiana. Seppure, è valutata l'ipotesi di un inadempimento, difficilmente vengono considerate tutte le varianti verificabili in concreto. È noto che i rischi bassi o fortemente improbabili sono ignorati o sottostimati nella loro portata. Si pensi, ad esempio, al caso della pandemia: difficilmente l'ipotesi era stata considerata espressamente negli accordi precedenti al Covid-19, perché ritenuta non verificabile o non in modo così grave da stravolgere il sistema.

Gli economisti, hanno messo in luce poi il profilo legato ai costi non solo nella ricerca delle informazioni, ma anche di *enforcement*. L'incompletezza può essere anche strategica per impedire che venga ridotto il valore del contratto, per proteggersi o mantenere il controllo degli eventi successivi. La stessa dinamica degli affari porta a ritenere che spesso il testo adottato non sia quello che riflette perfettamente la volontà delle parti, ma costituisca una soluzione di compromesso che tiene conto del parere di esperti non solo giuridici e dei tempi magari ristretti necessari per la conclusione degli affari. La ambiguità dei termini può essere, poi, voluta perché diversamente l'accordo non sarebbe stato raggiunto. In alcune ipotesi, l'incompletezza o l'ambiguità vengono addirittura pagate: è noto che nelle contrattazioni l'assunzione di determinati rischi ha un valore economico che incide su quello dell'intera operazione economica.

Mentre tali riflessioni potrebbero portare a sancire l'ormai inarrestabile declino dell'interpretazione letterale, Justice Kagan sorprendentemente nel 2016 affermava "siamo tutti testualisti ora", dimostrando la perdurante e imprescindibile importanza di tale metodo interpretativo.

2. Uno dei principali argomenti a sostegno del testualismo si rinviene nella preferenza delle parti per tale metodo interpretativo, come dimostrato dai dati empirici risultanti dall'analisi dei testi contrattuali. Si tratta di un elemento importante da considerare non solo perché il contratto è lo strumento per eccellenza dell'autonomia privata, ma anche perché in un momento di competizione fra economie e di ricerca di investimenti, la creazione di un ambiente anche giuridicamente gradito alle imprese potrebbe avere riflessi economici significativi.

Uno studio conosciuto e discusso di Theodore Eisenberg e Geoffrey Miller ha messo in luce che i contraenti nella scelta della legge applicabile al contratto hanno optato nel 46% dei casi per quella formalista di New York rispetto alla californiana che aderisce

6. Mitchell, 2003.

7. Manent, 2001, p.200.

al contestualismo, adottata solo nell'8% delle ipotesi. Benché si sia segnalato che la differenza nelle regole sull'interpretazione non sia l'unica distinzione fra i due diritti<sup>8</sup>, va osservato come esse siano rappresentative di un approccio generale al contratto più favorevole al mondo degli affari<sup>9</sup>. Infatti, "la giurisprudenza contrattuale di New York è formalistica, letterale, non moralista e deferente alla libertà delle parti di contrattare per vantaggi reciproci. Il compito del tribunale non è quello di intramettersi nel rapporto contrattuale ma piuttosto di far rispettare l'accordo che le parti hanno concluso... I giudici della California sono più interessati a definire i rapporti tra le parti sulla base di equità, giustizia e interesse pubblico"<sup>10</sup>. Tuttavia, non si può trarre dalla scelta della legge applicabile una chiara indicazione sulla preferenza per il testualismo.

Altri elementi confermano, però, tale implicazione. Un esame effettuato su 1521 contratti commerciali conclusi tra il 2012 e il 2017 rivela che il 75,28% adotta una *merger clause*, spesso associata con una *no-oral modification clause*<sup>11</sup>. Non solo l'introduzione di una clausola di completezza stringente è più frequente nelle ipotesi nelle quali le parti abbiano optato come legge applicabile al contratto per una aderente al *contextualism*. Si potrebbe obiettare che tali previsioni siano ormai talmente comuni da essere *boilerplate* e quindi non fornire alcuna indicazione precisa. Trattandosi, però, di contratti commerciali tra parti esperte, sembra difficile ritenere che la scelta non sia stata quantomeno concordata, viste anche le loro variazioni. Indicativa sembra anche la diffusione delle non *severability clauses*<sup>12</sup>, cioè di quelle pattuizioni con le quali si persegue il mantenimento in vita del contratto, anche nel caso in cui parte di esso sia considerato nulla, inesistente o sia annullata<sup>13</sup>. Spesso si accompagnano all'obbligo in tali casi di rinegoziare una nuova clausola e/o alla specificazione che la nullità, inesistenza o annullabilità in una giurisdizione non si estende a tutte le altre dove opera il contratto. Le distinzioni tra i diversi modelli dimostrano che non si tratta di mere *boilerplate* ma di previsioni negoziate e adatte al caso

concreto. Si è giustamente constatato come esse siano rappresentative di una forte diffidenza nei confronti del decisore. Si pensi all'ipotesi di un contratto di vendita di un prodotto, accompagnato da un obbligo di non concorrenza che si riflette nella determinazione del prezzo ed è quindi essenziale al contratto. In presenza di una *severability clause*, qualora tale obbligo sia considerato inefficace, le parti potrebbero veder conservato il contratto, nonostante il valore dell'operazione economica sia divenuto sbilanciato o addirittura assente per una delle due. Tuttavia, la decisione di introdurre comunque questa pattuizione nonostante i possibili rischi è significativa della preferenza per il testo rispetto a successivi interventi del giudicante che attraverso un approccio contestualista lo stravolgano o lo modifichino. Saranno poi i contraenti a decidere le sorti dell'operazione economica.

L'analisi dei testi contrattuali permette, poi, di individuare l'adozione di definizioni, volte a garantire precisione e certezza soprattutto quando i termini devono essere intesi in modo diverso dal loro significato letterale o possono sorgere ambiguità, e la specificazione di regole interpretative da applicare. Anche in tale ipotesi si avverte come non venga meno la necessità di una attività interpretativa: "if the text purported to supply those rules, then those rules would have to be interpreted, and so on, ad infinitum"<sup>14</sup>. Si porrebbe, infatti, il problema di determinare il significato di queste pattuizioni e se esse effettivamente rappresentino l'intento delle parti, senza dimenticare i limiti che possono essere imposti alla libertà contrattuale dalle disposizioni legislative. Un esempio potrebbe essere rinvenuto nella nullità di una clausola che preveda il divieto di interpretare il contratto secondo buona fede.

Infine, si constata come i Tribunali arbitrali, naturalmente più sensibili alla volontà delle parti prediligano un metodo testualista. Questo è dimostrato dall'analisi di alcuni sistemi arbitrali statunitensi implementati da Associazioni di settore quali quello della NGFA (National Grain and Feed Association) e quello creato congiuntamente dall'ACSA (American Cotton Shippers Association) e ATMI (American Textile Manufacturers Institute)<sup>15</sup>. Ma la medesima mentalità si rinviene negli arbitrati internazionali. Una dottrina autorevole sottolinea come gli arbitri si affidino "al buon senso e alla ragionevolezza e, forse troppo spesso, alla lettera del testo. Il che porta ad una conse-

8. Sono state rinvenute circa 17 differenze fra i due diritti.

9. Un esempio è l'applicazione differente del *promissory estoppel*.

10. Miller, 2010, p. 1522.

11. Benoliel, 2017.

12. Benoliel, 2019.

13. Va constatato come tali clausole potrebbero suscitare delle difficoltà in un sistema come quello italiano.

14. Charny, D., 1991, p. 1819.

15. Benstein, 1996; Bernstein, 2001.

guenza non di poco conto: se non si dà rilievo alle regole normative sull'interpretazione, la competizione tra ordinamenti non ha un grande senso, e la scelta migliore dovrebbe allora essere quella dell'uniformazione delle regole quanto meno in ambito europeo. Scelta politicamente difficile. Come ha documentato il fallimento delle proposte fino ad oggi presentate alla Commissione europea o sostenute dalla stessa Commissione<sup>16</sup>.

La preferenza per il testualismo si inquadra nel generale desiderio delle imprese per la certezza "entendida como previsibilidad, que en si comprende tan solo una referencia a una o mas difundida, atendible, clarividente, disposicion a la prevision. En tal acepcion, en suma, la expresion *certeza del derecho* alude en realidad a una certeza de los individuos sobre el derecho, con particular referencia a las previsibilidad de las consecuencias juridicas concretamente enlazadas a actos o hechos"<sup>17</sup>. Ma non è solo un bisogno commerciale. Natalino Irti, richiamandosi a Giacomo Devoto, parla di "legalità linguistica... (in quanto) una politica di sostanziale stabilità grammaticale, e quindi conservatrice, è nella società moderna, più che raccomandabile, necessaria>>" e constata come più che conservatrice sia in realtà "democratica"<sup>18</sup>. D'altra parte lo stesso Scalia alle critiche sul fatto che il testualismo fosse noioso, pedante, banale ribatteva che per essere un testualista non è necessario essere "un sempliciotto", ma solo credere che non sia compito del giudice perseguire grandi fini o scrivere nuove leggi<sup>19</sup>.

Un aspetto da valutare per comprendere questa preferenza è la percezione da parte delle imprese ed operatori economici della difficoltà dei giudici di capire la dinamica degli affari e di valorizzare in modo corretto gli elementi del contesto, soprattutto quando questo implica una correzione delle pattuizioni. Anzi, parte della dottrina ha notato che "molti elementi del nostro sistema legale hanno più senso se li interpretiamo come una risposta al fatto deplorabile ma ine-

vitabile che i nostri tribunali non sono capaci quando si tratta di far rispettare i contratti"<sup>20</sup>.

Inoltre, si osserva che la passività giudiziaria costituisce un incentivo rilevante a creare una struttura contrattuale che sia adeguata alla fattispecie concreta e capace di adeguarsi a situazioni imprevedibili. Lo sviluppo e il progressivo aggiustamento di molte clausole tipiche della prassi internazionale unitamente alla creazione di nuovi modelli dimostrano questo continuo miglioramento.

Va, osservato, peraltro come anche una interpretazione rigorosamente testualista non può mai prescindere completamente dal contesto; semplicemente consente alle parti di determinare in che misura gli elementi esterni possano essere considerati. È una questione di modalità e di limiti piuttosto che di impossibilità di suo uso. Peraltro, gli stessi giudici più attenti all'interpretazione letterale hanno mostrato in alcune circostanze la necessità di valutare il comportamento delle parti o gli usi commerciali per comprendere l'accordo contrattuale. Infatti, Learned Hand rileva che "è vero che le parole usate, anche nel loro senso letterale sono il modo principale e generalmente il più affidabile come fonte di interpretazione di ogni scritto sia esso una legge, un contratto o qualsiasi altro documento. Ma costituisce il più sicuro indice di una giurisprudenza matura il non trasformare il dizionario in una fortezza"<sup>21</sup>. E così anche Justice Scalia ammette come "sia possibile stipulare un contratto in modo da lasciare alcune decisioni alla discrezionalità incontrollata di una delle parti e in tal caso la questione della buona fede è irrilevante. Ma il trucco è capire quando il contratto è stato stipulato in tal modo e sicuramente la semplice individuazione di un potere espresso non è sempre la prova. A volte può bastare... Ma dire che ogni potere contrattuale espressamente conferito è di questa natura significa eliminare del tutto la dottrina della buona fede"<sup>22</sup>. Questo argomento implica, dunque, la necessità di non affidarsi completamente al testo ma di valutare anche il comportamento delle parti alla luce della buona fede.

Un esame del contesto è necessario per valutare la natura dei contraenti e decidere se si tratta di parti esperte. La nozione è ampiamente utilizzata in dottrina e giurisprudenza anche perché incide sulla stessa applicazione di regole come la *parol evidence rule* o l'inter-

16. Alpa, 2019, p. 1255-1256.

17. Gometz, 2012, p. 261. L'autore avverte che "si se quiere atribuir un contenido axiologico a la noción de certeza, ello debe buscarse precisamente en su correlación respecto a la mejor posibilidad de planificación de las elecciones prácticas individuales, o de cualquier modo respecto a otros objetivos personales (científicos, profesionales, etc.). Solo en este sentido la certeza puede ser considerada un valor. Y si hay algo de que se puede tener certeza es que no se trata de un valor menor"

18. Irti, 2020, 126-127.

19. Sutton, Wheelan, 2020, p.30.

20. Posner, 2000, 754.

21. Cabell v. Markham, 148 F. 2d 737 (2d Cir. 1945).

22. 234 U.S. App. D.C. 46, 727 F.2d 1145 (1984).



pretazione di clausole quali quella di completezza: tanto più le parti sono “s sofisticate”, quanto più il giudice sarà restio ad intervenire. Una parte della dottrina ha ricompreso nella categoria le parti *ovviamente* esperte, tra cui multinazionali e grandi imprese, e quelle che “operano in un contesto commerciale, ma presentano molte caratteristiche dei soggetti comuni”<sup>23</sup>. Il riferimento è ad associazioni professionali, imprese con cinque o più dipendenti, le società in accomandita semplice. Lo sforzo di stabilire parametri certi non sembra però convincente stante la complessità del mercato. L’esame della giurisprudenza permette di individuare come alcune caratteristiche, seppur non esplicitate, debbano essere presenti almeno in parte nella contrattazione per configurare un soggetto esperto: la sua natura imprenditoriale, governamentale o quasi pubblica, l’esperienza nel settore, il patrimonio, l’educazione, la complessità dell’affare, la consulenza di avvocati e/o tecnici nella redazione dell’accordo. Tuttavia, è stato correttamente osservato come, pur essendo tali criteri corretti, le Corti non esaminano o motivano sufficientemente la nozione e si limitano

a dichiararla. È, invece, fondamentale parametrare il concetto sull’accordo effettivamente stipulato: emerge, dunque, che gli *attori ripetuti* sono generalmente contraenti esperti, ma non tutti i contraenti esperti sono *attori ripetuti*<sup>24</sup>.

Interessante in proposito è *Reilly v. Richards*<sup>25</sup> che riguardava un contratto di vendita di un immobile nel quale una parte era un avvocato. La Ohio Supreme Court, nel decidere la controversia, ha ritenuto l’avvocato non un esperto in quanto “had no real experience in real estate law and thus, was an unsophisticated party at the time of the transaction”. L’esame fattuale delle parti e della natura dell’affare è fondamentale e permette, se correttamente svolto, di contestualizzare l’interpretazione, pur continuando ad adottare un approccio testualista.

3. Inoltre, si osserva come molto spesso siano le stesse parti ad attribuire al giudice il compito di esaminare il contesto e fissano il quadro dell’attività interpretativa. È frequente che il contratto includa *standards* o

23. Schwartz, & Scott, 2003.

24. Miller, 2010.

25. *Reilly v. Richards*, 632 N.E.2d 507 (1994).

clausole generali che necessitano attenzione alle circostanze concrete. Si considerino, ad esempio, questi tre modelli di clausole diffusi nella prassi:

- a) la *reasonable effort*, la quale prevede che a parte si adoperi in maniera ragionevole al fine di conseguire il risultato tenendo presente i propri interessi commerciali e la probabilità di successo, ma non è tenuta a intraprendere ogni azione ad essa disponibile;
- b) la *all reasonable effort* in base a cui il contraente deve esplorare tutte le opzioni che sono ragionevolmente a sua disposizione ma non è tenuto a ignorare i propri interessi commerciali né a cercare di conseguire il risultato se è evidente che ogni sforzo ulteriore sarebbe inutile;
- c) la *best effort* che stabilisce il dovere di intraprendere ogni azione che una prudente e ragionevole controparte che agisce nel proprio interesse e desidera conseguire il risultato intraprenderebbe, ma non obbliga a compiere azioni che potrebbero comportare la propria rovina finanziaria, pregiudicare la propria situazione commerciale o che non hanno alcuna probabilità di successo.

In alcune ipotesi tali pattuizioni sono accompagnate da esempi che possono indirizzare l'interpretazione, ma generalmente sono adottate quando i contraenti non sono in grado di prevedere le condotte che saranno necessarie e/o gli eventi che potrebbero incidere sulla relazione contrattuale. Tuttavia la determinazione degli sforzi richiesti non può avvenire in modo separato dall'analisi delle circostanze concrete, della natura delle parti, delle caratteristiche dell'operazione economica.

La necessità di un esame del contesto emerge anche con riguardo alle clausole di forza maggiore. Secondo il modello ICC, "è un evento o una circostanza ("Forza maggiore evento") che impedisce a una parte di eseguire uno o più dei suoi obblighi contrattuali ai sensi del contratto, se e nella misura in cui la parte colpita dall'impedimento ("la parte interessata") prova:

- a) che tale impedimento è al di fuori del suo ragionevole controllo; e
- b) che non poteva ragionevolmente essere previsto al momento della conclusione del contratto; e
- c) che gli effetti dell'impedimento non avrebbero potuto ragionevolmente essere evitati o superati dalla parte interessata"

Tale clausola deve essere letta alla luce della situazione di fatto e non è sufficiente una lettura testuale. Così appare evidente che nell'ipotesi Covid-19 non basterà la pandemia o le misure governamentali per

invocare la clausola, salvo che la fattispecie sia stata espressamente prevista, ma bisognerà valutare le circostanze esterne.

Analogo è il caso nella prassi internazionale delle clausole di buona fede che impongono alle parti "to deal with each other honestly, fairly and in good faith in all respects, and to provide each other with reasonable further assurances in furtherance of their mutual performances with respect to this Agreement". Tali pattuizioni nei casi nei quali opera la legge di un sistema di common law, soprattutto inglese, servono ad affermare il principio di buona fede, che potrebbe non essere riconosciuto. Mentre con riguardo agli ordinamenti di *civil law* rafforzano il dovere codicistico. Spesso, poi, le parti individuano espressamente gli elementi del contesto che devono essere valutati. Ciò si rinviene nella eventuale descrizione delle trattative e dei rapporti fra le parti e soprattutto nelle "whereas clause" che servono a spiegare i motivi della conclusione del contratto e, in alcuni casi, ne descrivono lo scopo. Sono adottate proprio al fine di guidare la corretta interpretazione del giudice<sup>26</sup>.

Più in generale e anche prescindendo dagli specifici stili e tecniche di redazione, un elemento che potrebbe risultare indicativo è la completezza del testo contrattuale. È noto che tale profilo costituisce una differenza significativa fra il modello di common law generalmente lungo e dettagliato da quello di *civil law* che fondandosi su codici, lascia molte questioni alla disciplina legislativa. Tuttavia, la scelta delle parti di regolare con precisione il rapporto può essere considerata un segnale di una preferenza per un approccio formalista: dimostra, infatti, la volontà dei contraenti di affidarsi il meno possibile alla discrezionalità del giudicante. Un limite di questo argomento si rinviene nella diffusa presenza di clausole *boilerplate*, che vengono introdotte senza una particolare riflessione o negoziazione. La dottrina ha evidenziato che spesso questo costituisce l'ostacolo più significativo alla loro stessa invocazione nei procedimenti. Bisogna infatti, considerare pragmaticamente che "raramente un contratto in una data transazione è realizzato da zero e, nonostante le opinioni di alcuni avvocati, i contratti non sono opere letterarie creative. Piuttosto che scrivere da zero, gli avvocati tipicamente riutilizzano le

26. Questo è normalmente il significato delle premesse nei contratti e anche la espressione: "Le premesse fanno parte integrante del contratto" non è una clausola di stile, ma un richiamo delle premesse ad integrazione del controllo che serve soprattutto a fini interpretativi.

disposizioni contrattuali di transazioni precedenti. Individualmente e all'interno delle loro aziende archiviano e recuperano documenti da contratti passati e seguono procedure per standardizzare le migliori pratiche per diversi tipi di transazioni<sup>27</sup>.

La dottrina ha evidenziato come un uso continuo e diffuso di clausole *boilerplate* determini dei veri e propri *black-holes*<sup>28</sup>. Benchè, infatti, parte dell'importanza e del fascino di un impiego ripetuto delle medesime pattuizioni consista nel fissare attraverso una stessa formulazione un contenuto indipendente dal contratto e dal contesto, questo può comportare paradossalmente la perdita di un loro effettivo utilità. Lontano dal costituire quella fonte di certezza a cui aspirano possono determinare:

- a) obsolescenza perché con le ripetute applicazioni e il passare del tempo perdono adeguatezza di fronte ai cambiamenti giuridici, economici, scientifici e sociali;
- b) un uso meccanico che le trasforma in "legal incantation" privo di un significato condiviso
- c) incrostazione con una riduzione della loro affidabilità.

Queste pattuizioni che hanno un costo elevato e non hanno alcuna funzione possono essere considerate "scheumorfismi"<sup>29</sup>. È stato, però, correttamente sottolineato come anche la presenza di tali clausole non deve portare il giudice a ignorarle, reputandole semplicemente di stile, ma rimane comunque necessaria una attenzione testuale. Infatti, è possibile che in molti casi rispondano alle intenzioni e alle esigenze delle parti, che semplicemente hanno confidato in un modello già noto anche per abbassare i costi transattivi piuttosto che crearne uno nuovo, con il rischio di interpretazioni incerte. La decisione di qualificare una pattuizione come "noise", inoltre, potrebbe costituire un precedente che ha riflessi sulla intera applicazione di quella pattuizione con possibili effetti distorsivi sul mercato<sup>30</sup>. Soprattutto va constatato che le scelte linguistiche hanno conseguenze e "i tribunali non hanno bisogno di fingere di cercare di indovinare le intenzioni delle parti quando interpretano un contratto. Ascoltano gli

avvocati e fanno del loro meglio per cogliere il significato delle parole nella comunità commerciale pertinente. Potrebbero finire per fare qualcosa che agli esperti non piace. Ma gli esperti sono sempre liberi di riunirsi... e adottare un nuovo linguaggio. Gli sforzi giudiziari per interpretare il linguaggio e dargli un significato possono rendere i redattori di contratti più attenti<sup>31</sup>. Si viene, così, a determinare un circolo virtuoso che potrà anche portare alla elaborazione di nuovi modelli.

L'opportunità di una valutazione equilibrata, che muovendo dal testo consideri anche gli elementi del contesto necessari nella prospettiva indicata dalle parti, nasce anche dalla riflessione che l'incompletezza dei contratti non sempre è negativa, ma può essere voluta dai contraenti e risultare efficiente. Ciò avviene in particolare quando si tratta di una materia complessa, con possibili risvolti incerti, i meccanismi di mercato non sono tali da incentivare una prestazione di alta qualità, è necessaria una continua cooperazione tra le parti e si aspetta o si desidera un risultato innovativo. Un esempio sono i contratti di trasferimento di tecnologie.

La tesi testualista deve, infine, confrontarsi con la necessità di impedire o limitare i comportamenti opportunistici. Un profilo che deve essere considerato è la tendenza a affrontare questo tema alla luce di certi *bias* che non facilitano una analisi razionale. Si discute, infatti, spesso muovendo da concetti come controllo del mercato, potere contrattuale, asimmetria informativa arrivando a far coincidere la parte economicamente più forte con quella che tende a porre in essere condotte abusive. In realtà, può avvenire anche l'inverso: una piccola impresa che per le sue caratteristiche di eccellenza ha una posizione e una reputazione di unicità tali da essere difficilmente sostituibile sul mercato potrà imporre le sue condizioni o agire opportunisticamente anche nei contratti con multinazionali. È evidente, dunque, che la valutazione non dovrebbe mai prescindere dal caso concreto, ma anche dalla consapevolezza che "come sempre avviene quando si discute di ineguaglianza di potere contrattuale (e della sottesa aspirazione, di carattere pregiudiziale a denervare la vincolatività di una promessa estorta anche se in condizioni che non permettono di attivare la disciplina dei vizi del consenso), il tentativo di razionalizzare forme di intervento a livello individuale sconta difficoltà cogenti, a partire dalla

27. Triantis, 2012, 186. È in Italia il problema dei nuovi modelli di contratto atipici che solo con finzioni possono essere avvicinati a quelli disciplinati, ma per loro vale la prassi del commercio e la parte generale del diritto del contratto.

28. Choi, Gulati, Scott, 2017. In dottrina si distingue tra *black-holes* e *grey-holes*

29. Baird, 2017.

30. Baird, 2017.

31. Baird, 2017, p.101.

percezione, diffusa e di buon senso, che la disparità di forza contrattuale non soltanto è onnipresente in punto di fatto, ma rappresenta altresì il sale, il motore immobile dell'attività contrattuale. Senza *bargaining power* che può avere radici profonde ma anche legarsi a contingenze volatili e affatto occasionali, le parti non sarebbero indotte a contrattare<sup>32</sup>. L'intervento correttivo deve limitarsi, dunque, unicamente ai casi più gravi.

Ma anche nelle ipotesi che presentano rischi di abusi la soluzione ex ante pare più efficiente. Si consideri un caso in cui le parti non riescano a provare con sufficiente certezza il contesto rilevante che il giudice deve valutare. Un esempio<sup>33</sup> si ha in un accordo fra una multinazionale farmaceutica e un piccolo laboratorio che prevede a fronte di un finanziamento lo sviluppo di una ricerca. Nella pratica diviene complesso verificare se e come viene utilizzato l'investimento, in particolare se il laboratorio lo impiega anche per avviare altri progetti, posto che le parti perseguono interessi differenti. Un intervento ex post del giudice potrebbe essere insoddisfacente, mentre è preferibile una regolamentazione contrattuale che stabilisca il potere della multinazionale di recedere dal contratto in ogni momento pagando una somma significativa e conservando la proprietà sulla ricerca svolta. In tal modo, è possibile controllare e ridurre i comportamenti opportunistici di entrambe le parti.

Tuttavia, l'interpretazione non può divenire un modo per correggere contratti sbagliati, come spesso sembra, invece, avvenire o individuare abusi dove non vi sono. È necessario distinguere attentamente tra le ipotesi di un affare che si è rivelato insoddisfacente per previsioni, calcoli sbagliati, eventi di mercato da quelle che si connotano per un comportamento disonesto della controparte. Anzi, un profilo che viene spesso sottovalutato è la tendenza anch'essa opportunistica di leggere il contratto in un modo diverso da come lo si era inizialmente inteso solo per poter ridurre le conseguenze di un errore commerciale. Questo aspetto assume un rilievo con riguardo alla interpretazione di buona fede, dimenticando però che il primo dovere di buona fede è il rispetto degli obblighi volontariamente assunti.

Soprattutto, non deve essere trascurata la difficoltà per il decisore di qualificare, anche al fine sanzionatorio, come abuso il "senso dell'operazione economi-

ca". Nelle acute parole di un giudice, è necessario che le corti siano caute prima di pontificare sulla realtà commerciale di "un accordo in quanto questa idea da parte di un giudice può essere reputata attendibile quanto quella di un uomo d'affari su un principio giuridico. Inoltre, la visione giudiziale è influenzata inevitabilmente dagli eventi che si sono verificati successivamente alla conclusione del contratto e che, invece, non dovrebbero essere considerati nell'interpretazione"<sup>34</sup>. Da questo consegue come non sia possibile attribuire alle parole il significato che avrebbero dovuto avere in base ad una lettura soggettiva del contratto, alla luce delle conseguenze dell'accordo, ma bisogna eventualmente valutare la posizione e gli interessi delle parti nel momento della stipulazione. Tale aspetto si connette alla difficoltà per il decisore di individuare il contesto rilevante in relazioni contrattuali sempre più complesse, lunghe e spesso accompagnate da documenti, relazioni, consulenze ecc. La prassi mostra, infatti, come i giudici spesso diano risalto ad eventi irrilevanti o non riescano ad attribuire, con precisione, il loro significato nel susseguirsi del rapporto. Spesso le contrattazioni, ma anche i comportamenti delle parti non sono razionali, sono oscillanti, incerti, si modificano al variare delle situazioni o delle percezioni. Mentre il testo costituisce un riferimento statico, la dinamicità dei comportamenti non ne costituisce uno stabile.

Inoltre, non appaiono chiare le modalità stesse di interpretazione del contesto e i criteri che devono essere applicati a tale attività. È chiaro che il metodo letterale non fornisce una risposta sempre certa o esatta; anzi spesso il medesimo testo può essere letto in modo diverso, tuttavia almeno offre un punto di partenza sicuro e parametri di interpretazione certi. Non deve sfuggire come il contestualismo sia un metodo di interpretazione che lungi dall'offrire regole, necessita esso stesso di interpretazione.

Lascia, soprattutto, aperta la questione di quanto e fino a che punto gli elementi esterni possono portare a contraddire il testo. Diverso è, infatti, considerare il contesto nel quale certe espressioni devono essere lette dall'utilizzarlo per modificare il senso di pattuizioni che non sembrano eque, commercialmente razionali o corrette, soprattutto in assenza di criteri evidenti: in base a quale criterio, infatti, una pattuizione deve essere letta in modo diverso da come appare e in che modo deve essere corretta? Si ammette che "i tribunali

32. Pardolesi, 2014, c. 2040.

33. Gilson, Sabel, & Scott, (2014).

34. Neuberger, 2014.

non interpreteranno mai le parole nel vuoto. In misura maggiore o minore, a seconda dell'argomento, vorranno essere informati di ciò che può essere variamente descritto come il contesto, lo sfondo, la matrice dei fatti o il danno. Cercare di interpretare uno strumento ignorando o trascurando le circostanze che lo generano o la situazione in cui si prevede che abbia effetto è a mio avviso pedante, sterile e produttivo di errore. Ma questo non vuol dire che un giudizio iniziale su ciò che uno strumento era o avrebbe dovuto ragionevolmente essere inteso a ottenere dovrebbe essere autorizzato a prevalere sul linguaggio chiaro dello strumento, poiché ciò che un autore dice è solitamente la guida più sicura di ciò che intende. A mio avviso la *construction* è un esercizio composito, né senza compromessi letterali né fermamente intenzionale: lo strumento deve parlare da solo, ma deve farlo in situ e non essere trasportato al laboratorio per analisi microscopiche<sup>35</sup>.

4. Va, dunque, condivisa la tesi secondo la quale “il testualismo e il contestualismo non sono paradigmi contrastanti in una battaglia per l'occupazione esclusiva del campo dell'interpretazione contrattuale. Piuttosto l'avvocato e il giudice nell'interpretare qualsiasi contratto possono utilizzarli come strumento per discernere il significato oggettivo della lingua che le parti hanno scelto per esprimere il loro accordo”<sup>36</sup>. Ciò nasce dalla percepita insoddisfazione nei confronti di qualsiasi metodo interpretativo<sup>37</sup> che si rivela spesso inadeguato nei confronti della varietà della pratica: “la maggior parte degli accordi commerciali su cui valeva la pena litigare erano, al momento della loro creazione, una complessa sinergia di motivazioni, comunicazioni più o meno complete, pratiche di redazione, pressioni, scadenze, molte delle quali hanno spinto il contratto alla sua esecuzione, come una cosa, un atto o evento, e non necessariamente come testo logico e coerente. Nel contratto, concentrarsi semplicemente dopo il fatto sulla logica e la coerenza del testo è spesso la semplificazione di un economista, l'ideale di un moralista o l'illusione di un avvocato”<sup>38</sup>. È stato poi acutamente notato come spesso la logica del mercato determini il medesimo risultato sia attraverso un approccio letterale sia contestuale: “the architectural maxim that form follows function certainly applies.

But in contract law its converse applies equally-as function also follows form”<sup>39</sup>.

Pur nella complessità del tema si impongono, però, due riflessioni. La prima è che l'attività interpretativa deve essere graduale muovendo dal testo<sup>40</sup>. La comprensione dell'intenzione delle parti non può non concentrarsi sulle espressioni che queste hanno liberamente scelto per fissare le proprie obbligazioni contrattuali. D'altra parte la “*litterale sentenza* non è lettera morta, ma sapere vivente e attivo, che permette il reciproco intendersi e custodisce in sé ogni ulteriore significato: è impossibile venire a questo prima che a quello. Il senso letterale non può essere aggirato ed eluso perché esso è il necessario passaggio verso altri sensi. È l'imprescindibile. Il senso di un testo senza passare per la lettera, è sovvertitore e violento...O meglio non è il senso del testo, ma pura e nuda volontà di comando”<sup>41</sup>.

La seconda risiede nella necessità di lasciare alle parti il compito di determinare in che misura il contesto possa e debba essere valutato<sup>42</sup>. Ciò si fonda sui principi di autonomia privata e libertà contrattuale. Esse potranno alla luce del mercato, delle condizioni di incertezza e di rischio, della natura dell'operazione economica, delle loro caratteristiche, stabilire l'assetto di interessi e fissare i confini dell'attività interpretativa del decisore. A questa tesi potrà essere obiettato da un lato il possibile verificarsi di eventi straordinari, come dimostrato dalla pandemia Covid-19 che stravolgono l'equilibrio stabilito, dall'altro la fiducia eccessiva nella razionalità dei contraenti e nella capacità di determinare correttamente i propri interessi, soprattutto quando ricorrono elementi distorsivi o asimmetrie.

Tuttavia, si nota come nelle ipotesi eccezionali possa essere ampliato l'uso della buona fede quale regola d'emergenza, adeguando il contratto alla situazione concreta, qualora manchi nel testo una disciplina specifica. Questo non deve comportare uno stravolgimento dell'operazione economica e dell'allocatione dei rischi effettuata, ma semplicemente una eventuale rimodulazione del significato alla luce delle nuove circostanze, utilizzando gli indici testuali presenti nell'accordo. Non si avrebbe un superamento del testo alla luce del contesto ma solo una sua miglior comprensione: l'approccio letterale dovrebbe essere equilibrato con una possibile predizione di come le parti avrebbero regolato la situazione se l'avessero saputo. In tale operazio-

35. *Arbuthnott v Fagan* [1995] CLC 1396, [1996]

36. [2017] UKSC 24 - UK Supreme Court.

37. Per questo la dottrina propone di adottare un ibrido tra i due metodi. *Cunningham*, 2017.

38. *Lipshaw*, 2016, p.219-220.

39. *Schwartz, A., & Markovits, D.*, 2019, p. 17.

40. *V. Ricoeur*, 2016, p. 190 ss.

41. *Irti*, 2020, p. 95-96.

42. *Mitchell*, 2020.

ne interpretazione e integrazione si fonderebbero, ma sempre nell'ambito del senso dell'operazione.

Inoltre, nonostante sia possibile che le parti non riescano sempre a proteggere i loro interessi nel modo migliore o più efficiente, siamo certi che un terzo con limitate conoscenze, economiche ed imprenditoriali e poche informazioni possa farlo meglio? Forse vi è stata e vi è una idealizzazione dei contraenti che fanno tutelare le loro posizioni, ma non lo è allo stesso modo quella di un giudice onnisciente? Non stiamo contrapponendo due miti? Sarebbe, però, erroneo qualificarlo come un contrasto tra libertà e solidarietà e giustizia, in assenza di parametri di definizione e della possibilità di comprendere verso chi e come attuare la solidarietà e la giustizia. Paradossalmente quello stesso relativismo che non permetterebbe di conoscere il significato oggettivo di un testo ci impedisce allo stesso modo di statuire in nome di valori o principi. Bisognerebbe forse tornare a interrogarsi sulla tragicità di un'epoca che ha rinunciato alla legge come strumento di comando capace di orientare l'azione, lasciandole solo il compito di creare spazi di libertà in cui si muove cioè quel "vivre sans lois" ricordato da Pierre Manent, ma si esulerebbe dallo scopo di queste riflessioni.

Nella dinamica rapida degli affari, nelle continue evoluzioni della società, la giurisprudenza deve quindi accontentarsi di essere "abbastanza esatta"<sup>43</sup> nelle decisioni e in tale prospettiva bisogna tornare all'interpretazione come attività cognitiva<sup>44</sup>, dando ragione a Justice Scalia quando affermava, come si è evocato all'inizio, che se "c'è un testo è ovvio che bisogna leggerlo".

### Bibliografia

- Alpa, G. (2019). Problemi di interpretazione del contratto nella prospettiva dell'avvocato europeo, *Riv. trim. di diritto e proc. civ.*, 1241- 1256.
- Baird, D. G. (2017). *Pari Passu Clauses and the Skeuomorph Problem in Contract Law*. *Duke LJ Online*, 67, 84.
- Benoliel, U. (2017). *The Interpretation of Commercial Contracts: An Empirical Study*. *Ala. L. Rev.*, 69, 469.
- Benoliel, U. (2019). *Contract Interpretation Revisited: The Case of Severability Clauses*. *Bus. & Fin.L. Rev.*, 3, 90.

43. Schwartz & Scott, 2003.

44. Luciani, 2020.

- Bernstein, L. (1996). *Merchant law in a merchant court: Rethinking the code's search for immanent business norms*. *University of Pennsylvania Law Review*, 144(5), 1765-1821.
- Bernstein, L. (2001). *Private commercial law in the cotton industry: Creating cooperation through rules, norms, and institutions*. *Michigan law review*, 99(7), 1724-1790.
- Charny, D. (1991). *Hypothetical bargains: The normative structure of contract interpretation*. *Michigan Law Review*, 89(7), 1815-1879.
- Choi, S. J., Gulati, M., & Scott, R. E. (2017). *The Black Hole Problem in Commercial Boilerplate*. *Duke LJ*, 67, 1.
- Cunningham, L. A. (2017). *Contract Interpretation 2.0: Not Winner-Take-All but Best-Tool-for-the-Job*. *Geo. Wash. L. Rev.*, 85, 1625.
- Eisenberg, T., & Miller, G. P. (2008). *The Flight to New York: An Empirical Study of Choice of Law and Choice of Forum Clauses in Publicly-Held Companies' Contracts*. *Cardozo L. Rev.*, 30, 1475.
- Fernández Cruz, G. (2002). *Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil Peruano*. *Derecho & Sociedad*, (19), 146-164.
- Gilson, R. J., Sabel, C. F., & Scott, R. E. (2014). *Text and context: contract interpretation as contract design*. *Cornell L. Rev.*, 100, 23.
- Gometz, G. (2012). *La certeza jurídica como previsibilidad*, Madrid: Marcial Pons Jurídica y Sociales, S.A.
- Holmes, O. W. (1897). *The Path of the Law*, *Harv. Law Rev.*, 10, 457, 469.
- Irti, N. (2020). *Riconoscersi nella parola*, Bologna: Il Mulino.
- Lipshaw, J. M. (2016). *Lexical Opportunism and the Limits of Contract Theory*. *U. Cin. L. Rev.*, 84, 217.
- Luciani, M. (2020). *Clausole generali e certezza del diritto*. *Questione giustizia*.
- Manent, P. (2001). *Cours Familier de philosophie politique*. Parigi: Gallimard,
- Merkel, A. (1987). *Il duplice volto del diritto*. Milano: Giuffrè.
- Miller, G. P. (2009). *Bargains bicoastal: New light on contract theory*. *Cardozo L. Rev.*, 31, 1475.
- Miller, M. R. (2010). *Contract Law, Party Sophistication and the New Formalism*. *Mo. L. Rev.*, 75, 493.
- Mitchell, C. (2003). *Leading a Life of its Own? The Roles of Reasonable Expectation in Contract Law*. *Oxford Jour. of Legal Studies*, 639.
- Mitchell, C. (2020). *Interpretation of Contracts*. New York: Routledge.
- Neuberger, D. (2014). *The Impact of Pre and Post-Con-*

- tractual Conduct on. Contractual Interpretation, [https://na.eventscloud.com/file\\_uploads/d287ff445a9a9207cb6dd88b475bac2f\\_P3-LordNeuberger.pdf](https://na.eventscloud.com/file_uploads/d287ff445a9a9207cb6dd88b475bac2f_P3-LordNeuberger.pdf).
- O’Gorman, D. P. (2019). Learned Hand and the Objective Theory of Contract Interpretation. *UNHL Rev.*, 18, 63.
- Pardolesi, R. (2014), Un nuovo super potere-giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria, c.2039-2042.
- Posner, E. A. (1999). A theory of contract law under conditions of radical judicial error. *Nw. UL Rev.*, 94, 749.
- Ricoeur, P. (2016), *Dal testo all’azione*, Milano: Jaca Book.
- Schwartz, A., & Markovits, D. (2019). *Function and Form in Contract Law*.
- Schwartz, A., & Scott, R. E. (2003). Contract theory and the limits of contract law. *Yale LJ*, 113, 541.
- Sutton, J. & Wheelan E. (coord.) (2020). *The Essential Scalia*, New York: Penguin Random House LLC.
- Triantis, G. G. (2012). Improving contract quality: modularity, technology, and innovation in contract design. *Stan. JL Bus. & Fin.*, 18, 177.

**CORRIERE DI VERONA**

07-OTT-2021

da pag. 4

Dir. Resp.: Alessandro Russello

Tiratura: N.D. Diffusione: 3863 Lettori: 20000 (0006670)

**L'evento****La «Festa» Lambertini con Antonella Magaraggia**

## «Diritto per l'avvenire» torna Lex and the City

**VERONA** Guarda al futuro, al «Diritto per l'avvenire», la nuova edizione di Lex and The City - che, domani e sabato, darà l'occasione a professionisti, cittadini e studenti di ascoltare e confrontarsi con alcuni dei più importanti studiosi, docenti ed esperti. A discuterne alla «Festa del Diritto», tra gli altri, sono attesi Gherardo Colombo, Sabino Cassese, Paola Mastrocola e Antonella Magaraggia. «L'importanza dei relatori che ci aiuteranno a trovare risposte - spiega l'avvocato **Lamberto Lambertini**, presidente del Comitato promotore di Lex and The City - con l'attualità e la rilevanza degli interrogativi sono due punti di forza di questa nuova edizione della Festa».

© RIPRODUZIONE RISERVATA



## LEX AND THE CITY

Colombo e Cassese  
a confronto sui diritti

Guarda al futuro, al «Diritto per l'avvenire», la nuova edizione di Lex and The City che, oggi e domani, darà l'occasione a professionisti, cittadini e studenti di ascoltare e confrontarsi con alcuni dei più importanti studiosi, docenti ed esperti di diritto. La 2ª edizione della Festa del Diritto di Verona, infatti, propone una due giorni ricca di eventi, conferenze, tavole rotonde, incontri aperti al pubblico in cui discutere di lavoro, del futuro della scuola, di aziende e sostenibilità, ma anche di giustizia predittiva, di Costituzione e del ruolo della magistratura.

A discuterne, tra gli altri, sono attesi Gherardo Colombo, Sabino Cassese, Paola Mastrocola e Antonella Magaraggia. «I relatori di questa seconda Festa del Diritto», spiega l'avvocato **Lamberto Lambertini**, presidente del Comitato promotore di Lex and The City, «cercheranno una risposta a diversi e importanti interrogativi: come sarà la scuola? Come sarà il mondo del lavoro? Come sopravviverà un'impresa alla crisi economica e finanziaria? Dovremmo rivolgerci ai giudici

o ad un algoritmo che prenda le decisioni per loro?

L'importanza dei relatori che ci aiuteranno a trovare risposte, l'attualità e la rilevanza degli interrogativi sono due punti di forza di questa nuova edizione della Festa». Per partecipare agli appuntamenti, tutti aperti al pubblico, è sufficiente compilare l'apposito form di registrazione sul sito <https://www.lexandthecity.eu>. È comunque sempre possibile seguire ogni conferenza e appuntamento in streaming. Il taglio del nastro ufficiale di Lex and The City sarà oggi, alle 10, nell'aula magna del Dipartimento di Scienze Giuridiche, all'Università di Verona. Gli appuntamenti della Festa proseguiranno poi al palazzo della Gran Guardia. La prima giornata si concluderà nell'auditorium della Gran Guardia con il reading dedicato alle donne afgane «Restiamo a Kabul e lottiamo per i diritti e la libertà». Domani, sabato, gli eventi riprenderanno con il seminario di Sabino Cassese in sala Arazzi di Palazzo Barbieri, per poi proseguire all'università e in Gran Guardia.



Gherardo Colombo

GIOVANNI ALBERTI

## Libere professioni: quale futuro?

Le seguenti considerazioni traggono lo spunto da un avvenimento di pochi mesi or sono. Il Presidente della Repubblica, essendo caduto il precedente Governo, incarica della formazione di un nuovo Governo una personalità di rilievo internazionale che si riserva di accettare dopo aver sentito i partiti politici e le cosiddette parti sociali.

Fra queste ultime vengono sentiti i sindacati datoriali e dei lavoratori, le rappresentanze delle attività economiche e delle istituzioni sociali fra le quali il WWF. Manca clamorosamente fra i rappresentanti delle parti sociali sentite il rappresentante dei professionisti. Cosa significa? I professionisti sono un triste fardello che la nostra nazione deve supportare quale presenza priva di ragione e di efficacia economica e sociale?

La risposta è nei numeri. I liberi professionisti in Italia sono più di 1.400.000 pari al 6% del numero degli occupati. Il loro numero è in forte crescita. Dal 2009 al 2018 si è registrata una crescita di circa 280.000 unità equamente suddivisa in tutti gli ambiti professionali. A tali numeri, in termini di occupazione debbono aggiungersi i dipendenti degli studi professionali. Secondo il Rapporto 2019 sulle libere professioni di Confprofessioni la quota di prodotto interno lordo attribuibile all'attività libero professionale è di circa l'11% dell'intero prodotto interno lordo nazionale. L'emergenza derivante dalla pandemia ha notevolmente influito sul numero e sulla dimensione dei lavoratori autonomi ma non in misura tale da rendere la categoria meno importante per lo sviluppo economico e sociale del Paese. Ed allora purché questa categoria di lavoratori non è considerata, è quasi esclusa dalla compagine sociale nazionale, è vista quasi come una triste necessità?

Forse in una società formata in prevalenza da lavoratori subordinati non si accetta o si accetta con difficoltà chi imposta la propria vita lavorativa sull'autonomia e sulla prestazione intellettuale. I liberi professionisti sono infatti da ricomprendersi nella categoria dei lavoratori autonomi e cioè di quei soggetti che non dipendono da un datore di lavoro che attribuisce loro un

compenso prefissato per la loro prestazione ma la cui remunerazione viene stabilita in relazione al lavoro svolto nella libera contrattazione con il cliente.

I lavoratori autonomi che svolgono attività solo intellettuali sono definiti liberi professionisti. I liberi professionisti sono quindi lavoratori autonomi che svolgono attività intellettuali. Fin dall'antichità i professionisti hanno teso a creare delle forme di autoregolamentazione che avevano come scopo la difesa della conoscenza specifica delle loro attività, la difesa delle loro caratteristiche professionali, la regolamentazione del loro operato. Tali associazioni o corporazioni avevano quindi funzione di difesa delle professioni e scarsa rilevanza esterna, limitata alla dichiarazione di svolgimento di una attività e quindi del godimento dei diritti civili. Dante Alighieri era iscritto alla corporazione degli speziali. Nei tempi a noi più vicini la svolta è stata data dalla rivoluzione francese e dal susseguente periodo napoleonico. La prima ha stravolto una realtà cristallizzata, cambiando le condizioni di vita di popolazioni, le loro domande di cultura, il conseguente rafforzamento delle attività universitarie e creando il presupposto per la creazione di un prototipo di professionista dotato di una rilevante posizione nella società. Napoleone concretizza tutto ciò nella creazione in Francia dell'Ordine degli Avvocati; un primo tassello della costruzione di un sistema professionale ordinistico che si è perpetuato fino ai nostri giorni. Il concetto di ordine professionale, nella concezione di tale suo primo esempio, è quello di professionisti che sono sottoposti al controllo dello Stato, per i quali è stabilita una disciplina civilistica e che, nell'ambito di tale disciplina, sono autonomi della signoria altrui. Si è così venuta a creare una nuova ripartizione nella categoria dei liberi professionisti suddividendoli in liberi professionisti appartenenti ad un ordine professionale e liberi professionisti che per le attività svolte non sono obbligati all'iscrizione ad un ordine professionale.

In Italia il recepimento legislativo delle libere professioni tarda a realizzarsi. Né il codice civile del 1865 né



il codice di commercio del 1892 parlano di professioni libere intellettuali. Solo il codice civile del 1942 nel titolo III del libro V nel testo degli articoli da 2229 ad 2238 fa riferimento alle professioni ordinistiche.

Tali norme risentono ad evidenza del contesto sociale e politico in cui sono state scritte. Risalta la necessità di incanalare le libere professioni ordinistiche nell'ambito della società i cui contorni ispiratori erano allora rilevanti, accentra nello Stato il potere di vigilanza sugli ordini, regola i compensi e la loro determinazione, stabilisce, come sanzione per la mancata iscrizione negli albi e negli elenchi l'impossibilità di attivare azioni per il pagamento della retribuzione. La realtà delle libere professioni ordinistiche che oggi si presenta è ben lungi da quella che il legislatore del 1942 ha regolamentato. È cresciuto il numero degli ordini professionali, spesso sulla spinta di istanze corporative tendenti all'attribuzione di attività esclusive ma anche per l'evolversi delle realtà economiche e sociali che hanno creato la necessità di nuove o più specializzate attività intellettuali.

Ciò ha comportato l'allontanamento dalla struttura classica delle libere professioni ordinistiche per la quale il libero professionista era despecializzato nel

suo ambito operativo (il medico di famiglia, l'avvocato dell'impresa ecc.) per passare ad una struttura specializzata che comporta la convivenza in una unica struttura organizzativa di più soggetti ognuno dei quali è caratterizzato da marcate specializzazioni e, quindi, in grado di fornire una prestazione di alta qualità ed efficacia.

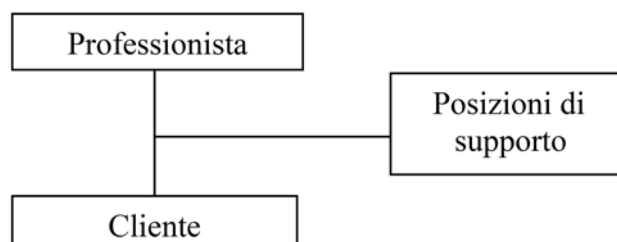
In tal modo si riesce a superare, a monte, l'asimmetria informativa che caratterizza il rapporto tra cliente e professionista.

Normalmente, infatti, il cliente non è in grado di valutare l'effettiva competenza del professionista prima che la prestazione venga erogata. L'inserimento del professionista in una struttura organizzativa, basata sulla specializzazione della conoscenza, permette al cliente di avere dalla stessa struttura in cui il professionista è inserito l'attestazione della professionalità specifica del prestatore di servizi. Ciò comporta il passaggio dalla struttura dello studio di tipo organizzativo considerata "semplice", in cui esiste un soggetto che presta l'opera con il supporto di suoi dipendenti, ad una struttura più complessa che si configura come una "burocrazia professionale" in cui i soggetti si correlano con i clienti in base alla loro capacità profes-

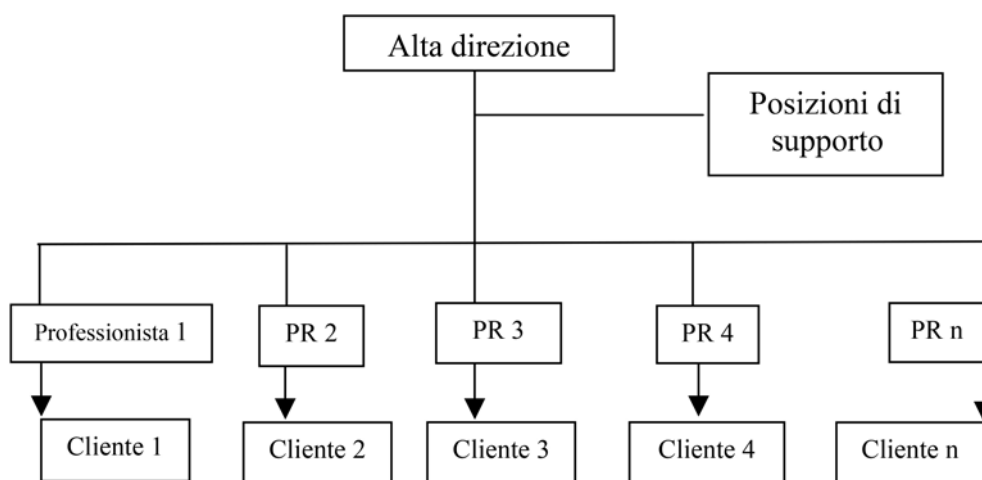
sionale e non è il cliente che di volta in volta deve rivolgersi a differenti professionisti in relazione alle problematiche di cui è investito ma è la struttura stessa che fornisce all'utente, assumendosene le responsa-

bilità, il professionista specializzato nella risoluzione dei suoi problemi.

Si passa quindi da una struttura rappresentata da una organizzazione del seguente tipo:



ad una struttura di burocrazia professionale che si può sinteticamente indicare nello schema seguente:



L'alta direzione è solitamente rappresentata da pochi professionisti che per le loro esperienze o capacità rappresentano lo Studio e ne organizzano il lavoro. I singoli professionisti sono organizzati in relazione della loro specializzazione e si correlano con il cliente in base alle problematiche dello stesso integrandosi fra di loro, ove sia richiesto dalle problematiche che si presentano, formando, ove necessario, dei gruppi di lavoro tesi alla risoluzione delle problematiche oggetto di analisi.

Tale passaggio organizzativo nell'ambito delle libere professioni produrrà certamente un superamento del modello "Professionista amico del cliente" e di converso "Cliente amico del professionista" ma il superamento è una conseguenza necessaria del nuovo modello organizzativo.

Il nuovo tipo di rapporto libero professionale porta sempre di più ad avvicinare l'attività professionale all'attività di impresa. Lo ha previsto anche il codice civile del 1942 ove all'art. 2238 si prevede l'applicazione delle norme relative all'impresa (art. 2082 c.c.) in caso in cui la professione sia organizzata in tale forma. E, in realtà, lo sviluppo delle tecnologie, la dimensione organizzativa sempre più ampia, l'impegno di capitali per dotarsi dei mezzi materiali per lo svolgimento delle attività professionali ha reso sempre più vicine le figure del piccolo imprenditore a quella del professionista. L'avvicinamento è prodotto anche dalla dimensione internazionale che hanno assunto tutte le attività economiche e quindi anche le attività professionali.

I mercati e le economie sono sempre più interconnessi perché il trasferimento di persone e di idee è più



agevole. L'abolizione della carta quale supporto della trasmissione del pensiero è una evoluzione pari alla scoperta della carta. La possibilità del volo umano è una rivoluzione pari all'invenzione della ruota.

L'internazionalizzazione delle professioni e lo sviluppo della tecnologia informatica hanno prodotto una smaterializzazione dell'attività professionale il cui lavoro sale sempre di più la scala della specializzazione e comporta sempre meno l'utilizzo delle materie. Libri, strumenti di misura, strumentazione medica, mezzi di scrittura sono destinati ad essere sostituiti dall'intelligenza artificiale che è prodotta dall'essere umano per sollevare l'essere umano dalle attività materiali di realizzazione delle proprie idee.

Quindi le professioni nel futuro saranno caratterizzate da maggiore intensità di capitale per dotarsi di mezzi informatici e tecnologici, correlativamente maggiore specializzazione e selettività di accesso.

Conseguentemente cadranno in gran parte i vincoli giuridici per lo svolgimento delle libere professioni in quanto opererà sempre più il mercato nella selezione dei professionisti e soprattutto delle organizzazioni professionali.

È una visione a medio termine che passerà dalla creazione di reti professionali che poi si trasformeranno

in micro strutture di burocrazia professionale e si collegheranno in modo fisiologico in medie e grandi strutture.

È una visione che sembra sottendere alla direttiva CE 2005/36, in cui le differenze fra imprese di servizi e professioni libere sono attenuate e spesso non percepibile. È una prospettiva che sembra voler incentivare la normativa italiana per quanto riguarda le società professionali.

Dopo l'introduzione delle società professionali per lo svolgimento dell'avvocatura con la legge n. 96 del 2001 si è resa generalizzata la possibilità di costituire società fra professionisti costituite da professionisti iscritti allo stesso ordine o società fra professionisti iscritti in ordini differenti, con la legge n. 183 del 2011. La forma sociale può essere scelta fra una delle forme previste dalla legge a condizione che l'oggetto sociale sia l'esercizio esclusivo di professioni ordinistiche. I soci debbono essere almeno per i due terzi professionisti iscritti agli albi, potendo esistere quindi per un terzo soci non iscritti ad albi professionali o puri finanziatori.

L'interpretazione prevalente è che il limite dei due terzi sia per capitale e per testa. Requisiti essenziali per la sua costituzione sono l'inserimento nella ragione



sociale della dizione “società tra professionisti”, che sia stipulata una polizza assicurativa per la responsabilità civile, che l’oggetto sociale sia costituito unicamente dallo svolgimento di professioni protette, che siano previste le modalità di esclusione del socio che sia cancellato dall’albo professionale, che la società sia iscritta sia al Registro delle Imprese sia all’albo professionale cui attiene la professione esclusiva o prevalente dei soci professionisti, che venga indicato al cliente il professionista che svolgerà la pratica.

I risvolti critici della attuale normativa, che ha fino ad ora impedito il realizzarsi su larga scala delle società tra professionisti nel nostro Paese, sono essenzialmente tre: la scarsa specificità delle strutture societarie previste con la realtà professionale, la partecipazione di soci non professionisti e la carenza di una regolamentazione fiscale specifica per tali forme societarie. Dal primo punto di vista il legislatore si è limitato ad apportare modifiche al modello di società vigente e creata per la gestione delle imprese. Le modifiche introdotte non si adatteranno, se non parzialmente, alle problematiche delle attività professionali. In particolare non sono state regolamentate le due fasi più critiche delle attività professionali svolte in forma societaria: l’ingresso dei nuovi professionisti e l’uscita dei

professionisti della società. Rifarsi al capitale sociale ha un senso nel caso dell’impresa basata sull’apporto di mezzi finanziari di rischio sotto forma di capitale sociale, ma non ha senso nel caso in cui il capitale apportato sia rappresentato da capacità professionali, rapporti con la clientela, conoscenze tecniche. Il capitale finanziario apportato nella fase dell’inserimento è insignificante rispetto alla capacità del professionista e la sua prospettiva di produrre redditi. La vita del professionista non è caratterizzata da stabilità nel tempo ma ha una fase di sviluppo, di maturità e di senescenza. In una società professionale si riuniscono posizioni personali che nel tempo sono destinate a variare ed a modificare i livelli di apporto dei singoli alla attività comune.

Tali fenomeni possono essere regolamentati statutariamente nel caso in cui la legge consente elasticità normativa in tal senso, ma la struttura della società commerciale costituisce pur sempre un vincolo soprattutto per l’integrazione delle norme.

La partecipazione dei non professionisti al capitale delle società professionali rappresenta un’altra criticità della normativa attuale. Convivono nella stessa organizzazione societaria soggetti, da una parte i professionisti e dall’altra i non professionisti, che hanno

doveri diversi, fini non coerenti fra di loro, caratteristiche contrastanti, responsabilità differenti.

Si è voluto far convivere il diavolo con l'acqua santa creando un mostro che in quanto tale non è accettato dalla comunità, è respinto dagli interessati, produrrà solo vantaggi ingiusti per chi vuole ottenere interessi incoerenti con la finalità a cui tendeva la legge istitutiva delle società professionali.

L'ostacolo maggiore, da ultimo, alla creazione di società tra professionisti nel nostro Paese è però rappresentato dall'aspetto del trattamento fiscale. I professionisti singoli o riuniti in associazioni professionali sono infatti tassati ai fini delle imposte dirette in base al principio di determinazione dei costi e dei ricavi per cassa.

Il loro reddito imponibile è quindi rappresentato dalla differenza dei ricavi per le prestazioni incassati in un anno con i costi pagati a dipendenti e fornitori nello stesso periodo. Questo schema è stato introdotto dalla riforma fiscale delle 1973 in funzione delle particolarità economiche della gestione professionale: indeterminatezza nella quantificazione dei compensi inerenti alle prestazioni effettuate, incertezze all'incasso dei crediti professionali, limitatezza dei costi e dei ricavi pluriennali e quindi limitata rilevanza del fenomeno della competenza nella determinazione del reddito d'esercizio. I professionisti nel nostro ordinamento giuridico pagano le imposte solo relativamente ai compensi incassati indipendentemente dal periodo di imposta in cui sono maturati.

Invece le imprese, tra cui le società commerciali, sono tassate per competenza e quindi il loro reddito imponibile è definito come differenza fra i ricavi maturati durante l'esercizio anche se non incassati ed i costi di competenza dell'esercizio anche se non pagati.

Per definizione producono reddito di impresa non solo gli imprenditori individuali ma anche le società commerciali regolate dal codice civile, con esclusione, quindi delle sole società semplici.

La scelta di svolgere attività professionali adottando la forma di società commerciale produce una modifica di regime di imposizione fiscale, non essendo previsto un differente regime per le società tra professionisti.

Si passa da un regime fiscale per cassa nel caso del professionista singolo o da associato ad un regime per competenza con modalità di tassazione differenti sia

in termini di determinazione della base imponibile sia in termini di aliquote applicabili. Inoltre nulla è disposto nella normativa delle società tra professionisti relativamente alla costituzione ed alla partecipazione dei soci professionisti alle casse professionali. Molte professioni sono dotate di cassa di previdenza ed assistenza aventi anche natura mutualistica che comportano da una parte l'obbligo di versamento di contributi calcolati in relazione ai redditi conseguiti e dall'altra parte il diritto di ricevere un trattamento pensionistico al raggiungimento dell'età in cui l'impegno lavorativo cessa o si affievolisce o in caso di accadimenti personali negativi che limitino o annullino la capacità di produrre reddito. La normativa delle società tra professionisti non tratta minimamente tale aspetto della vita professionale che è di rilievo non solo per il singolo professionista ma anche per le categorie cui lo stesso appartiene.

Da ultimo il problema delle responsabilità. La legge in materia si limita ad indicare l'obbligo di stipulare una polizza di responsabilità professionale. Tale obbligo può essere facilmente eluso mediante la stipula di polizza di importo limitato rispetto alle complessità e le dimensioni dell'attività professionale. Potremmo quindi avere società di capitali a responsabilità limitata formata da un unico socio professionista, – il numero minimo di soci è previsto solo per le cooperative – con una polizza fidejussoria con massimale visibile ristretto nelle clausole di limitazione di responsabilità, che svolge attività professionale in evidente spreco dei principi cui si ispira la norma di legge e le caratteristiche dell'attività professionale.

L'evoluzione della realtà in cui opera l'attività del libero professionista richiede l'aggregazione dei professionisti in organizzazioni plurisoggettive e spesso pluriprofessionali.

Lo strumento in essere attualmente nel nostro Paese, le società tra professionisti, non è in grado di agevolare tale tendenza e ostacola le aggregazioni.

La concezione di un modello di società tra professionisti più adeguata alla realtà attuale e futura delle libere professioni è un passaggio indispensabile per permettere ai professionisti di sviluppare le loro attività a vantaggio di loro stessi e della crescita dell'economia del Paese.

E sarebbe una riforma a costo zero per la collettività!

GIOVANNI AQUARO

## “We may end up in the Hudson!”

*“May-Day May-Day May-Day! This is Cactus fifteen forty nine hit birds, we’ve lost thrust on both engines we’re turning back towards La Guardia.*

*Cactus fifteen forty nine, if we can get it for you do you want to try to land runway one three?*

*we’re unable. we may end up in the Hudson!”<sup>1</sup>*

Per *wildlife strike* si intende generalmente l’impatto violento tra un aeromobile e uno o più animali selvatici, prevalentemente uccelli (*bird-strike*), con conseguenze più o meno rilevanti, a seconda delle dimensioni e del numero di animali impattati, della fase di volo e della parte dell’aeromobile che viene colpita.

Il primo incidente documentato tra un uccello e un aereo risale al 1905, e sin da subito le autorità aeronautiche di tutto il mondo si sono occupate di questo problema con crescente preoccupazione. Il *wildlife strike* è, infatti, in costante aumento in tutto il mondo. Ciò è dovuto principalmente all’aumento progressivo del traffico aereo, ma anche all’incremento numerico di molte popolazioni di animali selvatici nel corso de-

1. Quello trascritto è uno stralcio dell’ormai famosa comunicazione terra-bordo intercorsa nel primo pomeriggio del 15 gennaio 2009 tra il volo US Airways 1549 – codice di chiamata radio *Cactus 549* – e il Controllo del traffico aereo di New York subito dopo che l’aereo, appena decollato dall’aeroporto internazionale di La Guardia, aveva impattato, perdendo di fatto entrambi i motori alla quota di soli 700 ft., uno stormo di oche canadesi. L’Airbus 320 – pilotato dal comandante Chesley Sullenberger, aviatore di grande esperienza, già pilota della United States Air Force fino al 1980 e appassionato pilota di alianti, e dal primo ufficiale Jeffrey Skiles – come noto, effettuò un ammaraggio di emergenza nel fiume Hudson, cinque minuti e otto secondi dopo il decollo. L’incidente fortunatamente non provocò vittime. Tutti i 150 passeggeri e i cinque membri dell’equipaggio riuscirono ad uscire dall’aereo sistemandosi sull’ala e sugli scivoli galleggianti e furono tratti in salvo nel giro di 24 minuti. La vicenda di *Cactus 1549* viene narrata nel film del 2016 “*Sully*”, diretto da Clint Eastwood, con Tom Hanks nei panni del comandante Chesley “*Sully*” Sullenberger.

gli ultimi decenni. Solo in Italia il numero di *wildlife strike* è passato da 348 episodi nel 2002 a 2.095 nel 2019 e dal 1980 a oggi la popolazione nidificante di gabbiano reale è più che raddoppiata, superando le 60.000 coppie.

Oltre 282 persone sono rimaste uccise nel mondo a causa di *wildlife strike* e almeno 263 aerei sono andati distrutti a partire dal 1988 a oggi. La sola aviazione civile degli Stati Uniti spende quasi un miliardo di dollari l’anno per il *wildlife strike*, mentre in Italia si stima un costo di 8,2 milioni di euro all’anno, tra riparazioni e ritardi nei voli<sup>2</sup>.

La maggior parte degli impatti tra aeromobili e fauna selvatica si verifica negli aeroporti e nelle loro immediate vicinanze, dove la quota di volo è relativamente bassa; gli uccelli infatti volano generalmente al di sotto dei 500 ft di quota quando non sono in migrazione attiva. Il 70% degli eventi di *wildlife strike* avviene al

2. Il rischio di collisione è legato al tipo e all’intensità dell’attività della fauna selvatica sia all’interno che nelle aree limitrofe dell’aeroporto. Gli animali attratti da specifiche opere e/o attività che si svolgono intorno all’aeroporto possono infatti spostarsi dentro l’aeroporto o attraversare i corridoi di movimento degli aeromobili incrementando il rischio di impatto. A questo, si aggiunga che la presenza di discariche, aree umide e zone dove c’è alta disponibilità di acqua, cibo e siti idonei dove ripararsi, riprodursi, aggregarsi e riposare, dentro e intorno a un aeroporto, costituiscono un’attrattiva formidabile per gli animali selvatici, soprattutto gli uccelli.

Un’adeguata gestione ecologica anti-fauna del sedime aeroportuale e del territorio circostante è senza dubbio il più efficace sistema di mitigazione del rischio di *wildlife strike*, insieme all’utilizzo di specifici apparati di deterrenza attiva tesi all’allontanamento degli animali. Per questo negli aeroporti sono in vigore specifici piani di controllo e mitigazione del rischio operati da personale specializzato (*Bird Control Units*), e per lo stesso motivo l’Organizzazione mondiale dell’aviazione civile (ICAO) e le altre organizzazioni e autorità che si occupano di navigazione aerea hanno identificato una distanza di sicurezza dagli aeroporti entro la quale limitare alcune attività/opere in grado di attrarre fauna selvatica (13 km).

di sotto dei 200 ft di quota, l'85% al di sotto degli 800 ft e oltre il 90% sotto i 2.000 ft.<sup>3</sup>

\*\*\*

Nonostante la rilevanza, sia quantitativa che "qualitativa" del fenomeno, la giurisprudenza italiana in materia di *bird-strike* è tuttavia assai scarna e disorganica. Come notato in un recente articolo<sup>4</sup>, le pronunce in materia si contano infatti sulle dita di una mano<sup>5</sup> e provengono, per la maggior parte, dalle corti di merito di Genova<sup>6</sup>, il cui aeroporto, per la vicinanza al mare e alla discarica cittadina, è frequentemente attraversato da stormi di gabbiani<sup>7</sup>.

Tuttavia, pur a fronte di un così ridotto numero di decisioni, la giurisprudenza non ha mancato di prodursi in esercizi creativi, esplorando tutte (o quasi) le possibili ricostruzioni giuridiche della fattispecie, e giungendo talvolta ad esiti discordanti<sup>8</sup>.

Le incertezze della giurisprudenza sono tuttavia comprensibili, se solo si considerano, da un lato, le complessità ricostruttive – sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo – generate da un episodio di *bird-strike* (beninteso, che avvenga in un aeroporto o nelle sue im-



mediate vicinanze)<sup>9</sup> e, dall'altro, la molteplicità – dal punto di vista soggettivo – degli attori potenzialmente coinvolti. Tra questi, *in primis*, figura sicuramente il gestore dell'aeroporto, al quale la normativa attribuisce – come si avrà modo di dire – un ruolo centrale nella sicurezza aeroportuale<sup>10</sup>, con particolare riguardo alla prevenzione del *bird strike*. Vi è poi ENAV, la cui responsabilità, in giurisprudenza, è spesso affiancata a quella del gestore<sup>11</sup>. Residuano, infine, le posizioni degli enti, come l'ENAC<sup>12</sup> (o il Ministero dei Trasporti, prima della costituzione di tale ultimo ente), titolari di funzioni di controllo.

Dal punto di vista oggettivo, poi, le difficoltà ricostruttive riguardano, da un lato, la qualificazione della na-

3. Dati tratti dalla Relazione Annuale 2020 del *Bird-strike Committee* di ENAC.

4. Il riferimento è al bel saggio di S. SCANDOLA, *Il c.d. "bird strike" fra colpa e responsabilità oggettiva*, in *Responsabilità e Danno*, 2021.

5. Oltre a quelle riportate nella nota successiva, si segnala, con riferimento al più generale fenomeno del *wildlife strike*, la recente Trib. Milano, sent. 7 ottobre 2016, n. 11023, in *Dir. trasp.*, 2018, 199 ss., con nota di COTTONE. In materia di *bird strike*, ma per un profilo diverso, relativo cioè ai rapporti tra esercente e passeggeri, v. CGUE, sent. 4 maggio 2017, n. 315/15, in *Dir. maritt.*, 2018, 112, con nota di BUSSANI, nonché in *Dir. trasp.*, 2017, 973, con nota di CORONA.

6. Si segnalano, in ordine cronologico, Trib. Genova, sent. 5 ottobre 2001, in *Danno e resp.*, 2002, 160 ss., con nota di DELLACASA, e in *Dir. maritt.* 2003, 199 ss., con nota di GOLDA; App. Genova, sent. 2 febbraio 2006, in *Nuova giur. ligure*, 2006, 116, con nota di CARASSALE; Trib. Genova, sent. 19 febbraio 2007, n. 551, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 6, 1386, con nota di VERNIZZI, nonché in *Danno e resp.*, 2007, 1156 ss., con nota di DELLACASA, nonché in *Dir. trasp.*, 2008, 821 ss., con nota di PITTALIS; App. Genova, sent. 4 agosto 2015, in *Dir. maritt.*, 2017, 4, 1060, con nota di ORRÙ.

7. ENAC, *Wildlife Strike - Relazione annuale*, 2017, 6, che individua come zone particolarmente a rischio per le specie migratorie, oltre alle coste liguri, anche lo stretto di Messina, diversi passi alpini e le piccole isole.

8. Così, ancora, S. SCANDOLA, *cit.*

9. Cfr. anche R. A. DOLBEER, *Height Distribution of Birds Recorded by Collisions with Civil Aircraft*, in *USDA National Wildlife Research Center – Staff Publications*, febbraio 2006, 1345 ss. reperibile all'indirizzo: [https://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1496&context=icwdm\\_usdan\\_rc](https://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1496&context=icwdm_usdan_rc).

10. Cfr. S. VERNIZZI, *Brevi riflessioni sui profili di responsabilità connessi al bird strike all'esito della sentenza di appello del "caso Antonov"*, in *Riv. dir. nav.*, 2016, 2, 629; M. BRIGNARDELLO, *Collisioni tra mezzi aerei senza equipaggio e aeromobili tradizionali: misure di prevenzione e responsabilità in caso di drone strike*, in *Riv. dir. nav.*, 2, 2018, 455; E. PETENZI, *Le gestioni aeroportuali nel processo di riforma del codice della navigazione: prime note di commento*, in *Dir. trasp.*, 2007, 409 e 417; F. PELLEGRINO, *Le competenze del gestore aeroportuale nel quadro della safety e della security dell'aviazione civile*, in S. BUSTI, E. SIGNORINI, G. R. SIMONCINI (a cura di), *L'impresa aeroportuale a dieci anni dalla riforma del codice della navigazione: stato dell'arte*, Torino, 2016, 63.

11. Così, ad es., in Trib. Genova, 5 ottobre 2001, cit.

12. L'organo, infatti, oltre alle funzioni regolamentari, di vigilanza e controllo, è altresì competente ad individuare, tra le zone circostanti un aeroporto, quelle zone che devono essere sottoposte a limitazioni, i quanto idonee a costituire un ostacolo o un pericolo per la navigazione aerea (art. 707 cod. nav.). Sul tema, v. M. PIRAS, *Istituzione dell'infrastruttura aeroportuale. Vincoli alla limitrofa proprietà privata*, in S. BUSTI, E. SIGNORINI, G. R. SIMONCINI (a cura di), *L'impresa aeroportuale a dieci anni dalla riforma del codice della navigazione*, cit., 36 ss.

tura della responsabilità – se essa sia, cioè, contrattuale o extracontrattuale – e, dall'altro, nel caso di responsabilità aquiliana, l'individuazione del criterio di imputazione, ossia se siano applicabili le norme espressive di un criterio di imputazione riconducibile alla colpa o alla responsabilità oggettiva<sup>13</sup>.

\*\*\*

**L'individuazione degli obblighi di condotta e dei relativi profili di responsabilità gravanti in capo al gestore aeroportuale e a ENAV in rapporto al quadro normativo, nazionale e sovranazionale, di settore.**

A fronte di una fattispecie di incidente aereo provocato dall'impatto con volatili, che – come accennato – muove dunque da presupposti tecnico/operativi, piuttosto che giuridici, al fine di individuare i profili di responsabilità – contrattuale e, come pure inizialmente detto, extracontrattuale (da attività pericolosa, ex art. 2050 c.c. o, in generale, *aquiliana*) – appare necessario innanzi tutto chiarire in rapporto al quadro normativo, nazionale e sovranazionale applicabile, il ruolo ricoperto nell'ambito di uno scalo aereo da ciascuno dei soggetti che sul medesimo operavano al momento, appunto, in cui si verifichi un *bird-strike*.

\*\*\*

Con particolare riferimento ai compiti del gestore aeroportuale – soggetto operante sotto il controllo e la vigilanza dell'ENAC e in stretto coordinamento con ENAV – va detto che gli stessi appaiono innanzi tutto disciplinati – oltre che dall'art. 711 cod. nav. e art. 705 cod. nav. – dalla normativa nazionale di settore – e vale a dire: dalla Legge n.157/1992 e n. 221 del 3 ottobre 2002, dal D. Lgs. n. 151 del 15 marzo 2006 e n. 213 del 2 maggio 2006 – che prevede – per quanto d'interesse – una serie coordinata di attività, finalizzate alla prevenzione del rischio di impatto di aeromobili con volatili, sugli aeroporti di competenza, o per limitarne in modo incisivo la gravità.

Nel quadro ora tracciato, particolare rilievo assume la Circolare ENAC APT-01B del 23 dicembre 2011, che rappresenta l'evoluzione della Circolare ENAC APT-01A, 30 maggio 2007, la quale, sotto la rubrica “*Obblighi del gestore aeroportuale*”, richiama il Regolamento per la Costruzione e l'Esercizio degli Aeroporti (Ed. 2 del 21 ottobre 2003), con il quale vengono in-

trodotti nel quadro regolamentare nazionale i contenuti tecnici degli Annessi ICAO (i.e. l'Organizzazione per l'Aviazione Civile Internazionale, istituita dalla Convenzione di Chicago nel 1944) ed in particolare quelli dell'Annesso 14 che – rimandando alle raccomandazioni contenute in alcuni documenti in esso allegati<sup>14</sup> – definisce le caratteristiche tecniche per le infrastrutture, gli impianti e le operazioni aeroportuali. Il capitolo 5 del Regolamento ora citato prevede, in particolare, la predisposizione, sempre a cura della società di gestione aeroportuale, di uno specifico Piano di prevenzione e controllo, il quale deve essere trasmesso all'ENAC – Direzione Politiche di Sicurezza e Ambientali – *Bird Strike Committee Italy* (BSCI) – per la valutazione, ed approvato, nel contesto del processo della certificazione di aeroporto, dalle competenti strutture dell'ENAC.

Elemento fondamentale di ogni Piano è, infine, la costituzione di un efficace servizio di controllo e allontanamento volatili: la c.d. *Bird Control Unit* (BCU), i cui compiti sono sia di carattere preventivo sulle possibili cause d'impatto tra aeromobili e fauna selvatica, sia d'intervento diretto su quest'ultima, con strumenti di dissuasione e, se necessario, eliminazione, sia a carattere informativo, attraverso l'emanazione di *warning* al personale di Torre e, dunque – il riferimento è all'utilizzo dello strumento del NOTAM<sup>15</sup> e ai messaggi ATIS (*Automatic Terminal Information Service*)<sup>16</sup> – al personale di volo.

14. Tra questi l'*Airport Services Manual* (Doc. 9137 - AN/898) - Part 3: *Bird Control and Reduction*, sul controllo del rischio di *bird strike*, l'*Airport Planning Manual* (Doc. 9184 - AN/902) - Part 1: *Master Planning*, relativo all'individuazione di un sito tenendo conto dei rischi da *bird strike*, nonché l'*Airport Planning Manual* (Doc. 9184 - AN/902) - Part 2: *Land Use and Environmental Control*, in cui rientrerà la considerazione di carattere ecologico.

15. NOTAM è l'acronimo della dicitura inglese “NOTice To AirMen” ed è il termine con cui si indicano gli avvisi utilizzati dai piloti di aeromobili per essere aggiornati sulle ultime informazioni disponibili di un determinato aeroporto – ivi compresa, ad esempio, la presenza di possibili ostacoli in prossimità della pista –, affinché possa considerarsi effettuato in condizioni di sicurezza e speditezza. Tali informazioni, per l'Italia, vengono accentrate e gestite dall'ENAV (*Ente Nazionale di Assistenza al Volo*).

16. L'ATIS è una trasmissione continua di informazioni aeronautiche registrate che viene messa in onda nelle aree terminali più trafficate, come aeroporti e loro immediate vicinanze. È l'acronimo di *Automatic Terminal Information Service*, ossia “Servizio automatico di informazioni terminali”. Le trasmissioni ATIS contengono informazioni essenziali sulle condizioni attuali e sulla sicurezza, come le informazioni meteo

13. Ricostruisce così anche M. BRIGNARDELLO, *cit.*, 457 ss.

\*\*\*

Non meno determinanti sono poi i compiti che gravano su ENAV la quale, per effetto del Regolamento denominato “*Regole dell’aria*” (Edizione del maggio 2007 di ENAC) ha il compito di fornire e gestire il Servizio di Traffico Aereo al fine di:

a) *prevenire collisioni*:

1) *tra aeromobili*; e 2) *tra aeromobili ed ostacoli*;

intendendosi per “*ostacoli*” anche l’eventuale fauna selvatica presente all’interno del sedime aeroportuale, come peraltro dimostra il fatto che nel DOC 9137 (Parte terza, pubblicato da ICAO nel 2012) denominato “*Wildlife Control and Reduction*”<sup>17</sup> viene specificata la necessità che i controllori del traffico aereo siano formati e addestrati su questo specifico argomento, in modo tale che possano “*fornire specifiche e tempestive informazioni ai piloti e agli addetti al controllo della fauna al fine di evitare i rischi*” identificati (*controllers should be trained such that they are able to give specific and timely information to pilots and wildlife control crews [BCU, Ndr] to avoid identified hazards*).

\*\*\*

**L’(ormai pacifica) esistenza di un rapporto contrattuale tra vettore e società di gestione aeroportuale e Ente Nazionale di Assistenza al Volo. In particolare, il disposto dell’art. 39-bis del D.L. 1 ottobre 2007, n. 159, convertito con modificazioni dalla L. 29 novembre 2007, n. 222, in materia di qualificazione dei c.d. diritti aeroportuali.**

Così inquadrata la questione e stabiliti gli obblighi di

METAR, le piste attive, gli approcci disponibili e tutte le altre informazioni di sicurezza richieste dai piloti, ivi compresa la presenza di possibili ostacoli – i.e. nel caso che ci occupi: fauna selvatica – in prossimità della pista.

17. Nel 2020 l’ICAO ha pubblicato la quinta edizione del DOC 9137, dove ha ribadito l’esigenza di una formazione specifica dei controllori di volo in materia di *wildlife* e ribadito altresì come gli ATC siano cardini del sistema prevenzione potendo e dovendo i Controllori osservare direttamente la presenza di eventuale fauna e riferirla agli equipaggi in volo. Allo stato degli atti non è più dunque sostenibile l’asserita mancanza di un ruolo dell’ATC, o l’assunzione di quello più modesto di “ripetitore” di segnalazioni altrui. Né la funzione del NOTAM e dell’ATIS può intendersi sostitutiva dell’osservazione diretta. L’ATC riveste infatti un ruolo importante e per certi versi determinante, nella prevenzione.

condotta gravanti sulla Società di gestione e ENAV, va innanzi tutto ribadito come i casi di *bird-strike* siano pacificamente riconducibili sia nell’alveo dello schema della responsabilità contrattuale che in quello della responsabilità extracontrattuale.

In particolare, la questione dell’effettiva sussistenza, o non, di un rapporto contrattuale – e, di conseguenza, di un rapporto obbligatorio – tra gestori e compagnia aerea si impenna, nello specifico, sulla natura – di *tributi*, ovvero di *corrispettivi* – (i) della tassa erariale per l’imbarco e lo sbarco di merci, (ii) su quella dei diritti per l’approdo, la partenza, la sosta ed il ricovero degli aeromobili, nonché (iii) su quella dei diritti per le misure di sicurezza<sup>18</sup>, ossia i proventi dei gestori generalmente indicati come “*diritti aeroportuali*”<sup>19</sup>.

Ebbene. Secondo una prima, e invero risalente, opinione, i diritti aeroportuali avevano natura di tributi. Questo orientamento, tuttavia, è stato prevalente in giurisprudenza solo sino al 2007<sup>20</sup>.

Con D.L. 1 ottobre 2007, n. 159, convertito con modificazioni dalla L. 29 novembre 2007, n. 222, infatti, il legislatore ha previsto, all’art. 39-bis, che “*le disposizioni in materia di tasse d’imbarco [...] e sbarco sulle merci di cui al D.L. n. 47/1974 e di tasse e diritti di cui alla L. n. 324/1976 [...] si interpretano nel senso che dalle stesse non sorgono obbligazioni di natura tributaria*”. Pur con qualche isolata voce contraria in dottrina<sup>21</sup>, la giurisprudenza di legittimità che ne è seguita ha quindi qualificato espressamente il citato art. 39-bis come norma di interpretazione autentica<sup>22</sup>, idonea, dunque, a

18. S. PEDRABISSI, *Il trasporto aereo nazionale*, in *Giornale dir. amm.*, 2019, 3, 324.

19. V. GUIDO, *La natura giuridica dei diritti aeroportuali tra orientamento giurisprudenziale e legislazione sopravvenuta*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, 6, 536, nonché della stessa autrice, *La natura giuridica dei diritti aeroportuali tra giurisprudenza e legislazione*, in *Dir. turismo*, 2008, 3, 246.

20. Cass. civ., sez. un., ord. 17 ottobre 2006, n. n. 22245, in *Foro it.*, 2007, I, 1197; Cass. civ., sez. un., ord. 20 maggio 2003, n. 7944, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Giurisprudenza civile*, n. 159, con nota di EVANGELISTA, nonché in *Dir. maritt.*, 2005, 1285 con nota di GOLDA.

21. V. GUIDO, *La natura giuridica dei diritti aeroportuali tra orientamento giurisprudenziale e legislazione sopravvenuta*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, 6, 540 ss., che ritiene che, al di là del *nomen iuris*, la prestazione dei diritti aeroportuali abbia sostanzialmente carattere tributario. Perciò, dubita che spetti al legislatore qualificare, con norma interpretativa autentica, se un prelievo abbia o meno natura tributaria, e ritiene che desti “*qualche preoccupazione la conseguenza di insindacabilità costituzionale che la sottrazione dei diritti aeroportuali allo schema di cui all’art. 53 Cost. certamente comporta*”.

22. Cass. civ., sez. un., 7 marzo 2014, n. 5362, in *federalismi.it*;



vincolare l'interprete sulla qualificazione della natura *non tributaria* dei diritti aeroportuali. A conferma poi di questo orientamento, con sentenza n. 51/2008, la Corte costituzionale ha chiarito che i diritti aeroportuali rappresentano i *corrispettivi* che i gestori ricevono dai vettori aerei per i servizi erogati<sup>23</sup>, con la conseguenza che la responsabilità dei gestori, in caso di sinistro, risulta oggi pacificamente di natura contrattuale.

E a ulteriore conferma della conclusione poc'anzi raggiunta, si aggiunga poi che l'esistenza di un contratto tra il gestore e il vettore discende anche dalla necessità in capo al gestore aeroportuale di dotarsi di una carta di servizi, di un manuale di aeroporto e di un regolamento di scalo. Come disposto dall'art. 669 cod.

Cass. civ., sez. un., 8 febbraio 2013, n. 3044, in *Foro it.*, 2013, 4, 1, 1150.

23. Cfr. anche M. COTTONE, *Considerazioni in tema di responsabilità del gestore aeroportuale nei casi di wildlife strike*, cit., 208.

Né, a smentire la conclusione ora raggiunta, pare sufficiente l'orientamento da ultimo (isolatamente) assunto dal Tribunale di Parma, nella recente sentenza del 7 febbraio 2020 in materia di *bird strike* (e sul punto, si veda, ancora, S. SCANDOLA, *op. cit.*) Sul punto, va infatti detto che il Giudice di Parma si limita a aderire a un orientamento giurisprudenziale che, prima dell'entrata in vigore del decreto-legge che ha introdotto il citato art. 39-bis, qualificava i diritti aeroportuali come tributi. Nulla viene detto, invece, circa l'evoluzione normativa che ha qualificato i diritti aeroportuali come corrispettivi di diritto privato o pubblico. Ed infatti, se il giudice parmense avesse considerato la norma di interpretazione autentica contenuta nel citato art. 39-bis, avrebbe dovuto necessariamente qualificare i diritti aeroportuali come corrispettivi, riconoscendo quindi che la natura della responsabilità del gestore aeroportuale è (anche) contrattuale. Così tuttavia non è stato, e l'errore a monte si è riverberato a valle, inducendo il (solo) giudicante parmense a ritenere che la responsabilità del gestore possa essere esclusivamente di natura extracontrattuale, e non anche contrattuale.

nav., l'approdo, la sosta e la partenza degli aeromobili negli aeroporti aperti al traffico civile è subordinato al rispetto delle condizioni per l'uso degli aeroporti e, in particolare, delle disposizioni previste dal regolamento di scalo. Con la conseguenza che, come è stato osservato in dottrina, il regolamento di scalo, la carta dei servizi e il manuale di aeroporto – essendo qualificabili come una vera e propria offerta al pubblico ex art. 1336 c.c., contenendo essi le condizioni essenziali dei servizi offerti – fanno in ogni caso concludere per l'esistenza di un rapporto di natura contrattuale.

Non pare, dunque, anche per tali ragioni, che si possa negare la sussistenza di un rapporto contrattuale tra i gestori e il vettore, con la conseguente responsabilità (anche) contrattuale dei primi nei confronti del secondo in caso di *bird strike*.

\*\*\*

Se, allora – per quanto detto nei paragrafi che precedono – non pare possibile revocare in alcun modo in dubbio il fatto che la violazione delle regole di condotta poc'anzi descritte costituisca inadempimento del fascio di prestazioni a cui i gestori sono tenuti, va semmai aggiunto come le stesse rilevino sia sotto il profilo della colpa specifica che sotto quello della colpa generica.

Ed infatti, se nella prima prospettiva la presenza in pista di volatili di grandi dimensioni, almeno in linea di principio, può far propendere per una sostanziale mancanza (o insufficienza) nella attività di prevenzione, sorveglianza e, soprattutto, allontanamento della fauna selvatica cui i gestori – ognuno per quanto di propria competenza – sono tenuti come conseguenza della normativa di settore, nazionale e sovranazionale, oltre che degli obblighi di avviso e di informazione, sotto il differente profilo della colpa generica, possono in ogni caso venire in rilievo, ai fini di una eventuale responsabilità, anche (solo) generali carenze organizzative e negligenze quali, a titolo di esempio, l'assenza di informative all'equipaggio di condotta del velivolo poi coinvolto nel *bird-strike* che, diversamente, avrebbe atteso la messa in sicurezza della pista, come peraltro previsto dalle procedure *standard* normalmente applicabili e adottate in tali situazioni.

\*\*\*

**4.1. – (segue) Il profilo del danno risarcibile come conseguenza del *bird-strike*. In particolare, la pacifica risarcibilità del danno emergente e del lucro cessante,**

così come quella dei danni c.d. indiretti, come conseguenza di un *bird-strike*.

Nella prospettiva ora delineata – e vale a dire: quella di una responsabilità di natura contrattuale in capo a Società di Gestione e a ENAV – va innanzi tutto ricordato come, in materia, la norma di riferimento sia l'art. 1223 c.c. il quale – come noto – dispone che “il risarcimento [...] deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta”.

Se, dunque, la norma citata dispone la risarcibilità tanto del danno emergente, ossia della perdita subita, quanto del lucro cessante, ossia del mancato guadagno, non v'è chi non veda come, in ossequio al principio della causalità giuridica, il vettore che subisca un *bird-strike* potrà reclamare il risarcimento come conseguenza della diminuzione patrimoniale subita – tanto nelle forme del danno emergente che in quelle del lucro cessante – che, in assenza dell'evento di *bird-strike*, indubbiamente non avrebbe subito.

In particolare – e solo per citare le ipotesi più frequenti -, i costi di riparazione del velivolo, quelli relativi al noleggio temporaneo di un altro aeromobile, nonché i pagamenti effettuati nei confronti dei passeggeri e dello staff, che peraltro possono essere tutti ricondotti allo schema del danno emergente, non si sarebbero infatti verificati in assenza del *bird-strike* e dovranno dunque essere integralmente risarciti. E parimenti dicasi – sempre per volgere lo sguardo ad una delle ipotesi più ricorrenti – per le contrazioni di profitti, che non si sarebbero verificate in assenza del *bird-strike*, e che quindi ugualmente andranno risarcite. E non solo. Passando ad analizzare il significato di “conseguenza immediata e diretta”, va poi aggiunto che la norma in parola permette di escludere dalla risarcibilità (solo) quelle conseguenze dannose che il debitore dovesse per ipotesi dimostrare che si sarebbero verificate comunque, indipendentemente dal verificarsi, o non, dell'evento lesivo allegato (c.d. teoria della *condicio sine qua non*)<sup>24</sup>.

E se così è – come non v'è dubbio che sia – secondo il criterio della c.d. regolarità causale dovranno di norma ritenersi senz'altro risarcibili tutti quei danni che sono stati conseguenza normale del fatto lesivo, in base ad un giudizio di probabile verifica rapportato all'apprezzamento dell'uomo di ordinaria diligenza<sup>25</sup>, e vale a dire: non solo i danni diretti, ma

anche quei danni che siano mediati e indiretti dell'inadempimento, ma che si pongono comunque come conseguenza normale dell'inadempimento stesso<sup>26</sup>. Se, quindi, tra i primi rientreranno senz'altro quelli relativi alla struttura del velivolo e al motore, tra i secondi andranno annoverati tutti quelli connessi alla necessità di adempiere alle obbligazioni assunte dal vettore aereo nei confronti dei propri passeggeri e personale di condotta, e vale a dire: la necessità di noleggiare un nuovo velivolo, di provvedere all'alloggio del personale di bordo e, appunto, dei passeggeri, a corrispondere a questi ultimi la compensazione prevista dalla normativa europea per la cancellazione del volo.

\*\*\*

##### 5. La responsabilità (anche) extracontrattuale della Società di gestione aeroportuale e di ENAV come conseguenza del *bird-strike*. In particolare, l'ammissibilità del cumulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale.

Come inizialmente ricordato, i casi di *bird-strike* possono rientrare, in via cumulativa, oltre che nello schema della responsabilità contrattuale (per quanto di rispettiva competenza, dei gestori aeroportuali), anche in quello della responsabilità extracontrattuale (sia del gestore aeroportuale che, in ogni caso, di ENAV). Ciò, è possibile in quanto – come noto – nel nostro ordinamento è generalmente ammesso il cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, quando l'evento lesivo sia configurabile sia come inadempimento sia come lesione di un interesse giuridicamente tutelato<sup>27</sup>. E poiché il *bird-strike* costituisce

26. *Ibid.*

27. Per tutti, v. Cass. civ., 14 maggio 1979, n. 2773, in *Resp. civ. prev.*, 1980, 403 ss. che osserva che “Secondo un indirizzo costantemente seguito nella giurisprudenza di questa Suprema Corte, nel vigente ordinamento giuridico è ammissibile il concorso di responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale allorché un unico comportamento risalente al medesimo autore, quindi, un evento dannoso unico nella sua genesi soggettiva, appaia di per sé lesivo non solo dei diritti specifici derivanti al contraente dalle clausole contrattuali, ma anche dei diritti assoluti che alla persona offesa spettano, di non subire pregiudizio all'onore, alla propria incolumità personale ed alla proprietà di cui è titolare”. Cfr. poi in dottrina C. ROSSELLO, *Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, II, 317 ss.; R. SACCO, *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in G. VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1984, 155 ss.; P. G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrat-*

24. Cfr. Cass. civ. 7 ottobre 1987, n. 7467.

25. Cass. civ., 6 marzo 1997, n. 2009.



– come detto e come pure meglio si tornerà a dire – sia inadempimento contrattuale che illecito extracontrattuale, deve senz'altro ritenersi ammissibile anche il cumulo delle responsabilità<sup>28</sup>.

\*\*\*

### 5.1. – (segue). La responsabilità ex art. 2050 c.c. gravante in capo alla Società di Gestione e a ENAV come conseguenza di un *bird-strike*. I casi di possibile esclusione del caso fortuito.

Tra le ipotesi di responsabilità extracontrattuale, nei casi di *bird-strike*, si pone – come detto – l'alternativa tra la norma generale di cui all'art. 2043 c.c. e la responsabilità per l'esercizio di attività pericolose di cui all'art. 2050 c.c.

La scelta dell'uno o dell'altro regime di responsabilità ha – come noto – importanti conseguenze applicative dal momento che l'art. 2050 c.c., rappresentando un'ipotesi di responsabilità oggettiva, *inter alia*, esonererà – *rectius*: esonererebbe, per quanto in precedenza detto – il vettore dalla necessità di provare il profilo della colpa del gestore.

Seppure nella giurisprudenza formatasi in materia di *bird-strike* non sembri ancora ravvisarsi un orientamento nettamente prevalente – ed infatti: propende per la natura pericolosa dell'attività di gestione dell'aeroporto la giurisprudenza di merito e la dottri-

*tuale e extracontrattuale (Analisi comparata di un problema)*, Padova, 1989.

28. Con specifico riguardo al *bird strike* v. Trib. Genova, sent. 19 febbraio 2007, *cit.*; in dottrina cfr. M. COTTONE, *Considerazioni in tema di responsabilità del gestore aeroportuale nei casi di wildlife strike*, *cit.*, 211; C. GOLDA, *Il bird-strike, il controllo del traffico aereo e i doveri dei gestori aeroportuali: nuovi pregevoli approfondimenti giurisprudenziali*, in *Dir.maritt.*, 2008, 1086.

na minoritaria<sup>29</sup>, mentre la dottrina maggioritaria<sup>30</sup> e la (pur isolata) giurisprudenza più recente<sup>31</sup> negano

29. In questo senso hanno concluso le sentenze genovesi, tranne App. Genova, 2 febbraio 2006, n. 80. Di questo avviso pare anche Cass. civ., 18 marzo 2005, n. 5971, in *Dir. maritt.*, 2007, 1128, con nota di ROSAFIO; nonché Pret. Modena, 27 aprile 1988, in *Dir. trasp.*, 1989 204. In dottrina, pare dichiararsi conforme a questo orientamento, seppure in generale e non con riferimento al *bird strike* M. COMPORTI, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive* (sub artt. 2049-2053 c.c.), in F. D. BUSNELLI (diretto da), *Il codice civile. Commentario*. Milano, 2009, 239 ss.; con riferimento al *bird strike*, M. DELLACASA, *Quando il gabbiano investe l'aereo: responsabilità private e pubbliche per mala gestio del servizio aeroportuale*, in *Danno e resp.*, 2002, 2, 161; è sicuramente di questo avviso C. GOLDA, *Il bird-strike, i rischi tipici dell'attività aeronautica e la disciplina delle relative responsabilità: una sentenza innovativa esemplare*, *cit.*, 206 ss.; così anche M. MUSI, *L'assicurazione della responsabilità del gestore aeroportuale e dell'impresa handling: dettato normativo e prassi assicurativa*, in *Dir. maritt.*, 2015, 132 ss. In generale, ricostruisce il dibattito E. ORRÙ, *La responsabilità del gestore e del proprietario delle infrastrutture e degli impianti funzionali allo svolgimento degli sport dell'aria*, in F. MORANDI, U. IZZO (a cura di), *L'Aria*, vol. II del trattato *La responsabilità civile e penale negli sport del turismo*, diretto da G. FORNASARI, U. IZZO, L. LENTI, F. MORANDI, Torino, 2014, 347 ss.

30. G. CAMARDA, *La sicurezza del volo in ambito aeroportuale: competenze e responsabilità*, in *Dir. trasp.*, 2003, 1; P. A. E. PITTALIS, *In tema di bird strike e responsabilità*, in *Dir. trasp.*, 2008, 3, 823 ss.; S. VERNIZZI, *In tema di collisione tra aeromobili e volatili (bird strike): profili di responsabilità*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1402; E. ORRÙ, *Competenze e responsabilità in materia di bird strike*, in *Dir. maritt.*, 2017, 1074; A. ANTONINI, *Considerazioni conclusive*, in CAMARDA, M. COTTONE, M. MIGLIAROTTI (a cura di), *La sicurezza negli aeroporti. Problematiche giuridiche ed interdisciplinari*, Milano, 2005, pag. 142; E. G. ROSAFIO, *Rilievi critici circa la ricostruzione della navigazione aerea nell'ambito della fattispecie di cui all'art. 2050 c.c.*, in R. TRANQUILLI-LEALI, E. G. ROSAFIO (a cura di), *Sicurezza, navigazione e trasporto*, Milano, 2008, 250. Cfr. anche M. CARRETTA, *Le gestioni aeroportuali*, in R. LOBIANCO (a cura di), *Compendio di diritto aeronautico*, Milano, 2009, 84 ss., il quale, pur riconoscendo che la navigazione aeronautica nonché quella di gestione aeroportuale (nel segmento che riguarda la navigazione aerea) siano intrinsecamente pericolose, osserva che la copiosa produzione normativa in materia rende di fatto indifferente il ricorso all'art. 2050 o 2043 c.c. 31. Trib. Parma, 7 febbraio 2020. Ma cfr. anche Cass. civ., 29 giugno 1990, n. 6175, in *Giust. civ. mass.*, 1990, 6, e in *Banche Dati DeJure* per il testo integrale. In senso sostanzialmente analogo, la più recente Cass. civ., 10 novembre 2010, n. 22822, in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Responsabilità civile* [5769], n. 440, secondo cui, se in generale l'attività di navigazione aerea non può considerarsi come attività pericolosa, "la pericolosità dell'attività in esame può sussistere in concreto tutte le volte in cui essa non rientri nelle condizioni previste, in osservanza dei piani di volo, di condizioni di sicurezza, di ordinarie condizioni atmosferiche, con conseguente applicabilità in tal caso della disposizione di cui all'art. 2050 c.c."

la natura pericolosa dell'attività di gestione aeroportuale – va detto che esistono più ragioni che possono condurre a ritenere applicabile, in molti casi di *bird-strike*, l'art. 2050 c.c.

Ed infatti, se da un lato *“La navigazione aerea non è considerata dal legislatore come un'attività pericolosa, né può ritenersi che essa (per la sua natura, le caratteristiche dei mezzi adoperati o la sua spiccata potenzialità offensiva) possa definirsi oggettivamente pericolosa, tenuto conto che attiene ad un mezzo di trasporto ampiamente diffuso e considerato, rispetto agli altri, con un basso indice di rischio, in astratto e in generale”*, dall'altro, va tuttavia aggiunto che *“in concreto tale pericolosità sussiste tutte le volte in cui tale attività non rientri nella normalità delle condizioni previste, in osservanza dei piani di volo, di condizioni di sicurezza, di ordinarie condizioni atmosferiche, con conseguente applicabilità della disposizione dell'art.2050 c.c. tutte le volte in cui la navigazione aerea risulti esercitata in condizioni di anormalità o di pericolo”* (cfr. Cass. Sez. III, 19/07/2002, n. 10551; Trib. Venezia, 15/11/2004, n. 2554; Cass. Sez. III, 28 gennaio 2013 n. 1871 e Sez. III, 10 novembre 2010 n. 22822).

Se a queste prime considerazioni si aggiunge poi che *“fattori ambientali e climatici possono aumentare i rischi inerenti alla gestione aeroportuale e al servizio di controllo aereo, giustificando ulteriormente l'applicazione della disciplina sulla responsabilità per esercizio di attività pericolosa (nella specie, un aereo da trasporto era venuto a collisione con uno stormo di gabbiani immediatamente dopo il decollo dall'aeroporto costiero di Genova-Sestri, in una stagione in cui, di regola, si registra l'intensificarsi della fauna avicola nei pressi degli scali)”*<sup>32</sup>, ben si comprende come, in tali casi, si giustifichi pienamente l'applicazione della disciplina di cui all'art. 2050 c.c.: soprattutto in (ulteriore) considerazione del fatto che la fauna selvatica cui la sentenza citata fa riferimento interferisce proprio con le fasi notoriamente più critiche dell'attività di volo, e vale a dire: decollo e atterraggio (Rapporto annuale EASA - Agenzia Europea per la sicurezza del volo, pag. 43)<sup>33</sup>.

32. Cfr. ancora, Trib. Genova, Sez. II, 19 febbraio 2007, G.U. Braccialini - Narodna Strakhova Compagnia, Antk ok antonov c. Autorità Portuale Genova, Aeroporto di Genova S.p.a., Ministero trasporti e navigazione, Ente nazionale per aviazione civile (ENAC), Ente nazionale di assistenza al volo (ENAV S.p.a.), in *Danno e Responsabilità*, n. 11/2007, 1156 ss.

33. Sul punto, non pare poi superfluo rammentare anche che, nella valutazione della pericolosità di un'attività, oltre a considerare la quantità di danni abitualmente cagionati dall'attività in questione, è necessario tenere conto anche della

Né, per le stesse identiche ragioni per le quali alla fattispecie andrà applicata la norma di cui all'art. 2050 c.c., pare possa essere validamente invocato da parte della Società di Gestione o da ENAV il ricorrere del c.d. caso fortuito come esimente dalla responsabilità derivante dal *bird-strike*: come infatti chiaramente riconosciuto anche dalla giurisprudenza *“in un aeroporto costiero, la circostanza che uno stormo di gabbiani si trovi sulla traiettoria di decollo di un aereo non costituisce caso fortuito, in quanto non è un evento imprevedibile né eccezionale.”*<sup>34</sup>.

\*\*\*

## 5.2. – La responsabilità (anche) ex art. 2043 c.c. gravante in capo a Società di Gestione e a ENAV come conseguenza di un *bird-strike*. In particolare, la questione del nesso di causalità.

Come noto, l'art. 2043 c.c. impone al danneggiato – in virtù del generale principio di ripartizione dell'onere probatorio ex art.2697 c.c. – di provare tutti gli elementi del diritto risarcitorio fatto valere, e vale a dire: (i) il fatto lesivo; (ii) la colpa del Gestore aeroportuale e di ENAV; (iii) il danno e (iv) il nesso di causalità.

Se non pare utile – in questa sede – trattare del fatto, del danno e della colpa – rimandando su tali punti a quanto già detto con riguardo agli obblighi di condotta gravanti sui gestori aeroportuali – con riferimento al nesso di causalità appare, di contro, utile ricordare quanto chiarito in materia dalla Suprema Corte là dove ha statuito che *“in tema di responsabilità civile aquiliana, il nesso causale è regolato dal principio di cui agli articoli 40 e 41 c.p., per il quale un evento è da considerare causato da un altro se il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo, nonché dal criterio della cosiddetta ‘causalità adeguata’, sulla base del quale, all'interno della*

*gravità ed entità dei danni minacciati* (P. G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, vol. III, Torino, 1998, 1019). Con specifico riguardo al *bird strike*, oltre a una frequenza di incidenti che, come si è visto, non solo è significativa, ma è anche destinata ad aumentare, la possibile entità di un danno che si tinge di connotati disastrosi appare del tutto evidente. Non solo, infatti, è a rischio l'incolumità dei passeggeri, ma, come è stato evidenziato in dottrina, potrebbe essere a rischio anche la vita dei terzi, qualora l'episodio di *bird strike* si verificasse nei pressi di zone residenziali anche densamente abitate quali di regola sono quelle poste in prossimità delle aree aeroportuali (M. DELLACASA, *Bird strike, atto secondo: ancora sulle responsabilità per mala gestio dei servizi aeroportuali*, cit., 1170).

34. Cfr. ancora, Trib. Genova, Sez. II, 19 febbraio 2007, cit.

*serie causale, occorre dar rilievo solo a quegli eventi che non appaiano – a una valutazione ex ante – del tutto inverosimili, ferma restando, peraltro, la diversità del regime probatorio applicabile, in ragione dei differenti valori sottesi ai due processi (...) nell'accertamento del nesso causale in materia civile, vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del più probabile che non, mentre nel processo penale vige la regola della prova oltre il ragionevole dubbio. Ciò comporta una analisi specifica e puntuale di tutte le risultanze probatorie del singolo processo, nella loro irripetibile unicità, con la conseguenza che la concorrenza di cause di diversa incidenza probabilistica deve essere attentamente valutata e valorizzata in ragione della specificità del caso concreto, senza potersi fare meccanico e semplicistico ricorso alla regola del 50% plus unum” (cfr. Cass. Sez. III, 8 gennaio 2020 n. 122). Ed ancora, “Se la produzione di un evento dannoso è riferibile a più azioni od omissioni, è riconducibile a tutte, tranne che si accerti l'esclusiva efficienza causale di una di esse. In particolare, in riferimento al caso in cui una delle cause consista in una omissione, la positiva valutazione sull'esistenza del nesso causale tra omissione ed evento presuppone che si accerti che l'azione omessa, se fosse stata compiuta, sarebbe stata idonea ad impedire l'evento dannoso ovvero a ridurre le conseguenze, non potendo esserne esclusa l'efficienza soltanto perché sia incerto il suo grado di incidenza causale ...” (cfr. Cass. Sez. III, 28/07/2017 n. 18753; conf. Cass. Sez. III, 2/02/2010 n. 2360).*

\*\*\*

## Conclusioni.

Riecheggiano, al termine di questa breve disanima, le parole del Tribunale di Parma del 7 febbraio 2020 che fa proprie le parole dei CTU Gen. Notari ed Ing. Marchionni i quali, a chiusura dell'elaborato peritale depositato il 3 agosto 2018 (pagg.43-44), affermano che “... Il fenomeno del bird-strike non può essere eliminato, ma può essere mitigato adottando apposite misure derivanti dalla valutazione dei rischi (...) assodata l'irrealizzabilità del 'rischio zero'...”.

Premessa l'ovvietà delle conclusioni alle quali giungono i CTU (e con essi il Tribunale parmense) – poichè è assolutamente evidente il fatto che in qualsiasi campo di attività umana il rischio zero sia virtualmente irrealizzabile! – va detto che la questione, allorquando si debba determinare se ricorra, o non, responsabilità, non è neppure quella di determinare se i gestori si siano, o meno, dotati degli strumenti necessari ad evitare il rischio di bird-strike quanto, e piuttosto, se gli stessi siano stati di volta in volta utilizzati tempestivamente e correttamente. Chè se – come pare ovvio – lo scopo è quello di evitare, in caso di incidente, conseguenze giudiziarie per se stessi e per il proprio personale, giova forse ricordare che appellarsi al fatto di essersi dotati di strumenti tecnologicamente all'avanguardia non è affatto sufficiente per andare esenti da responsabilità, essendo anzi proprio tale atteggiamento quello che porta ad esporre il proprio personale operativo a rischi forse maggiori di quelli corsi da chi un bird-strike subisce.



MASSIMILIANO CAMPEIS

## Pandemia, rischio percepito e struttura dei patrimoni familiari

La ritrosia degli italiani rispetto all'annosa questione che, semplificando, possiamo definire del "passaggio generazionale", è fisiologica: mentre in altri Paesi la coscienza di dover affrontare determinati argomenti matura normalmente nell'età in cui si crea una famiglia e si iniziano ad accumulare dei risparmi, a casa nostra, quando si prova ad affrontare tali temi, la reazione più diffusa è uno scongiuro, più o meno misurato.

Altrove – i Paesi anglofoni insegnano – si è ben capito che pianificare il proprio patrimonio significa tutelarlo, proteggerlo, aumentarne l'efficienza e far sì che esso serva – oggi, domani e "dopodomani" – a soddisfare le esigenze dei componenti della famiglia e a perseguire gli scopi voluti.

In Italia il tema – erroneamente percepito come una necessaria spoliatura, totale ed assoluta, dei propri beni a favore dei discendenti – viene sovente affrontato troppo tardi, o non affrontato proprio. Si pensi che una percentuale consistente delle successioni si apre senza che vi sia neppure un testamento, con conseguenze devastanti: conflitti tra familiari (che non di rado sfociano in annose controversie giudiziali) circa la quantificazione delle porzioni e l'attribuzione dei singoli cespiti; devoluzione di beni a minori di età o ad incapaci, con intervento del Giudice Tutelare e di un rappresentante legale spesso non gradito (o percepito come inadatto), deperimento di valore in conseguenza del frazionamento forzoso (collezioni d'arte, immobili etc.); maggiori spese ed oneri, anche di natura fiscale. Nel caso, poi, in cui nel patrimonio relitto vi sia un'impresa, la mancata pianificazione si traduce sovente in una conflittualità endosocietaria che si ripercuote rapidamente sull'efficienza e sul valore aziendale.

In questo panorama, l'emergenza pandemica ha forse portato con sé qualcosa di buono: ponendo ognuno di noi di fronte all'inatteso, all'imponderabile, ci ha – con uno schiaffo violento ed improvviso – ricordato la precarietà dell'esistenza; ed, al contempo, interrompendo

bruscamente la nostra affannosa corsa quotidiana (a volte priva di una direzione precisa), ci ha riportato ad apprezzare il valore dei rapporti familiari, delle relazioni interpersonali, a riscoprire l'importanza del tempo da dedicare a noi e ai nostri cari.

Il patrimonio, così, viene ad assumere il ruolo non di "fine", ma di "mezzo" utile a darci serenità, a coltivare le nostre passioni, i nostri affetti, a prenderci cura di chi ne ha bisogno: in tale prospettiva, diventa necessario iniziare a pensare a costruire una struttura che lo renda protetto, efficiente, e – per quanto possibile – resistente alle vicende che la vita può offrire.

Spesso anche una semplice, ma attenta, disposizione testamentaria, in combinazione con adeguate previsioni statutarie, può salvare l'impresa di famiglia dall'*impasse*. Attribuzioni a titolo gratuito in vita possono consentire di attuare una pianificazione fiscale efficiente, cristallizzando un regime impositivo di assoluto favore (il riferimento è alle aliquote dell'imposta di successione e donazione ed alle relative franchigie, oltretutto all'esenzione in caso di trasferimento del "controllo" di società ai discendenti, ai sensi dell'art. 3, comma 4-ter, d.Lgs. 346/1990) e che, verosimilmente, non resterà immutato in futuro: il tutto, lasciando al disponente i diritti economici od amministrativi che ritenga di conservare (attraverso la riserva di usufrutto o l'adozione, nelle società, di apposite previsioni statutarie). L'utilizzo di *trust* o contratti di affidamento fiduciario permette di avere la garanzia dell'attuazione del "programma" stabilito negli anni o decenni futuri (ad esempio, per attribuire ai discendenti flussi misurati di attribuzioni reddituali, o per perseguire finalità di solidarietà sociale o di pubblica utilità).

Gli strumenti offerti sono diversi, e possono essere usati in maniera combinata tra loro, creando la struttura più adatta al proprio patrimonio ed alla propria famiglia, tanto sul piano delle finalità da raggiungere quanto su quello dei costi.

La pandemia, inoltre, ci ha probabilmente aiutato a

focalizzare in maniera più nitida un aspetto relativo, più che alla parte strutturale dei nostri patrimoni, a quella gestionale.

La caduta libera dei mercati (tanto azionari quanto obbligazionari) occorsa tra il 20 febbraio e la metà di marzo del 2020, uno dei più devastanti e repentini crolli della storia delle Borse, ci ha fatto capire che, contrariamente a quanto pensavamo, i nostri risparmi erano tutt'altro che "al sicuro", risultando esposti ad una volatilità (generata da dinamiche non sempre chiare per l'investitore) che non pensavamo possibile e che, probabilmente, molti di noi non avrebbero mai accettato.

Non solo le nostre attività, le nostre aziende erano chiuse, i conduttori degli immobili non pagavano i canoni, ma i nostri stessi "risparmi" bancari avevano subito una decurtazione sostanziale di valore, e si dimostravano, di fatto, impossibili da liquidare: in tale fase, l'unica *chance* di recupero sarebbe stata quella di mantenere gli strumenti già in portafoglio, sperando in un futuro recupero.

Ecco quindi che, pur a fronte di rendimenti storici spesso modesti, molti grandi patrimoni si sono rivelati altamente volatili e, sostanzialmente, "illiquidi": non solo il *family business* e la componente immobiliare, ma anche la parte finanziaria diventava di fatto indisponibile, con la conseguenza di non poterla impiegare – se non a prezzo di realizzare enormi minusvalenze – per provvedere alle esigenze di vita o per cogliere opportunità di investimento.

Tale situazione ha stimolato una necessaria riflessione sui concetti di rischio, volatilità, liquidabilità e

diversificazione, in precedenza spesso non adeguatamente ponderati, rendendo evidente la necessità di un ripensamento della composizione del patrimonio complessivo, con distinzione tra una parte effettivamente liquida (quella prevedibilmente necessaria a soddisfare le proprie esigenze di vita e di investimento nel breve-medio periodo) e una parte, invece, mirata a creare valore.

In tale ultima prospettiva, visto il rapporto rischio-rendimento dei mercati finanziari, hanno – ed avranno, è facile presumere – sempre maggiore spazio, accanto agli strumenti di capitale e debito quotati, gli investimenti "illiquidi", che offrono mediamente ritorni più elevati nel lungo periodo: interventi di capitale e debito in società non quotate (anche immobiliari), della più varia natura (fondi di *private equity* e *private debt*, *club deal* ed accordi di coinvestimento, etc.).

Il percorso, ormai inarrestabile, è verso patrimoni composti, diversificati, che possano consentire di abbinare maggiore protezione e minore volatilità alla prospettiva di maggiori incrementi di valore nel tempo.

Si tratta chiaramente di un'attività complessa, la quale richiede l'assistenza, indipendente ed altamente specializzata, di professionisti di fiducia, che riescano a monitorare la gestione del patrimonio complessivo ed, insieme, ad interpretare le esigenze della famiglia e del *family business*, anche in un'ottica di continuità intergenerazionale: un tavolo periodico di discussione (sul modello del "*family office*" di matrice anglosassone) tra membri della famiglia e consulenti, rivolto alla migliore efficienza della ricchezza familiare ed al più saggio impiego della stessa.

GIOIA CARRABETTA

# Il riconoscimento di interessi compensativi. Come e perché

57

**La moratoria ultrannuale nella soddisfazione del creditore privilegiato nel concordato in continuità dopo la sentenza della Cassazione civile n. 11882/2020**

Ci siamo trovati ad affrontare il caso di una s.r.l. che, dopo aver presentato domanda di ammissione alla procedura di concordato in continuità aziendale avanti al Tribunale di Vicenza, ha successivamente depositato proposta *ex art. 182-ter l.f.* all'Agenzia delle Entrate, prevedendo il pagamento integrale, ma dilazionato in ventiquattro rate mensili, delle proprie spettanze.

\*\*\*

Se la regola generale nel concordato preventivo, come noto, è quella del pagamento non dilazionato dei creditori privilegiati, la possibilità di una moratoria ultrannuale si può dire ormai consolidata, quantomeno a livello giurisprudenziale (in senso conforme, Cass. civ., Sez. I, 9 maggio 2014, n. 10112; Cass. civ., Sez. I, 26 settembre 2014, n. 20388; Cass. civ., Sez. I, 23 febbraio 2016, n. 3482, Cass. civ., Sez. VI – 1, Ordinanza, 04/02/2020, n. 2422 e Cass. civ., Sez. I, 18 giugno 2020, n. 11882, Pres. Didone, Est. Amatore, su cui si tornerà meglio nel prosieguo).

La conferma normativa di estensione di tale ipotesi non più solo al concordato fallimentare, ma anche a quello preventivo, risiede, successivamente alle riforme del 2007 e del 2012, nel dettato dell'art. 160 co. 2 l.f., nella parte in cui consente un soddisfacimento non integrale dei creditori privilegiati<sup>1</sup>; nell'art. 177 l.f., che detta le regole di voto per i creditori privilegiati falcidiati; e nell'art. 186-bis, comma 2, lett. c)

l.f., che statuisce, nel caso del concordato in continuità, l'ammissibilità di *“una moratoria fino a un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione”*, fermo restando il disposto dell'art. 160, co. 2 l.f.<sup>2</sup>, ed escludendo in tal caso il diritto di voto ai creditori muniti di prelazione.

La *ratio* della norma, inserita nel contesto complessivo del *favor* del legislatore per la procedura in continuità nel 2012, risiederebbe secondo alcuni Autori<sup>3</sup> nel permettere al debitore di dilazionare il pagamento dei creditori privilegiati, così da utilizzare – nel periodo di moratoria – i beni sui quali insiste la prelazione e altresì impiegare le risorse derivanti dalla continuità per la gestione dell'impresa, piuttosto che per l'immediato pagamento dei creditori, dando vita in tal modo a una sorte di autofinanziamento.

Le disposizioni sopra richiamate porterebbero ad ammettere, di fianco alla moratoria *“coatta”* di cui all'art. 186-bis l.f., anche una moratoria ultrannuale, tuttavia da *“controbilanciare”* con il riconoscimento a coloro i quali la subiscono, quantomeno, degli interessi.

Le sentenze della Suprema Corte sopra citate sono concordi, infatti, nel ribadire che *“... l'adempimento con una tempistica superiore a quella imposta dai tempi tecnici della procedura (...) equivale a soddisfazione non integrale degli stessi in ragione della perdita economica conseguente al ritardo, rispetto ai tempi “normali”, con il quale i creditori conseguono la disponibilità delle somme ad essi spettanti”* (cfr. Cass. civ., Sez. I, 18 giugno 2020, n. 11882).

1. A patto che si assicuri ai creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca un trattamento non deteriore rispetto a quello *“minimo”* realizzabile attraverso la vendita dei beni oggetto di prelazione e, in caso di piena capienza dei beni o dei diritti su cui verte la prelazione, gli si garantisca un pagamento integrale.

2. Saverio Mancinelli, *“Soddisfazione dei privilegiati e “pagamento (minimo) assicurato” dei chirografari nel concordato preventivo”* ([www.osservatorio-oci.org](http://www.osservatorio-oci.org))

3. Giorgia Grasso, *“La Corte di Cassazione conferma l'ammissibilità di moratoria ultrannuale in materia concordataria (nota a Cass., Sez. I, n. 11882/20)”* in [www.dirittodellacrisi.it](http://www.dirittodellacrisi.it)

Da un lato, quindi, il pagamento ultrannuale sarebbe possibile, dall'altro vi è comunque la necessità di attribuire al creditore privilegiato un beneficio, in ragione della perdita economica derivante dal ritardo nel conseguimento di quanto allo stesso dovuto.

Nel caso dei debiti fiscali, il pagamento dilazionato dei creditori privilegiati è, peraltro, espressamente facoltizzato dall'art. 182-ter l.f., a condizione che i tempi di pagamento e le eventuali garanzie loro offerte non siano inferiori a quelle previste per i creditori di rango inferiore o con posizione giuridica ed interessi economici omogenei<sup>4</sup>.

\*\*\*

Ma al privilegiato va garantita anche la partecipazione al voto, e, se sì, per intero o solo in misura percentuale rispetto all'entità del danno finanziario derivante dalla dilazione (e, quindi, per l'ammontare degli interessi compensativi riconosciuti)?

E come si calcolano gli interessi compensativi del "danno" subito dal ritardo nella soddisfazione del creditore privilegiato?

\*\*\*

4. "1. Con il piano di cui all'articolo 160 il debitore, esclusivamente mediante proposta presentata ai sensi del presente articolo, può proporre il pagamento, parziale o anche dilazionato, dei tributi e dei relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali, nonché dei contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie e dei relativi accessori, se il piano ne prevede la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o ai diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, indicato nella relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d). Se il credito tributario o contributivo è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori o meno vantaggiosi rispetto a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica e interessi economici omogenei a quelli delle agenzie e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie; se il credito tributario o contributivo ha natura chirografaria anche a seguito di degradazione per incapacienza, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari ovvero, nel caso di suddivisione in classi, dei creditori rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole. Nel caso in cui sia proposto il pagamento parziale di un credito tributario o contributivo privilegiato, la quota di credito degradata al chirografo deve essere inserita in un'apposita classe".

L'ultima pronuncia che ha cercato di dare (o confermare) una risposta a tali domande è quella, già citata, resa dalla Cassazione civile il 18 giugno 2020 (disponibile su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it))<sup>5</sup>.

Nell'iter argomentativo svolto dalla Suprema Corte, la stessa si è soffermata, anzitutto, sulla necessità di riconoscere al creditore privilegiato non solo gli interessi c.d. risarcitori o compensativi, ma anche il diritto di voto, ponendosi in linea con l'orientamento già affermato dalla giurisprudenza di legittimità e di merito, secondo il quale: "*Nel concordato preventivo con continuità aziendale è consentita la dilazione del pagamento dei crediti privilegiati anche oltre il termine di un anno dall'omologazione, purché si accordi ai titolari di tali crediti il diritto di voto e la corresponsione degli interessi*; orientamento che era stato in precedenza recepito anche da altre pronunce, in cui si è affermato che: "*Il pagamento integrale ma rateizzato, anche se accompagnato dalla corresponsione degli interessi, comportando un sacrificio della posizione del creditore privilegiato, giustifica la necessità di garantire la sua partecipazione al voto [...] ne deriva che, una volta determinata in misura percentuale l'entità di tale perdita [c.d. danno finanziario], la partecipazione al voto dei creditori privilegiati, [...] resta determinata entro la detta misura e non si estende all'intero credito munito di rango privilegiato*" (Cass. civile, sez. I, 31.10.2016, n. 22045, in [Il Caso.it](http://IlCaso.it), Sez. Giurisprudenza, 16097 – pubbl. 08/11/2016; Cass.

5. Il caso esaminato dalla Suprema Corte è quello di una s.r.l. che aveva presentato innanzi al Tribunale di Trapani una proposta di concordato preventivo con continuità aziendale, con la previsione del pagamento dilazionato in ventiquattro rate mensili dei creditori privilegiati, ma senza riconoscere loro la corresponsione di interessi, né tantomeno il diritto di voto. Il Tribunale di Trapani ha ritenuto la proposta inammissibile e ha dichiarato il fallimento della società con sentenza, poi revocata dalla Corte d'Appello di Palermo. Nel corso del giudizio d'appello, la società aveva infatti integrato il piano, indicando specifiche risorse per il pagamento degli interessi ai privilegiati e inserendo i creditori in un'apposita classe. La Corte d'Appello aveva ritenuto che il Giudice di primo grado avesse violato il diritto di difesa del debitore, avendo ommesso di richiamare l'attenzione della società sulla questione attinente all'esercizio del voto dei creditori privilegiati non immediatamente soddisfatti. Secondo la Corte, la questione della moratoria ultrannuale non accompagnata dalla corresponsione di interessi, dovrebbe essere rimessa ad un giudizio di convenienza economica riservato ai creditori. Tale ultimo aspetto ha fondato, tra le altre cose, il successivo ricorso in Cassazione da parte del curatore della società fallita, il quale ha contestato l'inammissibilità, ab origine, di una proposta che non riconosca gli interessi ai creditori privilegiati.



1958

n. 20388/2014; n. 10112/2014, ma anche, in sede di merito, Trib. Massa 04.02.2016).

Al primo quesito che ci siamo posti, possiamo quindi già rispondere in maniera affermativa.

Per quanto riguarda l'importo per il quale i creditori privilegiati che subiscono la moratoria sono ammessi al voto, la Suprema Corte ha inoltre privilegiato, come abbiamo letto sopra, l'orientamento secondo il quale questi debbano essere ammessi per l'ammontare del danno finanziario subito (e quindi solo per la quota degli interessi compensativi).

La soluzione prospettata da alcuni Autori<sup>6</sup>, secondo cui a tali creditori dovrebbe essere attribuito il diritto di voto per l'intero ammontare del loro credito comprensivo di interessi, attribuirebbe, ad avviso della Suprema Corte, *“un peso eccessivo al voto dei privilegi dilazionati e creerebbe, dunque, un rischio di inquinamento delle maggioranze, in favore di creditori, cioè, destinati ad essere soddisfatti per intero”*.

\*\*\*

Forse più interessante, perché qui la Cassazione del 2020 fornisce alcuni spunti innovativi, è la questione delle modalità concrete di determinazione della perdita dovuta al ritardo nel pagamento del credito privilegiato, giungendo finalmente la Suprema Corte ad imporre una puntuale indicazione, all'interno del piano, dei criteri di calcolo del diritto di voto.

Al proposito, difatti, la giurisprudenza, anche di legittimità, si era limitata prima della sentenza in commento ad affermare che: *“La determinazione in concreto [della] perdita, rilevante ai fini del computo del voto ex art. 177, comma 3, l. fall., costituisce un accertamento di fatto che il giudice di merito deve compiere tenendo conto, tra l'altro, degli eventuali interessi offerti ai creditori e dei tempi tecnici di realizzo dei beni gravati in ipotesi di soluzione alternativa al concordato”* (Cass. civile sez. I, 02/09/2015, n.17461), senza tuttavia fissare regole applicative di carattere generale.

Ragionando in un'ottica *de iure condendo*, la sentenza

del 2020 ha invece provato a individuare dei parametri, traendo spunto, anzitutto, dall'art. 86 del Codice della Crisi e dell'Insolvenza (CCII), che contiene una sorta di principio di attualizzazione dei pagamenti previsti dal piano concordatario, i quali dovranno essere calcolati sulla base del valore del credito alla data di presentazione della domanda di ammissione al concordato.

Il diritto di voto dei creditori dilazionati dovrebbe, in applicazione di tali principi, essere calcolato *“sulla base del differenziale tra il valore del loro credito al momento della presentazione della domanda di concordato e quello calcolato al termine della moratoria, dovendo i criteri per tale determinazione essere contenuti nel piano concordatario a pena di inammissibilità della proposta, come si desume sia dall'art. 86 del d.lgs. n. 14 del 2019 che dall'art. 2426, comma 1, n. 8), c.c.”*

Per comprendere il ragionamento della Corte, va data lettura dell'art. 86 CCII (che, come noto, ad eccezione delle regole già oggi operative e di quelle in materia di procedure di allerta e composizione assistita della crisi, entrerà in vigore il 16 maggio 2022, salvo ulteriori rinvii): *“1. Il piano può prevedere una moratoria non superiore a due anni dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. Quando è prevista la moratoria i creditori hanno diritto al voto per la differenza fra il loro credito maggiorato degli interessi di legge e il valore attuale dei pagamenti previsti nel piano calcolato alla data di presentazione della domanda di concordato, determinato sulla base di un tasso di sconto pari alla metà del tasso previsto dall'art. 5 del decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, in vigore nel semestre in cui viene presentata la domanda di concordato preventivo”*.

La disposizione consente, quindi, solo in caso di concordato in continuità, una moratoria non superiore a due anni dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali insiste la prelazione, con riconoscimento di un diritto di voto – da determinarsi in base ai criteri richiamati dalla decisione in commento – ai creditori che la subiscono. Pertanto, rispetto alla disciplina attuale: (i) la possibilità di un pagamento ultrannuale risulta consacrata dalla previsione di un termine di moratoria raddoppiato e ritenuto espressamente non derogabile e (ii) ai creditori che subiscano la dilazione biennale il diritto di voto viene espressamente riconosciuto.

L'estensione della durata della moratoria prevista dall'art. 86 CCII, insieme agli strumenti previsti al

6. Pirisi, *La dilazione e la legittimazione al voto dei creditori assistiti da cause legittime di prelazione nel concordato preventivo*, cit., p.288; Ambrosini, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, in *Crisi d'impresa e fallimento*, 4 agosto 2013, pp.14-15; Stanghellini, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., p.1242; Trib. Siena, 25 luglio 2014, in *Il Fall*, 2015,3, p.275; Trib. Catania, 27 luglio 2007, in *Giur.comm.*, 2008, II, p.677, citati in Giorgia Grasso, *“La Corte di Cassazione conferma l'ammissibilità di moratoria ultrannuale in materia concordataria (nota a Cass., Sez. I, n. 11882/20)”*, cit.

fine di agevolare la transazione fiscale e contributiva in materia concordataria, sembrano dare conferma di una tendenza dell'ordinamento in senso favorevole all'ammissibilità di proposte concordatarie che prevedano una più ampia dilazione dei tempi di soddisfazione dei creditori privilegiati.

L'ottica, ancora una volta, sarebbe quella di favorire le soluzioni concordate della crisi, nel tentativo di mantenere in vita un maggior numero di imprese e nel contesto, sopravvenuto alla prima redazione del CCII ma quantomai attuale oggi, della crisi economico-finanziaria dovuta alla pandemia da Covid-19.

\*\*\*

Nel caso che ci ha occupati, la società in concordato aveva pertanto provveduto a calcolare il cd. differenziale di attualizzazione e, conseguentemente, gli interessi c.d. compensativi derivanti dal sacrificio imposto al creditore per la dilazione ultrannuale proposta.

Il Commissario Giudiziale, considerando che comunque la società aveva previsto l'annullamento della suddetta 'perdita', quantificata sulla base del criterio

sopra individuato, prevedendo un pagamento integrale non solo del credito, ma anche degli stessi interessi, aveva ritenuto, pur con riserva di possibile diverso orientamento, e fatta salva ogni diversa valutazione e determinazione del Tribunale, che il privilegiato soddisfatto con dilazione ultrannuale non avesse nel caso di specie accesso al voto.

L'Agenzia delle Entrate aveva depositato memoria, richiedendo espressamente di poteri esprimere sulla proposta di concordato della società per la quota degli interessi compensativi, citando la sentenza della Cassazione in commento.

Non abbiamo purtroppo potuto conoscere l'orientamento del Tribunale al riguardo, essendo stato il creditore ammesso con riserva alle operazioni di voto dal Giudice Delegato, ma non avendo la proposta di concordato raggiunto le necessarie maggioranze di legge per l'approvazione.

Il caso ha comunque consentito un'interessante occasione di approfondimento di una tematica forse poco "frequentata", ma di non difficile verifica in concreto, e ciò anche nell'ottica delle nuove disposizioni del CCII presto (forse) in vigore.



LAMBERTO LAMBERTINI

# Troppa fantasia, avvocato!

(Tribunale Verona, ordinanza 29 ottobre 2021)

Quando il calcio era più ingenuo, quando i commentatori erano (quasi) come l'inarrivabile Gioan Brera fu Carlo, esisteva il "fantasista", il calciatore che risolveva le partite uscendo dagli schemi tradizionali, con una giocata del tutto imprevedibile e, a volte, risolutiva.

Mosse argute, memorabili, dettate spesso da una particolare attitudine fisica o mentale.

Ricordiamo Garrincha (ala sinistra del Brasile mondiale), con la gamba sinistra di diversi centimetri più corta dell'altra, sulla quale impostava dribbling spiazanti), George Best (ala sinistra del Manchester United), che andava in porta e faceva goal solo se e quando dribblava anche il portiere), Pascutti (ala sinistra del Bologna dello scudetto) la cui testa calva in area avversaria attirava il pallone.

Anche nella gestione delle liti endosocietarie è richiesta molta fantasia ed immaginazione, per consentire alla minoranza di ottenere un nuovo ordine societario e alla maggioranza di limitare i danni per la società.

Il processo civile infatti non offre soluzioni definitive, non risolve il conflitto, non prevede una sentenza che divida la ragione dal torto, come può avvenire nella dichiarazione di nullità di un contratto, nel quale l'oggetto del processo è costituito dal negozio e dal rapporto giuridico-sostanziale che ne scaturisce.

Le esigenze del diritto societario non sono soddisfatte dai principi generali del processo civile, anche se da un decennio e più si è precostituito un giudice specializzato, chiamato ad offrire protezione in situazioni in cui è difficile individuare la posizione soggettiva da tutelare ed è generico l'oggetto del processo.

Il diritto societario regola vicende organizzative che operano in tempi molto ristretti e che richiedono interventi rapidi, per impedire che quelle vicende si consolidino e non possano più essere rimosse.

D'altra parte, gli atti ed i rapporti societari esigono stabilità, per consentire il buon governo delle imprese, insofferente ad ogni incertezza procedurale, che impedisca o rallenti la propria attività.

È il caso della sospensione delle delibere assembleari e della controversa natura conservativa o anticipatoria del provvedimento cautelare che ne dispone la sospensione.

Come sappiamo, il riconoscimento del carattere anticipatorio di questi provvedimenti determina la "cancellazione" degli effetti giuridici realizzati e da realizzare nella delibera impugnata. E così, sia pure in via provvisoria, si anticipa l'effetto demolitorio della sentenza di annullamento. E questo è l'orientamento maggioritario della nostra giurisprudenza.

Per coloro invece che attribuiscono al provvedimento di sospensione la natura conservativa, ci si limita a cristallizzare la situazione esistente al momento in cui la pronuncia interviene. Il provvedimento si riduce quindi ad impedire che la delibera impugnata produca ulteriori effetti, fermi restando gli atti esecutivi già posti in essere.

E così, quando si impugna una delibera di aumento di capitale sociale, interamente attuato, possiamo avere un tribunale che dispone comunque la sospensione dell'aumento (Trib. Napoli, 18 gennaio 2019, in *Foro it.*, 2019, I) e tribunali che non ritengono di concedere la sospensione, quando sia intervenuta la compiuta produzione degli effetti giuridici dell'atto impugnato e tali effetti siano ormai irreversibili (Trib. Roma, 12 giugno 2019, *Le società*, 2020, 20 e segg.).

Come orientarsi? Evidentemente occorre immaginazione e capacità di gestire questa fase del conflitto tra soci come un episodio, non risolutivo, nel quale tener conto dell'orientamento del Tribunale competente e valutare, di volta in volta le conseguenze dell'iniziativa giuridica, nel quadro complessivo del conflitto. Analogamente dicasi per la strumentalità della revoca cautelare di un amministratore di Srl, provvedimento nel quale è difficile individuare quale sia il giudizio di merito. Per qualcuno è strumentale all'azione sociale di responsabilità (Trib. Roma, 20 febbraio 2019, in *giurisprudenzadelleimprese.it*). Altri invece ritengono che il

provvedimento possa “essere strumentale e anticipatorio rispetto all’emanazione di una sentenza di revoca degli amministratori” (Trib. Milano, 26 ottobre 2018 in *Le società*, 2018, 1171; Trib. Trento, 27 giugno 2018 in *Dejure*). Si osserva che il *petitum* dell’azione cautelare di revoca è strutturalmente diverso rispetto a quello dell’azione sociale di responsabilità, rispetto alla quale il diritto al risarcimento del danno deve essere tutelato attraverso lo strumento tipico del sequestro conservativo (Trib. Milano, 29 giugno 2017, in *giurisprudenza-delleimprese.it*).

L’adesione ad uno dei due orientamenti ha conseguenze molto rilevanti. Se si ritiene che lo stesso sia strumentale, rispetto all’azione sociale di responsabilità, occorre dimostrare la verosimile fondatezza dell’azione risarcitoria.

Occorre dimostrare perciò che siano state integrate “gravi irregolarità nella gestione della società, comportanti un danno attuale potenzialmente suscettibile di aggravamento con la permanenza in carica dell’amministratore”. (Trib. Roma, 31 maggio 2018, in *Dejure*).

Secondo l’orientamento opposto, il fatto che non siano ancora stati prodotti danni gravi al patrimonio sociale costituisce uno degli argomenti utilizzati per sostenere la strumentalità della revoca dell’amministratore (Trib. Firenze, 1 luglio 2019, in *Dejure*).

Anche qui, evidentemente, il socio dovrà orientarsi e promuovere l’azione nel momento più opportuno.

In tutti i casi citati, il ricorso alla fantasia è necessario, perché la decisione che ci si attende dal Tribunale competente di solito non basta a risolvere il conflitto e a comporlo in senso favorevole al socio dissenziente. Anche la revoca dell’amministratore infatti, pur costituendo, se ottenuta, una mossa importante, può essere superata agevolmente dalla maggioranza con la nomina di un altro amministratore di sua fiducia (il 2474 c.c. non funziona come il 2409 c.c.).

In ogni caso, la fantasia tattica e strategica deve trovare un solido aggancio nella realtà. Non si può inventare un comportamento colpevole dell’amministratore, senza provarlo e senza dimostrare gli effetti negativi per la società di una asserita gestione irregolare.

Altrimenti si va incontro ad un provvedimento come quello che il Tribunale di Verona ha appena emesso. Infatti con ordinanza del 29 ottobre 2021 (Tommasi di Vignano) il tribunale scaligero ha sospeso la delibera di esclusione dall’amministrazione e dallo status di socio di un accomandatario di Snc per la mancanza di *fumus boni juris*, così motivando: “i) la delibera di esclusione sul documento 3) attoreo è talmente generica nell’indicazione degli addebiti che sorreggono la decisio-



ne di esclusione da impedire in radice l’individuazione delle condotte contestate; ii) l’assoluta mancanza nella delibera de qua di riferimenti specifici a fatti storici, date o circostanze concrete impedisce all’istante di esercitare compiutamente il diritto di difesa rispetto alle condotte concrete che dovrebbero integrare la fattispecie astratta prospettata nella delibera impugnata...”.

E non basta.

“Preso atto, quanto al periculum in mora, che la sospensione della delibera assembleare di esclusione del socio, disposta in via cautelare, ha natura conservativa, mirando ad evitare – attraverso un ripristino provvisorio del rapporto societario che impedisca che i diritti dei soci vengano ad essere definitivamente compromessi, non percependo eventuali utili, né potendo influire, ove si tratti di società di persone sulla sua amministrazione e gestione – che la durata del processo possa incidere irreversibilmente sulla posizione del socio stesso (cfr. Cass. 10986 dell’11 febbraio 2021)”.

Quando dicevamo che occorre fantasia, intendevano riferirci ad iniziative originali, basate su un’approfondita conoscenza del diritto da parte di chi opera in questo particolare settore, facendo un uso “strumentale” del processo, ma applicato comunque in modo da non esporsi ad un drastico rigetto.

Se i soci che hanno proposto l’azione di revoca dell’amministratore della società su cui è intervenuto il Tribunale di Verona si proponevano di risolvere così il caso, si sono evidentemente sbagliati.

Sia che si proponessero un provvedimento che definisse la controversia con l’esclusione del socio, sia che si proponessero di defatigare l’avversario: il provvedimento interinale del Tribunale di Verona elimina in radice entrambe le ipotesi.

Qui non serviva fantasia, ma competenza.

Ed il provvedimento citato rafforza proprio l’amministratore-socio che si voleva cacciare!

E qui siamo alla fantasia dell’autogoal, che il dizionario definisce “involontario invio della palla dentro la propria porta”.

DAVIDE PACHERA

## Dal 2409 c.c. al 173 L.F. Chi si somiglia si piglia

### 1. L'astratta ammissibilità del controllo giudiziale alla società in concordato preventivo

Com'è noto, l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, e la successiva omologazione, non comportano – come nel caso di fallimento – l'automatico scioglimento e messa in liquidazione della società debitrice, che non subisce alcuna limitazione al libero esercizio dei propri diritti<sup>1</sup>. Quest'ultima – a meno che non abbia ceduto tutti i suoi beni in esecuzione del concordato – può anche proseguire nella sua attività e, dopo aver adempiuto gli obblighi concordatari, essere ricapitalizzata, riorganizzata, ristrutturata e destinata al perseguimento dell'originario oggetto sociale.

Nel concordato preventivo, pertanto, l'organo amministrativo o liquidatorio della società conserva non solo il potere di amministrazione dei beni della società, ma anche l'esercizio dell'impresa, seppur sotto la vigilanza del Commissario Giudiziale e la direzione del Giudice Delegato.

Ciò è tanto più vero laddove il concordato preventivo riguardi l'esecuzione di un piano di continuità diretta ex art. 186 bis L.F.

Ed infatti, è stato stabilito che: *“Il procedimento previsto dall'articolo 2409 c.c. è applicabile [...] e può, quindi, essere attivato anche nei confronti [...] delle società in concordato preventivo; deve, invece, escludersi la compatibilità della norma in esame con la procedura fallimentare”* (Tribunale Novara, 21 Maggio 2012; Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza, 7259 – pubb. 04/06/2012).

Ed ancor più esplicitamente, è stato confermato recentemente che: *“Il ricorso è ammissibile, non essendo*

*previste dalla legge preclusioni alla sua presentazione in corso di concordato, procedura nella quale la vigilanza del Commissario non esclude che gli amministratori svolgano le loro funzioni, e non viene elisa la funzione dell'organo di controllo, sì che la possibilità di commissione di gravi irregolarità, che possono sfuggire al Commissario giudiziale o comunque esulare dal suo campo di intervento, permane, e il Collegio sindacale deve e può esercitare il suo compito. Gli è che nel presente caso l'iniziativa del Collegio è di fatto un parallelo, di poco susseguente, rispetto a quella del Commissario giudiziale: ma ciò non ne esclude la ammissibilità”* (Trib. di Venezia 15.07.2021). Va tuttavia segnalato che, con riferimento alle società in concordato, la giurisprudenza ha più volte ricordato che, *“a seguito della avvenuta ammissione della società al concordato preventivo e della nomina del commissario giudiziale, la società risulta sottoposta ad un penetrante controllo di un organo giurisdizionale”* ovvero *“la gestione della società è già sotto il controllo giudiziale”* (Trib. Venezia, ordinanza ex art. 2409 c.c. del 12.12.2013, inedita).

In ragione di ciò, nel caso in cui sia stato nominato un Commissario Giudiziario, la giurisprudenza di merito, pur non ritenendo inammissibile il ricorso ex art. 2409 c.c., ne disinnescia, di fatto, gli effetti, ritenendo di non sovrapporre al controllo del Commissario Giudiziale quello di un amministratore giudiziario o di un ispettore.

Per poterne comprendere le motivazioni, è necessario considerare:

- (i) il ruolo del Collegio Sindacale nell'ambito delle procedure concorsuali, con specifico riferimento al rapporto tra quest'ultimo e gli organi della procedura, in *primis* il Commissario Giudiziale;
- (ii) la possibile apertura di un sub-procedimento ex art. 173 L.F., avente ad oggetto i profili gestori dell'attività d'impresa, stigmatizzabili ai sensi dell'art. 2409 c.c.

1. Ai sensi dell'art. 167 L. fall. *«Durante la procedura di concordato, il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa sotto la vigilanza del Commissario Giudiziale e la direzione del Giudice Delegato»*.

## 2. Il rapporto tra Collegio Sindacale e Commissario Giudiziale

L'attività di vigilanza esercitata dal Commissario Giudiziale sotto la direzione del Giudice Delegato, si concretizza in una attività di controllo degli atti di amministrazione della società al fine di verificare che gli stessi non vengano compiuti, da parte degli amministratori, in frode e a danno delle ragioni dei creditori e che siano, al contrario, rispettate le indicazioni fornite dal Giudice Delegato nell'adempimento degli obblighi imposti dalla legge.

Da ciò ne deriva che, se, nel corso delle verifiche periodiche sul controllo contabile della società, il Collegio Sindacale si trovasse ad accertare l'esistenza di operazioni a danno dei creditori, dovrebbe darne immediata comunicazione al Commissario Giudiziale e dovrà porre a disposizione dell'organo di giustizia il risultato delle proprie attività di verifica (A. SPOLIDORO - P. ARGENTO, *L'attività del collegio sindacale nelle procedure concorsuali: considerazioni generali di compatibilità con le norme fallimentari*, Giuffrè, Milano, Anno II Fasc. 1 - 1998).

In linea con l'insegnamento della giurisprudenza: "Il CNDCEC ritiene opportuno che il collegio sindacale informi il commissario giudiziale di eventuali irregolarità riscontrate nella gestione, per consentirgli la tempestiva informazione al tribunale, ai sensi degli artt. 173 (revoca dell'ammissione al concordato) e 185 l.fall. (esecuzione del concordato)" (Cfr. Regole di comportamento del Collegio Sindacale nella Crisi d'Impresa, U.N.G.D.C.E.C., Commissione per il Collegio Sindacale).

In altri termini, il Collegio Sindacale ha il dovere di denunciare al Commissario Giudiziale il debitore qualora, nell'espletamento delle proprie funzioni, venga a conoscenza che egli: abbia occultato o dissimulato parte dell'attivo; abbia dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti; abbia esposto passività insistenti o commesso altri atti di frode. Rinvenuta una delle suddette ipotesi, dopo aver provveduto ad avvisare tempestivamente il Commissario Giudiziale, l'organo di controllo è tenuto a darne notizia al Giudice Delegato (articolo 173 Legge Fallimentare).

Chiarito che la società, una volta ammessa al concordato, prosegue di fatto la propria attività, è di tutta evidenza che l'organo di controllo in capo alla stessa (Collegio Sindacale o Sindaco Unico) deve continuare a svolgere le funzioni di vigilanza nell'interesse dei soci e della società, ai sensi dell'articolo 2403 del codice civile.

Per quanto detto, atteso l'accertato ruolo attivo – sia



pur parzialmente – del collegio sindacale nella fase di adozione di uno strumento di soluzione della crisi, può concludersi che lo stesso organo, debba assumere in seno ad una procedura, un ruolo tanto operativo quanto prudente, volto quindi a vigilare sull'operato degli amministratori, a collaborare con gli organi nominati dal tribunale, e, si ritiene, anche a vigilare sulla corretta esecuzione del piano, anche al fine di scongiurare eventuali esiti negativi dello stesso, che potrebbero poi portare al fallimento con le dovute, ben note, conseguenze, anche sotto il profilo della responsabilità civile e penale.

## 3. Il rapporto tra il controllo ex art. 2409 c.c. e l'art. 173 L.F.

Da quanto illustrato nei paragrafi che precedono si può, quindi, ritenere che:

(i) il Collegio Sindacale ha l'obbligo di segnalare agli organi della procedura concorsuale le gravi irregolarità riscontrate nel corso della sua attività di verifica e controllo;

(ii) l'interesse dei creditori tutelato dal controllo esercitato dal Commissario Giudiziale si sovrappone o coincide con quello della società e dei soci, tutelato dal controllo esercitato dal Collegio Sindacale, in quanto si tratta, in ultima analisi, di salvaguardare il patrimonio della società;

(iii) il controllo ispettivo che potrebbe essere disposto ai sensi dell'art. 2409 c.c. andrebbe a sovrapporsi – anche in termini temporali – a quello svolto dal Commissario Giudiziale e le risultanze di tale controllo sarebbero oggetto di valutazione da parte del Tribunale fallimentare, che potrebbe provvedere ai sensi dell'art. 173 L.F.

Tali considerazioni assumono un significato particolare, in considerazione di una delle caratteristiche ontologiche del ricorso ex art. 2409 c.c.

Come noto, la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie attribuiscono al procedimento ex art. 2409 c.c. natura residuale. Ciò significa che lo strumento del controllo giudiziario non può concorrere con altri rimedi tipici, che possono essere attivati al fine di consentire il superamento delle irregolarità gestorie stigmatizzate.

Alla luce di ciò, si può ritenere che potrebbe essere ritenuta non necessaria, quanto meno, una nuova ispezione, rispetto a quella già svolta – o astrattamente realizzabile – dal Commissario Giudiziale, nell'ambito

della segnalazione ex art. 173 L.F., onde evitare inutili sovrapposizioni.

Perciò, prima di attivare lo strumento ex art. 2409 c.c., dovrà essere informato il Commissario Giudiziale dei fatti oggetto di censura, affinché egli eserciti i poteri ex art. 173 L.F. funzionali alla tutela del patrimonio sociale e alla corretta gestione dell'impresa.

Ciò, peraltro, sarà possibile non solo di fronte a quei fatti che costituiscono ragione di pregiudizio concreto per la società (gli unici denunciabili ex art. 2409 c.c.), ma anche rispetto a quei fatti che costituiscono semplicemente violazioni degli obblighi di trasparenza e correttezza e che, spesso, sono strumentali a successive violazioni con una diretta capacità di determinare un pregiudizio patrimoniale.

Seppur ammissibile, la proposizione del ricorso ex art. 2409 c.c. nei confronti di una società soggetta alla procedura concorsuale, in virtù del carattere residuale di cui è connotato, è opportuno che sia preceduto dal preventivo coinvolgimento degli organi della procedura concorsuale.

Verso questi ultimi andranno dirette le informazioni relative all'esistenza di fatti costituenti gravi irregolarità gestorie, affinché siano esercitati i poteri di controllo ex art. 173 L.F. a tutela dei creditori sociali e il ricorso allo strumento ex art. 2409 c.c. possa essere riservato – laddove ancora necessario – ad una fase successiva all'esercizio di tali poteri da parte degli organi della procedura.

# Cyclist strike al Tour de France.

## La tifosa sbadata, i ciclisti fratturati e il danno risarcibile

68

*Allez opi omi.* Tour de France, 26 giugno 2021. Una signora posizionata a 47 km dal traguardo di Landerneau, a lato della strada, espone un cartello proprio nel momento del passaggio corridori, sorridendo alle telecamere per essere immortalata.

*Allez opi omi:* Forza nonno e nonna.

Tony Martin, corridore della Jumbo-Visma, colpisce in piena velocità il cartello, cade rovinosamente a terra e provoca la caduta di circa una cinquantina di ciclisti. *Allez opi omi* diventa il simbolo di una delle cadute più numerose non solo del Tour de France, ma di qualsiasi evento ciclistico mai corso nella storia.

La signora scappa, non si riesce a rintracciare per diversi giorni.

Poi, forse colpita dal senso di colpa, forse cosciente di essere ricercata in tutta Francia, decide di costituirsi. 1.500 euro di multa e 24 ore di stato di fermo. Il procuratore di Brest, Camille Miansoni, incalzato dalla stampa, dichiara che *“la messa in pericolo di terzi mancando volontariamente agli obblighi di prudenza e sicurezza, procurando involontariamente ferite con prognosi non superiore a tre mesi, può costare fino a due anni di carcere”*. La ASO, società organizzatrice del Tour, provvede a ritirare la denuncia che aveva presentato appena poco l'incidente. Al contrario, l'Associazione Internazionale dei Corridori (CPA) persiste nella denuncia e si costituisce parte civile nel procedimento penale avviato dinanzi al tribunale di Brest. Del resto, il CPA ha precisato di aver intrapreso questa causa non a fini risarcitori, ma di sensibilizzazione al rispetto degli atleti nello svolgimento della loro professione.

Ma tant'è. Presto saremo aggiornati sull'andamento del processo e sapremo le sorti della signora (l'ultimo aggiornamento riguarda la richiesta, da parte dell'accusa, di 4 mesi di carcere con condizionale).

Al momento, invece, si vuole cogliere l'occasione di tale evento per analizzare la seguente questione: se fosse accaduto in Italia, Tony Martin contro chi avrebbe potuto agire per ottenere il risarcimento del danno?

In una gara ciclistica sono coinvolte più parti: gli organizzatori, i ciclisti ed il pubblico. Il ciclista cade perché una persona del pubblico invade la carreggiata. A chi si rivolge il ciclista per ottenere il risarcimento del danno patito?

La risposta più ovvia parrebbe essere nei confronti dello spettatore, che ha materialmente causato la caduta. Lo spettatore, infatti, risponderebbe ai sensi dell'art. 2043 c.c. per avere, con un fatto doloso o colposo (nel caso suindicato, sembra esserci più colpa che dolo nell'azione commessa dalla signora) cagionato un danno ingiusto all'atleta. Peraltro, la prova del nesso di causalità risulterebbe di per sé semplice, dal momento che non vi è dubbio che l'invasione dello spettatore abbia effettivamente causato la caduta del ciclista.

Allo stesso tempo, però, Tony Martin dovrebbe rifarsi anche nei confronti dell'Organizzazione dell'evento ciclistico, la quale ha permesso il verificarsi dell'invasione che ha causato la caduta dei ciclisti. In questo caso, concorrerebbero due diversi tipi di responsabilità: quella contrattuale e quella extra-contrattuale.

Iniziando dalla responsabilità contrattuale, il ciclista, al momento dell'iscrizione alla gara, stipula con l'Organizzazione un contratto, con il quale gli viene garantito lo svolgimento dell'evento secondo quanto indicato nel regolamento di gara. L'Ente Organizzatore è responsabile del buon esito della sua organizzazione. L'adozione di misure di sicurezza per i partecipanti all'attività sportiva costituisce l'oggetto dell'obbligazione dell'Organizzatore<sup>1</sup>; la mancanza assume rilievo quale inadempimento e, quindi, l'Organizzazione si trova a rispondere ai sensi dell'art. 1218 c.c.

Con riferimento, invece, alla responsabilità extra-

1. CARLO GRANELLI, *La responsabilità civile nell'esercizio di attività sportive: l'esperienza italiana*, Riv. La Responsabilità Civile, n. 6, 1 giugno 2012, p. 406.

contrattuale, occorre anzitutto osservare che le gare ciclistiche possono essere qualificate “attività pericolose” o meno sulla base di criteri e caratteristiche specifiche che devono essere valutate a seconda del tipo di competizione<sup>2</sup>. Qualora siano qualificabili sotto la prima classificazione, le gare ciclistiche devono sottostare a due prescrizioni imprescindibili:

- sono sottoposte all’obbligo di adottare determinate misure precauzionali;
- l’esercizio per lo svolgimento delle stesse è sottoposto alla potestà autorizzativa della Pubblica Amministrazione, la quale viene concessa solo qualora venga stipulato, da parte dei promotori, un contratto di assicurazione per la responsabilità civile.

In linea generale è possibile affermare che gli Organizzatori e i Direttori di Gara rispondono dei danni cagionati ad atleti o a spettatori qualora non abbiano rispettato le prescrizioni imposte dagli organi amministrativi, dagli organi tecnici e dai regolamenti sportivi e non abbiano posto in essere tutte le cautele dettate dall’ordinaria diligenza anche se non espressamente contenute nelle suindicate prescrizioni. Ciò in quanto, ai sensi dell’art. 2050 c.c., “*chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di una attività pericolosa per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati è tenuto al risarcimento se non prova di avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno*”.

Qualora, invece, la gara ciclistica non avesse le caratteristiche necessarie alla qualifica di “attività pericolosa”, l’organizzazione risponderà comunque ai sensi del più generico art. 2043 c.c.

Ed ancora, si deve altresì tenere presente che l’organizzatore spesso si avvale di propri collaboratori (cronometrista, medico sportivo, allenatore), del cui operato risponde. Anche in questo caso, però, occorre distinguere tra responsabilità contrattuale e responsabilità extra-contrattuale: nello specifico, l’Organizzazione risponderà propriamente ex art. 1228 c.c. con riguardo ai danni da inadempimento provocati dai propri preposti agli atleti, in ipotesi in cui siano legati contrattualmente all’organizzatore, ed agli spettatori,



nell’ipotesi in cui questi abbiano acquistato un biglietto; mentre risponderà ex art. 2049 c.c. degli illeciti commessi dai propri dipendenti o collaboratori a carico degli spettatori non paganti e comunque dei terzi<sup>3</sup>. In tutti questi casi, tuttavia, occorre comunque tenere a mente la regola di cui all’art. 1227, comma 1, c.c. Potrebbe, infatti, ritenersi, dalle dinamiche dell’incidente, che Tony Martin abbia concorso al determinarsi dell’evento, poiché non ha in alcun modo cercato di evitare l’impatto con la signora. In questa eventualità, dunque, il risarcimento del danno verrebbe diminuito in base alla gravità della colpa del ciclista e all’entità delle conseguenze che ne sono derivate.

Rimane, infine, un’ultima ipotesi da considerare. E se Tony Martin avesse autonomamente causato la caduta degli altri corridori?

Ebbene, in tal caso egli risponderebbe dei danni causati agli altri ciclisti qualora (i) non avesse rispettato le “regole di condotta” contemplate dall’ordinamento sportivo (e, in particolare, dai regolamenti adottati dalle quarantacinque federazioni riconosciute dal C.O.N.I.: ad es., F.I.G.C., F.I.P., F.I.S.E., F.C.I., ecc.)<sup>4</sup>, e (ii) la sua condotta fosse connotata da dolo o colpa grave, pur nel rispetto delle “regole del gioco”. La giurisprudenza ha, infatti, chiarito che l’atleta risponde qualora commetta un atto “*allo specifico scopo di ledere*”<sup>5</sup>; o, quanto meno, occorre che – poiché “è dato di comune esperienza che nel corso di una gara l’ansia di risultato, la stanchezza fisica e la carica agonistica, talora eccessiva, possono comportare delle violazioni

2. Al riguardo, occorre precisare che, posto che nessuna normativa qualifica espressamente quale attività pericolosa la gara ciclistica, come al contrario accade per le gare automobilistiche o motociclistiche, la valutazione della pericolosità dell’attività svolta è effettuata caso per caso in modo insindacabile in sede di legittimità del Giudice, ove correttamente e logicamente motivata (cfr. Cass. Civ. sez. III, 28/02/2000, n. 2220).

3. MARGHERITA PITTALIS, *La responsabilità contrattuale ed aquiliana dell’organizzatore di eventi sportivi*, Riv. Contratto e Impresa, n. 1, 1 febbraio 2011, p. 150.

4. CARLO GRANELLI, *La responsabilità civile nell’esercizio di attività sportive: l’esperienza italiana*, cit.

5. Cass., 8.8.2002, n. 12012. In senso analogo cfr. Trib. Udine, 14.12.2007, in Giur. merito, 2008, 1716; Trib. Arezzo, 30.11.2007, in DeJure; Trib. Arezzo, 28.6.2007, ivi.

non volontarie del regolamento di gara”<sup>6</sup>; poiché è parimenti dato di comune esperienza che la competizione sportiva, in molte discipline, “non può essere efficacemente svolta senza energia, aggressività, velocità, rapidità di decisioni, istintività di reazioni”, non sempre compatibili “con un elevato grado di considerazione dell’altrui incolumità e col costante rispetto delle regole del gioco”<sup>7</sup> – l’atto sia compiuto “con un grado di violenza o di irruenza incompatibile con le caratteristiche dello sport praticato”<sup>8</sup>; in tal caso, infatti, “l’avversario viene esposto ad un rischio superiore a quello accettabile dal partecipante medio, cioè ad un rischio non consentito, sul presupposto che chi pratica sport accetta di esporsi, entro determinati margini di rischio, a certe tipologie di eventi che possono originare un danno, (...) ma non a violazioni del dovere di lealtà che si risolvano nel disprezzo per l’altrui integrità fisica”<sup>9</sup>.

Ovviamente, non è il nostro caso, tuttavia è giusto ricordare anche tale eventualità, poiché, come tanti appassionati di ciclismo sapranno, proprio lo scorso anno, durante la prima tappa del Giro di Polonia, Dylan Groenewegen, professionista della Jumbo-Visma, nello sprint finale a circa 80 km/h, spingeva Fabio Jakobsen, atleta della Deceuninck-Quick Step, contro le transenne, causandogli molteplici traumi alla testa e profonde ferite, tali da rendere necessari 130 punti di sutura e la ricostruzione totale della mascella. Dylan Groenewegen è stato squalificato per 9 mesi, ma per quel che più ci interessa, è stato citato in giudizio da Lefevere, numero uno della Deceuninck-QuickStep, per il risarcimento dei danni patiti da Jakobsen, insieme all’ente organizzatore del Giro di Polonia, colpevole di non aver messo correttamente in sicurezza le transenne all’arrivo della tappa.

6. Cass., 8.8.2000, n. 8910.

7. Cass., 8.8.2002, n. 12012.

8. Cass., 8.8.2002, n. 12012; in senso analogo *cfr.*, da ultimo, Cass. pen., 19.7.2011, n. 28772; Trib. Arezzo, 28.6.2007, in *DeJure*.

9. Trib. Piacenza, 1.6.2010.

ALESSANDRO PICONI

## Conflitto societario: *russian roulette* o composizione arbitrale?

### Premessa

Il conflitto è insito nell'uomo. Variano le forme, le modalità, l'intensità, ma permane l'esperienza che spesso è anche stimolo di crescita.

Chiunque si occupi di diritto societario è ben consapevole che i rapporti così costituiti sono tutt'altro che esenti dal conflitto e si trova frequentemente ad affrontare discussioni, schermaglie o vere proprie battaglie o guerre tra i soci.

Il conflitto – o meglio un conflitto che può diventare insanabile – è endemico e si verifica più frequentemente nelle società (perlopiù di persone o a responsabilità limitata) in cui la compagine sia composta da due soci, entrambi con la medesima quota di partecipazione (in questo caso il prof. Tantini parlava di un matrimonio senza divorzio).

In questi casi serve un'assistenza professionale che aiuti i soci a prevenire o quantomeno “curare” (*rectius* gestire), e quindi risolvere, il conflitto insorto.

Perché la conflittualità all'interno della società, conduce spesso ad uno stallo decisionale (quello che viene chiamato, tecnicamente, “*deadlock*” e che si concretizza nell'impossibilità per l'assemblea dei soci o per l'organo di gestione di formare una maggioranza e conseguentemente deliberare) o comunque ad un conflitto non altrimenti risolvibile (situazioni entrambe e genericamente riassunte nella definizione di “*trigger events*”), che è molto pericoloso per la vita stessa della società, poiché può condurre, laddove non trovi soluzione, anche alla sua messa in liquidazione ai sensi (stanti le note previsioni in tema di cause di scioglimento delle s.r.l. previste dall'art. 2484, comma 1, c.c., in particolare dai numeri 2<sup>1</sup> e 3). E le conseguenze possono essere assai disastrose.

Come si è accennato appena sopra, la prevenzione

di tali situazioni è sempre il modo migliore per salvaguardare la società e gli interessi dei soci. Per prevenire una situazione di stallo (non il conflitto in sé e per sé, vista l'assenza di strumenti terreni efficaci per evitarlo) – che può diventare logorante – si possono adottare numerosi accorgimenti tecnici e giuridici, ma è fondamentale prima di tutto che siano i soci a comprenderne, sin dalla stipula del contratto sociale, l'importanza.

Gli strumenti di prevenzione possono essere validamente inseriti sia nello Statuto, sia in un patto parasociale e, come detto, possono essere i più disparati (*casting vote*, clausole anti stallo, *put and call options*, e via discorrendo).

In queste brevi riflessioni, però, ci si vuole concentrare su due strumenti che sono l'arbitraggio e la *russian roulette clause* (chiamata anche patto del *cowboy*, e che si inserisce comunque all'interno della categoria delle clausole anti stallo), in quanto utilizzabili – con alcuni possibili aggiustamenti – anche nelle situazioni in cui non c'è stata attività di prevenzione e ci si trova a gestire (e auspicabilmente risolvere) la situazione di stallo.

In ogni caso, è evidente che in una situazione di conflitto insanabile – e quindi con il venire meno dell'*affectio societatis* – l'unica soluzione è quella di sciogliere il rapporto sociale attraverso l'uscita di un socio (o di una delle compagini comunque contrapposte).

È bene ricordare, per completezza, che ci sono anche strumenti che consentono il superamento dello stallo decisionale e la contemporanea prosecuzione del rapporto sociale (basti pensare ai sopra citati *casting vote*), ma nei casi di conflitto divenuto insanabile (e in particolar modo nelle situazioni di compagini sociali paritarie) si ottiene soltanto l'effetto di prolungarne l'agonia.

1. Si veda, in particolare, la sentenza Cass. Civ. n. 4857/1989.



\*\*\*

### L'arbitraggio e alcuni spunti di applicazione pratica

Il primo strumento di cui si vuole trattare, senza pretesa di esaustività, è quello dell'arbitraggio quale strumento risolutivo del conflitto.

Com'è noto, l'arbitraggio è previsto nel nostro ordinamento in forza del disposto di cui all'art. 1349 c.c. e consiste nell'affidare ad uno o più soggetti terzi (detti, appunto, arbitralori) la determinazione della "prestazione" di un negozio giuridico.

Secondo la norma, le parti possono rimettersi al "mero arbitrio" (*merum arbitrium*) del terzo, demandando il giudizio alla piena discrezione dell'arbitratore e, di conseguenza, lo stesso potrà determinare l'oggetto della prestazione secondo la propria libera scelta; ovvero rimettere all'arbitratore il c.d. *arbitrium boni viri* (il c.d. equo arbitrio), nel qual caso il terzo dovrà decidere con equo apprezzamento ed il proprio giudizio dovrà essere ispirato al contemperamento degli opposti interessi delle parti.

La scelta tra la prima e la seconda ipotesi, entrambe previste nel primo comma dell'art. 1349 c.c., non in-

cide soltanto sulla discrezionalità e quindi sui poteri del terzo arbitratore, ma anche sulla impugnabilità e sulla contestazione del suo giudizio: nel primo caso, infatti, le parti potranno impugnare l'atto dell'arbitratore soltanto dimostrando la sua mala fede (art. 1349, comma 2, c.c.), ossia – ad esempio – laddove l'arbitratore abbia scientemente deciso di favorire una parte in danno dell'altra; nel secondo caso, invece, le parti potranno rivolgersi al Giudice, che a quel punto si sostituirà all'arbitratore nella determinazione dell'oggetto della prestazione (decidendo secondo equità), in caso di rifiuto o mancata determinazione da parte del terzo, ovvero in ipotesi di manifesta o iniqua erronea determinazione.

Ora, l'arbitraggio, evidentemente, è stato concepito per ogni rapporto negoziale e (forse) nei pensieri del legislatore il contratto sociale non era proprio la prima fattispecie ipotizzata.

L'esperienza applicativa, però, ha portato ad inserirlo negli Statuti (o negli atti costitutivi) o nei patti parasociali come strumento utile a prevenire o risolvere una situazione di stallo.

Frequentemente, quindi, ci si trova davanti a clausole (più o meno efficaci) che demandano – in certe ipotesi – ad un terzo soggetto la determinazione del valore

delle partecipazioni con l'accordo che tale valore costituirà il prezzo di acquisto dell'altrui quota.

Si tratta di clausole molto utili, ma solo laddove sono effettivamente ben costruite.

Il primo elemento essenziale che deve essere individuato efficacemente è la definizione di stallo decisionale. Troppo spesso si leggono clausole vaghe e che lasciano ampio margine di dubbio rispetto al significato di stallo, che però costituisce il presupposto necessario per attivare il meccanismo della clausola, sicché è evidente che maggiore sarà la precisione e la chiarezza, maggiore sarà l'efficacia della clausola e minore sarà il rischio di conflitto.

Creare una clausola per prevenire il conflitto, che ne crea uno molto insidioso a propria volta, non è mai il miglior modo di agire.

Un consiglio di massima, dunque, è quello di non indicare genericamente che "in caso di stallo decisionale" le parti potranno demandare ad un terzo la valutazione, ma di definire compiutamente cosa si intende per stallo decisionale.

Volendo fare un esempio concreto, è bene precisare che per stallo decisionale, si intende il mancato raggiungimento del *quorum* deliberativo e/o costitutivo dell'assemblea dei soci e/o del consiglio di amministrazione per due o tre (o più) sedute consecutive. Può essere anche limitato l'oggetto delle delibere che conducono allo stallo, ad esempio conferendo rilevanza soltanto alle deliberazioni inerenti il bilancio di esercizio, ovvero lasciando tale aspetto maggiormente generico, conferendo importanza a tutte le possibili deliberazioni.

Definito il concetto di stallo decisionale all'interno della clausola, si deve logicamente passare alla modalità di nomina del terzo arbitratore e l'individuazione del tipo di potere decisionale in capo al medesimo, nei termini sopra individuati (mero arbitrio o equo apprezzamento).

A tale riguardo, si può rimandare all'accordo delle parti e/o alla nomina da parte di un terzo, come accade nelle clausole compromissorie, ovvero ancora individuare già uno o più soggetti che andranno a rivestire la carica (quest'ultima ipotesi è sconsigliabile, per molteplici e tutte intuibili ragioni).

È consigliabile fissare un termine (con *dies a quo* necessariamente ancorato al verificarsi della causa di stallo) entro il quale ciascuna delle parti, anche a pena di decadenza (ossia decorso il quale non si potrà attivare la clausola fino ad un determinato momento o al verificarsi di una nuova ed ulteriore causa di stallo), si impegna a nominare o chiedere la nomina del terzo.

È altresì possibile stabilire il necessario esperimento di un previo tentativo di conciliazione, che sia rimesso ad un organo conciliativo, oppure anche ad un semplice tentativo delle parti di trovare una soluzione senza ricorrere allo strumento dell'arbitraggio, con conseguente ed evidente risparmio di costi.

È chiaro che questa ipotesi, oltre a dover necessariamente essere ben circoscritta temporalmente, potrebbe rivelarsi un buco nell'acqua, anche perché quando due soci sono giunti ad una situazione di stallo (a cui magari a livello preparatorio o nelle more gli stessi hanno già avuto modo di scontrarsi più o meno energeticamente), probabilmente il rapporto è già divenuto insanabile, è venuto meno il dialogo, si è già entrati in un livello personale che ormai prescinde dall'interesse sociale e che offusca la strada della bonaria soluzione interna.

Stabilite le modalità di nomina, poi, si deve fissare il punto forse più rilevante e certamente più concreto: l'effetto o comunque l'utilizzo del risultato della valutazione del terzo arbitratore e gli eventuali obblighi e diritti delle parti. È il tema più complesso, non tanto per concepirlo (che pure richiede una buona dose di riflessione), quanto per pattuirlo. Bisogna infatti inserirsi in un contesto – qual è quello della costituzione di una nuova società – che è senz'altro entusiasmante ed amichevole, e questo frena il lucido ragionamento sui possibili risvolti negativi che potrebbero verificarsi in un certo momento del rapporto sociale.

Del resto, è la medesima eterna questione che si pone in molti ambiti della vita e del diritto, come ad esempio nelle successioni, dove spesso si trascura il "sarà" e si guarda solo all'"è".

Ad ogni modo, volendo fare degli esempi pratici, il risultato potrà essere utilizzato, ad esempio, quale base d'asta, così che sia consentito a ciascuna delle parti acquistare la quota dell'altra. In tal caso, è bene precisare sia il termine entro il quale ciascuna delle parti può far pervenire l'offerta all'altra, oppure stabilire le modalità ed i termini dell'asta, gli eventuali rilanci (magari fissando una percentuale o un importo minimo), sia prevedere le conseguenze della mancata presentazione dell'offerta o la mancata attivazione dell'asta entro il termine fissato.

La conseguenza della mancata attivazione, a parere di chi scrive, non potrà che essere la messa in liquidazione della società (salva la miracolosa riconciliazione delle parti), sia quale deterrente, soprattutto nei casi in cui la valutazione scontenti tutti (cosa assai frequente), alla permanenza dello stato di paralisi, sia per non vedere svuotata di significato e priva di effet-

to la clausola stessa, oltre che l'accertamento svolto dall'arbitratore.

Un'altra ipotesi, è quella di attribuire il diritto ad una parte di acquistare al prezzo stabilito dall'arbitratore, ovvero obbligarla ad acquistare, ed evidentemente l'obbligo reciproco a vendere in capo all'altro socio.

Quest'ultima ipotesi consente una soluzione più agevole e forse in certi termini più equa della separazione, ma è quella più difficile da digerire in sede di costituzione della società, perché crea (quantomeno in ottica psicologica) un immediato squilibrio tra i soci.

Come evidenziato in premessa, l'arbitraggio – o meglio la sua struttura di massima – può essere uno strumento molto efficace non solo per prevenire lo stallo decisionale (*rectius* stabilire previamente un modo di risoluzione dello stesso), ma anche per risolvere *ex post* il conflitto (in presenza o in assenza di una situazione di stallo decisionale che, comunque, vanno spesso a braccetto).

In questo senso è possibile stipulare una scrittura privata attraverso la quale le parti – previa necessaria evidente individuazione dell'oggetto (che principalmente sarà la partecipazione in una o più società, ma che potrà anche essere estesa a beni immobili, inerenti o meno l'attività, e via discorrendo) – individueranno uno o più esperti (o ne demanderanno la nomina ad un soggetto terzo indipendente) che avranno il compito, eventualmente secondo le regole di cui all'art. 1349 c.c. (da cui trarre spunto, ma che costituiscono invero un punto di partenza e non un limite), di valutare il bene o il complesso di beni che le parti ritengono di dividere o comunque di compravendere.

In questo senso le parti possono stabilire (oltre alle tempistiche di esecuzione del lavoro) anche uno o più criteri particolari a cui l'arbitratore dovrà attenersi nell'operare la propria valutazione, ferma la discrezionalità o l'equo apprezzamento per la parte residua. Si pensi al caso, ad esempio, della valutazione del marchio di un'azienda, oppure di un particolare magazzino. Elementi di valutazione che potrebbero incidere enormemente a seconda del criterio applicato (e sappiamo che possono essere i più disparati e non ve n'è uno esclusivo ed univoco) e le parti potrebbero non voler esporsi all'alea di una valutazione troppo discrezionale solo su quelle partite.

Anche in questo caso, le parti dovranno stabilire come utilizzare il risultato che uscirà dalla valutazione dell'arbitratore e, come sopra, è lasciato ampio spazio all'autonomia negoziale.

Volendo fare delle ipotesi, seguendo l'intento pratico di questo scritto, potrà essere previsto:

- l'obbligo di acquisto in capo ad una sola delle parti (qualora una sola voglia vendere e l'altra acquistare, ma non si sono accordate autonomamente sul prezzo). In questo caso sarà importante prevedere – oltre a quanto si dirà in linea più generale – i rimedi in caso di inadempimento, come ad esempio una previsione espressa sulla scia dell'art. 2932 c.c. e/o una penale per ogni giorno di ritardo rispetto al termine per la stipula del contratto di cessione (o del preliminare), e via discorrendo;
- un diritto in capo ad una delle parti, prevedendo, se del caso, un contro-diritto in capo all'altra parte nel caso di suo mancato esercizio nel termine stabilito, oppure il diritto rilancio in capo all'altra parte e l'eventuale ulteriore rilancio in capo al primo (una sorta di *texas shoot clause*). Ed ancora, prevedere l'obbligo di cessione a terzi in caso di mancato esercizio da parte di entrambe le parti, oppure la messa in liquidazione della società;
- il valore costituisca il prezzo base di un'asta (con necessaria specifica regolamentazione della stessa, come nell'ipotesi "preventiva") tra le parti.

Stabilito l'utilizzo pratico del risultato peritale, sarà importante individuare, almeno in linea di massima, i termini e le modalità di pagamento del prezzo, le garanzie, i termini entro cui stipulare i contratti preliminari e/o definitivi di compravendita (o degli altri o diversi contratti necessari secondo le modalità pattuite) ed eventualmente la reciproca rinuncia ad azioni di responsabilità sociale.

A livello pratico e per eventuali questioni di riservatezza, infine, le parti potranno rimandare ad una scrittura (o ad una lettera di incarico) separata il conferimento dell'incarico all'arbitratore.

A parere di chi scrive, l'arbitraggio (o comunque, più in generale, l'affidamento della valutazione ad un esperto terzo indipendente) costituisce un modo assai efficace e soddisfacente di risolvere il conflitto societario. Il perito, infatti, anche eventualmente con l'affiancamento dei consulenti di fiducia di ciascuna delle parti, potrà procedere alla più ampia analisi della documentazione sociale e ad ogni più ampia ispezione, e questo è molto importante perché consente di avere una panoramica reale di quelli che sono i valori della società e consente di superare eventuali sovrastime o sottostime operate singolarmente dalle parti, magari indotte in questo senso da una non completa *disclosure* da parte della compagine – talvolta presente – prevaricante.



\*\*\*

### La russian roulette (o patto del cowboy). Una breve analisi

Una seconda ipotesi – che può anche integrare la prima, all'interno di una scrittura privata, ancorché la sua previsione si addica maggiormente alle ipotesi di prevenzione, da inserire, dunque, nell'atto costitutivo, nello statuto<sup>2</sup> o in un patto parasociale – è quella della c.d. *russian roulette* o del patto del *cowboy*, che costituisce probabilmente la clausola più utilizzata all'interno dei contratti (soprattutto internazionali) per risolvere i casi di stallo decisionale (ed è, infatti, a pieno titolo una clausola anti-stallo).

Si tratta – volendo sintetizzare – di una clausola con cui viene concesso (secondo lo schema dell'obbligazione alternativa di cui all'art. 1285 c.c.) ad ognuna

delle parti di poter vendere ed acquistare la quota dell'altro. Si verificherà, dunque, in concreto, che uno dei soci potrà notificare all'altro la propria offerta irrevocabile di acquisto, fissando un determinato prezzo. A quel punto, la parte che ha ricevuto l'offerta (l'oblato) ha due possibilità: accettare di vendere la propria quota o le proprie azioni al prezzo offerto, ovvero, entro un termine prestabilito, rifiutare l'offerta e acquistare al medesimo prezzo.

La clausola è ormai nota, non solo per il nome suggestivo, ma perché è stata oggetto (come molte altre clausole atipiche in uso nei contratti commerciali, soprattutto internazionali) di un acceso dibattito che solo in epoca recente è stato (in parte) risolto, riconoscendone la sua piena legittimità e validità, a condizione che sia compatibile “con il principio di equa valorizzazione della partecipazione obbligatoriamente dismessa” (Tribunale di Roma, sentenza n. 19708 del 19.10.2017<sup>3</sup>).

2. Tema molto importante, perché attraverso l'inserimento nello statuto il meccanismo produrrà i propri effetti non solo tra le parti originarie (come accade nell'ipotesi di inserimento in un patto parasociale o in generale in una scrittura privata), ma anche nei confronti di qualsiasi soggetto che subentrerà nel contratto sociale.

3. La sentenza del Tribunale di Roma, in particolare e per quel che qui interessa, ha statuito che:

a. la clausola è meritevole di tutela, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1322, comma 2, c.c., in quanto idonea a risolvere lo stallo decisionale, tutelando l'affare comune, proteggendo

Il problema principale sollevato rispetto alla *russian roulette* è l'assenza di un criterio di valorizzazione della quota, la cui valutazione, in sostanza, sembrerebbe rimessa al mero arbitrio della parte che per prima notifica l'offerta irrevocabile d'acquisto, mentre l'ordinamento ritiene lecita la determinazione unilaterale del contenuto del contratto solo nel caso in cui la stessa sia operata in base a fattori oggettivi, fattuali, verificabili, e mai in base al mero arbitrio.

Il Tribunale di Roma, dunque, è stato chiamato ad accertare la nullità della clausola, vagliandone la liceità e la rispondenza ad interessi meritevoli di tutela per l'ordinamento (in forza dell'art. art. 1322, comma 2, c.c.).

Il Giudice romano, com'è ormai noto, ha risolto la questione escludendo che siffatta clausola consenta ad una delle parti di determinare il prezzo della partecipazione secondo mero arbitrio (si veda, rispetto alla motivazione della sentenza, più diffusamente, la nota a piè di pagina *sub* 3).

Invero, è bene precisare che il dibattito non è del tutto sopito, nel senso che la Suprema Corte di Cassazione non ha ancora avuto modo di pronunciarsi e gli arresti giurisprudenziali di merito si contano sulle dita di una mano<sup>4</sup> (ad oggi chi scrive ne conosce soltanto due).

---

il progetto imprenditoriale ed evitando i costi e le lungaggini della procedura di liquidazione della società;

b. è da escludersi la nullità della clausola in ragione della mancanza di un criterio predeterminato di equa valorizzazione, poiché *“il meccanismo complessivo previsto dalla clausola della roulette russa consente di escludere che la determinazione del corrispettivo fosse rimesso al mero arbitrio della parte”*, considerato che *“la convenzione di roulette russa, per la sua intrinseca struttura, assicura l'equilibrio negoziale indipendentemente da quale sia il criterio utilizzato per la determinazione del valore della quota da acquistare o vendere: tale equilibrio è garantito dalla circostanza che la scelta tra l'acquisto e la vendita spetta alla parte che non ha operato la determinazione del prezzo.”*.

c. la clausola non è da ritenersi neppure in contrasto con l'art. 2265 c.c. in tema di divieto di patto leonino, in quanto *“le clausole antistallo non sono idonee ... ad escludere un socio dalla responsabilità della gestione ovvero a consentire ad uno di essi di approfittare di una determinata situazione per escludere l'altro. Infatti, la parte cui è attribuita la facoltà di assumere l'iniziativa di attivare la procedura non è libera di farlo in qualsiasi momento, essendo tale facoltà vincolata al verificarsi di uno degli eventi, indicati nella clausola stessa, di incapacità decisionale delle società o di scadenza del patto parasociale”*.

4. Si segnalano, pur non trattandosi di arresti giurisprudenziali, ma comunque di importanti interventi, la massima n. 181 del 2019 del Consiglio Notarile di Milano – che, di fatto, conferma la validità ed efficacia della clausola – e le massi-

La pronuncia più nota è quella che abbiamo citato (e già diffusamente riportata in numerosi articoli), che di recente, peraltro, ha trovato ampia conferma con la sentenza della Corte d'Appello di Roma del 03.02.2020.

In particolare, la corte territoriale romana, nel confermare ed aderire alla pronuncia del Giudice di prime cure, ha ribadito che il meccanismo contenuto nella *russian roulette* *“scongiora la determinazione di un prezzo iniquo”*, poiché l'oblato ha l'alternativa di subire l'acquisto o di rovesciare la situazione ed acquistare al medesimo prezzo.

Il passaggio più interessante delle due sentenze citate è quello relativo all'esclusione della necessità di prevedere all'interno della clausola di *russian roulette* un meccanismo di equa valorizzazione delle partecipazioni, poiché il rischio di determinazione di un prezzo iniquo da parte di chi assume l'iniziativa è da considerarsi escluso dalla stessa struttura della clausola, in quanto viene concesso all'oblato di rovesciare la situazione e di acquistare a propria volta ed al medesimo prezzo la partecipazione altrui.

Si tratta, come detto, del principio che ne salvaguarda la legittima e rende meritevole di tutela e, al contempo, è l'aspetto che la rende stimolante.

Il ragionamento svolto dai Giudici romani, del resto, è assolutamente condivisibile e ineccepibile sotto il profilo logico. La parte che assume l'iniziativa è indotta a fare il prezzo più corretto, veritiero ed equo, perché – è assai intuibile – se lo facesse troppo basso, potrebbe essere costretto a vendere ad un prezzo irrisorio, mentre se lo facesse troppo alto si troverebbe a dover acquistare ad un valore fuori mercato.

Da questo punto di vista la parte che si trova in una posizione di maggiore forza è quella che riceve l'offerta, l'oblato. È evidente però la grande incidenza che è data dalla situazione psicologica e dalla volontà – manifestata o meno – reciproca delle parti e sono questi gli elementi su cui poi dovrà essere giocata la partita. È interessante citare, infine, nel trattare l'argomento, la clausola di tipo *“texas shoot”*, in quanto molto

---

me nn. 72-73/2020 del Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Prato e Pistoia. Tutte, nel medesimo senso, hanno affermato la legittimità della clausola *“indipendentemente dalla previsione di un meccanismo di predeterminazione del prezzo della partecipazione oggetto del trasferimento; in particolare, la validità della clausola non soggiace alla condizione che siano indicati criteri da seguire per la determinazione del prezzo e che quest'ultimo sia almeno pari al valore di liquidazione della partecipazione spettante al socio receduto ai sensi degli artt. 2437-ter e 2473 c.c.”*.

simile alla *russian roulette*, ma con la possibilità per il soggetto che ha attivato la clausola e ha ricevuto l'offerta di acquisto da parte dell'oblato, di rilanciare ad un prezzo maggiorato ed acquistare a propria volta la quota.

\*\*\*

## Conclusioni

A conclusione di queste brevi riflessioni non è possibile dare una risposta netta – stante quanto esposto – alla domanda contenuta nell'intestazione. Possiamo però affermare che l'arbitraggio è una buona soluzione per prevenire (seppur con alcuni limiti) o superare lo stallo decisionale, ovvero per definire efficacemente (e con alcuni aggiustamenti) lo scioglimento del rapporto sociale; mentre la *russian roulette* è più utile laddove prevista sin dalla costituzione della società,

sia a livello statutario, sia attraverso un patto parasociale, ma nulla esclude che possa essere inserita in una scrittura privata successiva al sorgere del conflitto al fine di dirimere la vertenza.

Quel che è certo è che anticipare le ipotesi di risoluzione del rapporto sociale sin dalla sua instaurazione o comunque adottare meccanismi di prevenzione dello stallo decisionale, seppur possa apparire incoerente o, per i più scettici, addirittura auspicio di sciagure e comunque – in una certa misura – contraddittorio rispetto alla scelta di associarsi, si rivela assai utile per evitare maggiori problematiche future, per scongiurare conflitti sterili e futili, nonché – e soprattutto – per salvaguardare al meglio la sorte della società e del progetto imprenditoriale, consentendo di risolvere il rapporto in maniera più rapida e permettendo di concentrarsi esclusivamente sull'attività aziendale, in tempi molti più veloci di quelli attesi da una guerra all'interno degli organi sociali e/o sul piano giudiziale.



**Olivetti Lettera 32** la portatile di tutti

1968

SAMUEL SCANDOLA

## Quando Facebook disattiva il profilo: Davide contro Golia

Come altri 2,2 miliardi di persone, anche l'avvocato bolognese V. D. G. era titolare di un profilo personale su Facebook da circa dieci anni. Non solo. V. D. G., infatti, gestiva due pagine tematiche relative alle sue due più grandi passioni (oltre al diritto, beninteso): "Libri e riviste storia militare" e "Collezionismo militare e legge".

Possiamo solo immaginare lo stupore e il rammarico dell'avvocato quando, nel gennaio 2020, scopriva che Facebook, improvvisamente e senza fornire alcuna spiegazione, aveva rimosso entrambe le pagine tematiche e disattivato il suo profilo personale.

Alle insistenti richieste di V. D. G., Facebook si limitava a rispondere che il profilo e le pagine erano stati rimossi definitivamente. Di conseguenza, quand'anche l'avesse voluto, al social network non sarebbe comunque stato possibile ripristinare i contenuti tanto cari all'avvocato.

A V. D. G. non restava che adire le vie legali. E così ha fatto. Con ricorso *ex art. 702-bis c.p.c.*, l'avvocato conveniva in giudizio il colosso di Zuckerberg davanti al Tribunale di Bologna, chiedendo la condanna al ripristino delle pagine e del profilo (con annessa penalità di mora, in caso di indugio), oltre ad un inedito risarcimento dei danni.

Facebook si costituisce, ma la difesa è debole e contraddittoria. Eccepisce innanzitutto l'incompetenza del Tribunale, sostenendo che l'avvocato avrebbe gestito le pagine e il profilo (anche) a fini professionali, e che non potesse pertanto essere considerato un consumatore. Di conseguenza, il foro competente non sarebbe quello del consumatore, bensì quello convenuto dalle parti. Nel merito, invece, Facebook si limita a... non dedurre alcunché! Oltre al profilo e alle pagine, infatti, il social network avrebbe distrutto ogni documentazione contrattuale rilevante, sicché si troverebbe impossibilitato anche a risalire alle ragioni del recesso.

Forse proprio per la debolezza della difesa di Facebook, o forse cavalcando l'onda del *big is bad*, il giu-

dice bolognese accoglie le domande dell'avvocato, e condanna il social network a risarcire il danno non patrimoniale patito dal ricorrente, quantificato nella somma di € 14.000,00. Inoltre, considerata la condotta processuale profondamente scorretta tenuta dalla resistente (la cancellazione di tutta la documentazione contrattuale e la conseguente impossibilità di risalire alle specifiche del rapporto incorso), il Tribunale di Bologna condanna Facebook anche al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 96, co. 3, c.p.c., quantificato nell'ulteriore somma di € 12.000,00.

Insomma, in totale, un bel bottino di € 26.000,00 per V. D. G.

Singolare, tuttavia, è il percorso argomentativo tracciato dal giudice per giungere a questo risultato. Volendo provare, prima del giudice, ad inquadrare la vicenda, si può partire dall'ovvio: se responsabilità c'è, questa sarà contrattuale<sup>1</sup>.

È pacifico, infatti, che tra l'utente e il gestore di un social network sussista un rapporto contrattuale. Meno pacifico, invece, è se questo rapporto sia gratuito o oneroso.

Il contenuto del contratto, come viene solitamente presentato nei *Terms and Conditions* di una piattaforma, dovrebbe essere il seguente: il gestore si impegna a fornire all'utente il servizio di *social network* e l'utente si impegna, tutt'al più, ad utilizzarlo nel rispetto dei Termini d'Uso. Apparentemente, dunque, si tratta di un contratto gratuito, con tutte le conseguenze del caso: moderazione del risarcimento nel caso di inadempienza del gestore (salvo in caso di lesione dei diritti fondamentali della persona); esclusione dei rimedi previsti per i contratti a prestazioni corrispettive; interpretazione a favore dell'obbligato (art. 1371 c.c.)<sup>2</sup>.

1. Ovviamente, con ciò non si vuole escludere la potenziale rilevanza extracontrattuale della condotta del social network, in virtù del principio del cumulo.

2. Non bisogna tuttavia dimenticare che, nel quadro argo-

Tuttavia, andando a vedere più da vicino il modello imprenditoriale della piattaforma, è chiaro come esso si fondi sullo sfruttamento dei dati personali degli utenti, mediante i quali la piattaforma è in grado di offrire agli inserzionisti – questa volta, dietro corrispettivo pecuniario – un servizio di *advertising* calibrato sulle preferenze degli utenti stessi. L'utente, quindi, cede, più o meno consapevolmente (più meno che più, in realtà) i propri dati personali alla piattaforma. In ciò, ossia nel consenso allo sfruttamento dei propri dati personali, potrebbe consistere la controprestazione dell'utente, idonea a fondare la natura onerosa del rapporto con il gestore della piattaforma.

Questa lettura, sicuramente più aderente alla realtà dei fatti, e ora legislativamente confortata dall'art. 3, 1° comma, della direttiva 2019/770/UE, oltre che da una recente pronuncia del Consiglio di Stato<sup>3</sup>, consente di dissipare ogni dubbio sull'ipotesi – comunque non pacifica<sup>4</sup> – di moderare il risarcimento in caso di inadempimento del gestore della piattaforma, prospettabile esclusivamente nel caso di contratti gratuiti.

In definitiva, quindi, accogliendo quest'ultima lettura – come peraltro ha fatto il Tribunale di Bologna nella pronuncia in commento – si potrebbe affermare che sussiste un rapporto contrattuale tra l'utente e il gestore del social network, e che questo rapporto ha natura onerosa.

Ciò premesso, ai sensi dell'art. 1218 c.c., l'obbligazione risarcitoria sorge se, oltre al titolo, sussistono i seguenti presupposti: inadempimento; danno; nesso di causalità tra inadempimento e danno.

Il profilo dell'inadempimento, nel caso in parola, è forse il più problematico. È vero, infatti, che il social network ha interrotto la somministrazione del servizio dedotto nel contratto, ma lo ha fatto dopo aver esercitato il recesso. Se il recesso fosse stato legittimamente esercitato, è evidente che l'interruzione della somministrazione non potrebbe essere considerata inadempimento del gestore.

Il Tribunale di Bologna fa leva su proprio su questo argomento: richiamandosi ai Termini d'Uso di Facebook,

---

mentativo del giudice, l'utente è qualificato come consumatore, per cui, quand'anche il contratto fosse gratuito, troverebbe verosimilmente applicazione l'art. 35, co. 2, cod. cons., che sancisce la prevalenza dell'interpretazione più favorevole per il consumatore.

3. Cons. Stato, 29 marzo 2021, n. 2631, in *Giustiziavivile.com*, 18 maggio 2021, con nota di RICCIUTO E SOLINAS.

4. Cfr. A. GIANOLA, *Atti gratuiti non liberali*, in *Digesto civ.*, Agg., Torino, 2010, p. 45; ma, a sostegno dell'opposto principio v. R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, IV ed., Torino, 2016, p. 1140.

qualifica sì queste clausole come una forma di recesso impugnatorio, ma circoscrive il diritto di recesso della piattaforma a queste sole ipotesi, negando la sussistenza di un diritto di recesso *ad nutum* (evidentemente di carattere determinativo) del gestore della piattaforma. In altri termini, Facebook avrebbe potuto recedere dal contratto nelle sole ipotesi specificamente previste nei Termini d'Uso (che riguardano i casi in cui l'utente violi gli standard della Community o norme di legge), peraltro con l'obbligo convenzionale del preavviso e della motivazione. Conseguentemente, essendo esclusa ogni diversa forma di recesso *ad nutum*, il recesso che non sia fondato su queste ipotesi non è recesso, dovendo diversamente essere qualificato come inadempimento da parte del gestore. Ma poiché Facebook non sarebbe stato in grado di collegare il recesso unilaterale ad una specifica violazione da parte dell'utente dei Termini d'Uso, il gestore della piattaforma dovrebbe essere considerato inadempiente, e quindi tenuto al risarcimento del danno. Nel caso di specie, dunque, la disattivazione del profilo sarebbe da considerare inadempimento del gestore della piattaforma.

Per quanto formalmente corretta, la soluzione del Tribunale bolognese non è priva di rilievi problematici. Indipendentemente dalla qualificazione del rapporto contrattuale tra il gestore di un *social network* e l'utente – sia esso riconducibile alla figura dell'appalto di servizi, nonché ad un contratto di godimento o ad altre figure atipiche – è, infatti, innegabile che si tratti di un contratto a tempo indeterminato<sup>5</sup>.

Qualora il contratto fosse ricondotto all'appalto di servizi, troverebbe verosimilmente applicazione – in forza del richiamo dell'art. 1677 c.c. – l'art. 1569 c.c., che attribuisce espressamente ad entrambe le parti il diritto di recedere dalla somministrazione a tempo indeterminato, salvo il preavviso nel termine pattuito (o, in mancanza, in quello stabilito dagli usi, ovvero di un termine congruo). Chiaramente, ai sensi dell'art. 1374 c.c., la norma citata troverebbe in ogni caso applicazione al caso in esame, quand'anche le parti non ne avessero fatto menzione. Conseguentemente, sia l'utente – ma nel suo caso è pacifico, deponendo in tal senso anche la normativa sulla tutela dei dati personali – sia il gestore della piattaforma potrebbero

---

5. Sulla qualificazione del contratto di *social network* ci si richiama a C. PERLINGERI, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli 2014, ma cfr. anche T. PASQUINO, *I contratti di fornitura di servizi telematici*, in R. CLARIZIA (a cura di), *I contratti informatici*, in P. RESCIGNO-E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, VI, Torino, 2007, p. 522 ss.

recedere dal contratto in qualsiasi momento e senza giustificazione alcuna, salvo l'obbligo – per il gestore – di un congruo preavviso.

Ma alla stessa conclusione (sussistenza di un diritto di recesso *ad nutum* in capo ad entrambe le parti) si giungerebbe anche qualora il contratto tra il gestore della piattaforma e l'utente fosse ricondotto a figure contrattuali del tutto atipiche o, comunque, prive di un recesso *ad nutum* normativamente previsto. Come si è evidenziato, infatti, indipendentemente dalla sua qualificazione giuridica, è innegabile che il “contratto di *social network*” sia un contratto a tempo indeterminato. Al riguardo, da lungo tempo la dottrina è giunta ad affermare l'applicabilità del recesso *ad nutum* a tutti i contratti – anche atipici – a tempo indeterminato, quand'anche un simile diritto di recesso non sia stato convenzionalmente previsto dalle parti<sup>6</sup>. Risponderebbe, infatti, ad un principio generale dell'ordinamento (di ordine pubblico, eventualmente integrabile nel contratto ai sensi dell'art. 1374 c.c.) l'inammissibilità di vincoli personali perpetui o, comunque, privi di un termine.

Meno pacifico, ma comunque prevalente, è l'orientamento che richiede, in ogni caso, salvo eccezioni normativamente previste, che il recesso determinativo sia preceduto da un congruo preavviso, sebbene non sia chiaro quali effetti conseguano – se l'illiceità e inefficacia del recesso o il mero sorgere di un diritto risarcitorio – al mancato preavviso. Ad ogni modo, nel caso in esame, l'utente è un consumatore. Di conseguenza, troverà applicazione anche l'art. 33 cod. cons., che, al comma 2, lett. h), annovera tra le clausole che si presumono vessatorie quelle che consentono al professionista di recedere da contratti a tempo indeterminato senza un ragionevole preavviso, tranne nel caso di giusta causa. Di conseguenza, per l'individuazione del profilo dell'inadempimento, l'argomentazione del giudice avrebbe dovuto innestarsi non tanto sul recesso in sé, bensì sul mancato preavviso del recesso determinativo esercitato dal gestore del social network.

Anche il secondo profilo, quello del danno, presenta diversi profili problematici.

Innanzitutto, si tratta – e questo punto non è in discussione – di un danno non patrimoniale, risarcibile anche nel quadro della responsabilità contrattuale<sup>7</sup>. Com'è noto, a differenza del danno patrimoniale, il danno non patrimoniale è risarcibile soltanto nei casi

previsti dalla legge (art. 2059 c.c.). Il lungo percorso giurisprudenziale culminato nelle celebri sentenze di San Martino del 2008 ha progressivamente eroso la rigidità di questo principio, giungendo ad affermare – in estrema sintesi – la risarcibilità del danno non patrimoniale non solo nelle ipotesi espressamente previste dalla legge, bensì anche in tutti i casi di lesione di diritti costituzionalmente tutelati, a patto che la lesione sia seria e apprezzabile.

Ora, non risulta, allo stato, che esista una disposizione, nel nostro ordinamento, sulla base della quale sarebbe risarcibile il danno non patrimoniale conseguente alla disattivazione illecita del profilo in un social network. Di conseguenza, nel caso in esame, danno non patrimoniale sarebbe risarcibile solo nel caso in cui la condotta tenuta da Facebook costituisca una lesione seria e apprezzabile di un diritto costituzionalmente tutelato. Il Tribunale di Bologna lo individua, in modo forse un poco sbrigativo, rispettivamente nell'art. 2 e nell'art. 21 della Costituzione. In altri termini, la conclusione del giudice si fonda, pur implicitamente, sul condivisibile assunto secondo cui, nella società odierna, un social network costituisce oramai una modalità essenziale di estrinsecazione della vita relazionale di un soggetto, nonché della sua libertà di espressione, sicché la sua lesione può generare un danno non patrimoniale risarcibile, verosimilmente riconducibile alla figura del danno esistenziale. Una seria e apprezzabile limitazione delle modalità di esercizio di un diritto, come può esserlo, per l'appunto, la disattivazione del profilo di un social network, non può che costituire, a sua volta, una forma di lesione del diritto stesso.

Da un lato, infatti, è innegabile che le piattaforme costituiscano, nella società odierna, infrastrutture sempre più essenziali, non solo per le transazioni economiche, ma anche, come nel caso dei *social network*, per l'estrinsecazione della propria vita di relazione e, addirittura, per il dibattito politico. Dall'altro lato, invece, le piattaforme tendono ad operare in mercati fortemente concentrati, e ciò è probabilmente dovuto alla loro stessa natura. Nello specifico caso dei social network, infatti, le forti esternalità di rete (al crescere del numero di utenti, la piattaforma diventa più attrattiva, cosa che attrae ulteriori utenti)<sup>8</sup>, il massiccio uso di dati (maggiori le quantità di dati, migliori e più personalizzati i servizi che la piattaforma può offrire)<sup>9</sup>,

6. Per tutti, R. SACCO, G. DE NOVA, *cit.*, p. 1725.

7. Cass., sez. un., n. 26972 del 2008, *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Danni civili*, nn. 189, 191.

8. N. SRNICEK, *Capitalismo digitale*, Google, Facebook, Amazon e la nuova economia del web, trad. it. C. Papaccio, Roma, 2017, p. 43 ss.

9. Cfr. I. GRAEF, *Market Definition and Market Power in Data*:



e le economie di scala contribuiscono a configurare un mercato tendenzialmente monopolistico.

In questo scenario, è evidente che il recesso del gestore della piattaforma – a differenza di quello dell'utente – può avere delle conseguenze rilevantissime. La presenza monopolistica della piattaforma, infatti, impedirebbe all'utente destinatario del recesso di trovare alternative sul mercato. Nel caso di un social network, il recesso del gestore potrebbe così equipararsi ad una sorta di ostracismo digitale dell'utente, che si troverebbe di fatto – in assenza di alternative – a non poter più partecipare alla società virtuale costituita nel social network. Ciò esalta ulteriormente il rimedio risarcitorio, in assenza di altre tutele, come quelle reali.

Se il terzo elemento, quello del nesso di causalità non presenta alcun profilo degno di particolare rilievo, potrebbe invece essere utile spendere qualche parola sull'ultima questione affrontata dal Tribunale di Bologna, ossia la questione della cancellazione definitiva dei dati dell'utente.

Tale condotta, infatti, si profila sotto diversi punti di vista molto problematica. L'eliminazione dei dati, infatti, oltre a rendere del tutto impossibile l'adempimento, non consente neppure di ricostruire i termini del rapporto.

Proprio per questi motivi, l'arbitraria cancellazione di tutti i dati costituisce, agli occhi del giudice bolognese, una violazione dell'obbligo di buona fede, anche dal punto di vista processuale, che può fondare una pretesa risarcitoria liquidata, in questo caso, ai sensi degli artt. 91 e 96 c.p.c.

Un obbligo di conservazione dei dati in questa ipotesi, tuttavia, potrebbe derivare anche dalla normativa sulla tutela dei dati personali. L'art. 18 del GDPR, infatti, prevede che l'interessato, quand'anche il titolare non ne abbia più bisogno ai propri fini, possa ottenere la conservazione dei dati ai fini dell'accertamento, esercizio o difesa di un proprio diritto in sede giudiziaria. Tale diritto, tuttavia, è subordinato alla esplicita richiesta da parte dell'interessato in tal senso, che, dall'ordinanza in esame, non risulta sia mai stata rivolta. È pur vero che l'art. 12, par. 2 del Regolamento impone al titolare di prevedere modalità dirette ad agevolare l'esercizio di limitazione da parte dell'interessato<sup>10</sup>, e l'eliminazione immediata dei dati contestuale alla disattivazione del profilo, come è accaduto nel caso di specie, costituisce sicuramente una violazione di questo obbligo.

10. Sul punto v. E. PELINO, *I diritti dell'interessato*, in *Il regolamento privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, L. BOLOGNINI-E. PELINO-C. BISTOLFI (a cura di), Milano, 2016, 171 ss.

ARIANNA SEGALA

# L'usucapione delle opere d'arte: un salotto non fa esposizione

(Ordinanza Suprema Corte di Cassazione n. 11465/2021, pubblicata il 30.04.2021)

83

La definizione di patrimonio culturale, proprio per la natura stessa di questa nozione, porta con sé dei paradossi inestricabili che il diritto, talvolta, è chiamato a sciogliere.

Il patrimonio culturale può essere *“visto come simbolo di una identità collettiva capace di aggregare le diversità ed evitare conflitti sociali; ma in questo caso si corre il rischio che il simbolo di una identità sia usato per affermare questa sulle altre”* (FRANCESCA FIORENTINI, in *“ARTE RUBATA, traffici illeciti e restituzione delle opere d'arte trafugate”*, nell'ambito del ciclo *“Rogers Shorts: qui e ora - dialoghi fra discipline 2019”*).

In una diversa – e più concreta – accezione, invece, il patrimonio culturale viene considerato come un insieme di oggetti particolari, destinati alla circolazione e alla fruizione da parte del pubblico che, nella loro movimentazione, creano inevitabili problemi in ordine ai limiti della loro libera circolazione e del loro titolo di provenienza.

Ebbene, è proprio in questa seconda accezione che si inserisce l'ordinanza della Suprema Corte, n. 11465/2021, oggi in commento.

La vicenda alla base della stessa è – oltre che datata – singolare.

Francesco Hayez è l'autore del dipinto *“La Bagnante”*, olio su tela, cm 66x51,5, 1856.

Il dipinto venne ceduto alla madre del ricorrente agli inizi degli anni '60 che lo posizionò nella propria abitazione sita in Roma, da dove venne rubato.

Venne regolarmente sporta denuncia del furto il 19 agosto 1966 e la notizia della sottrazione apparve sui quotidiani nazionali e sul bollettino n. 3 del 1973 del Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri.

Il ricorrente dalla data del furto non seppe più nulla del dipinto sino a quando lesse la locandina pubblicitaria della Casa d'Aste Pandolfini di Firenze che poneva in vendita il quadro.

In quell'occasione denunciò prontamente il fatto al Comando Carabinieri che sequestrò immediatamente l'opera.

Non pago di quanto occorso, il ricorrente venne citato in giudizio dall'asserita proprietaria del quadro messo all'asta per sentire dichiarare l'intervenuto acquisto della proprietà per usucapione a suo favore del dipinto che Le era stato donato dal compagno, sostenendo di aver sempre tenuto esposto il quadro presso la propria abitazione, non sapendo che lo stesso fosse compendio di furto ed avendo quindi sempre posseduto il quadro in modo pacifico e pubblico senza interruzione dal 1965. Il Tribunale di primo grado e la Corte di appello diedero una opposta lettura della nozione di possesso pacifico e non clandestino richiesto dall'art. 1163 c.c. ai fini dell'acquisto per usucapione dell'opera d'arte.

Secondo l'organo di prime cure il possesso vantato dall'attrice doveva considerarsi *“privo del necessario requisito di pubblicità che deve caratterizzare il possesso ad usucapionem”*, non essendo possibile affermare che il possesso della signora fosse stato visibile a tutti o ad una cerchia indistinta di persone, ma solo a coloro che avessero un rapporto di familiarità e/o di amicizia con il possessore e avessero potuto entrare in casa per vedere il dipinto appeso alla parete del salotto.

Di diverso avviso, invece, la Corte competente per l'appello secondo la quale il quadro, esposto nel salotto della signora, *“aveva una destinazione del tutto consona alla sua natura”* e, pertanto, il possesso doveva intendersi pubblico ancorché l'accesso alla casa della stessa fosse consentito non già ad un numero indistinto di persone, ma solo ad una ristretta cerchia, non essendo necessaria l'effettiva conoscenza da parte del preteso danneggiato.

Da qui, l'amletico dubbio: un salotto fa esposizione? Per gli Ermellini la risposta è certa ed univocamente negativa.

Il percorso logico giuridico che ha condotto a tale – per vero condivisibile – conclusione parte da una serie di precedenti pronunce espressamente richiamate in ordinanza.

Afferma la Corte di aver già chiarito in precedenza che il requisito della non clandestinità, richiesto dall'art. 1163 c.c., va riferito non agli espedienti che il possessore potrebbe attuare per apparire proprietario, ma al fatto che il possesso sia stato acquistato ed esercitato pubblicamente, cioè in modo visibile e non occulto, così da palesare l'animo del possessore di voler assoggettare la cosa al proprio potere senza che sia necessaria l'effettiva conoscenza da parte del preteso danneggiato (v. Cass. 17-7-1998 n. 6997; Cass. 14-5-1979 n. 2800; Cass. 10-4-1973 n. 1021; Cass. 9-10-1970 n. 1910). In altri termini, ai fini dell'accertamento della mancanza di clandestinità, è necessario che il possesso sia acquistato ed esercitato pubblicamente in modo visibile a tutti o almeno ad un'apprezzabile ed indistinta generalità di soggetti e non solo al precedente possessore o ad una limitata cerchia di persone che abbiano la possibilità di conoscere la situazione di fatto soltanto grazie al proprio particolare rapporto col possessore (Cass. n. 17881/2013; Cass. n. 11624/2008, Cass. n. 26633/2019).

Ribadito quindi il principio generale, la Cassazione inizia a stringere la lente sul tema della circolazione delle opere d'arte e richiama la sentenza n. 16059 del 14.06.2019 ove, proprio con riferimento ad un dipinto esposto nella scala del palazzo adibito a residenza della famiglia, aveva già avuto modo di affermare che tale modalità di esercizio del possesso non era sufficiente a garantire, nella prospettiva della ratio dell'art. 1163 c.c., che “*chiunque*” potesse acquisire conoscenza che i dipinti erano nel possesso di quella determinata persona ed eventualmente contestare tale possesso.

Chiude poi il proprio ragionamento affermando espressamente che la circostanza che il quadro fosse rimasto appeso alla parete del salotto della resistente rappresenta una modalità non idonea ad integrare un possesso pubblico e non clandestino, poiché “*in ambito di opere d'arte solo l'esposizione a mostre, ovvero l'inserimento in pubblicazioni specializzate, consente la conoscibilità delle stesse*”.

La pronuncia costituisce certamente un punto fermo in materia di libera circolazione del patrimonio culturale, soprattutto in un contesto in cui i problemi tecnici che esistono in materia di restituzione di un bene culturale rubato o illecitamente trasferito non sono di poco momento nell'ambito di un mercato illecito dei beni culturali particolarmente ampio e travalicante i limiti nazionali.

Spiace solo considerare che, purtroppo, nel caso di specie, la saga non sia ancora finita.

Il giudizio è infatti tornato in appello per consentire l'applicazione del principio di diritto sopra enunciato e certamente non arriverà a sentenza prima del prossimo anno.

Rimasta privo dell'opera familiare rubata nel lontano 1964, nelle more dei giudizi intercorsi, l'allora proprietaria è deceduta senza aver mai avuto la possibilità di godere nuovamente del dipinto che le era stato sottratto, ma a dire il vero – oggi – nemmeno i suoi eredi sono ancora nella possibilità di ammirare nel proprio salotto (non espositivo) la meraviglia dell'opera di Hayez.

“*Arte in Ostaggio - Art Held Hostage*” è il nome dei “bollettini” delle opere d'arte trafugate redatto dal Comando Carabinieri Tutela Patrimonio Culturale su cui apparve, nel lontano 1973, anche l'opera in questione. È solo un nome o un memento per ciò che sarebbe accaduto?

FRANCESCO BIFOLCO

## Whatever it takes!

Quando la Direzione della rivista mi ha invitato a scrivere un articolo parlando della nostra esperienza, in primis, ovviamente, ho provato un enorme onore e piacere.

Subito dopo, con una sequenza fulminea sono seguiti due altri pensieri, l'ormai famosa frase di Draghi "Whatever it takes!" ed un rapido excursus della mia vita professionale.

Infatti, questi due elementi, si fondono generando, di fatto, il mio percorso di vita dedicato alla realizzazione di un modello professionale **multidisciplinare ad ogni costo**.

Inevitabilmente, non posso parlare di multidisciplinare senza parlare della mia vita professionale e, considerando l'impegno ad oggi profuso, posso parlare **della mia vita**.

Facciamo un veloce salto di oltre trenta anni addietro dove, ancora garzone di bottega, già con il marchio di ristrutturatore d'impresa, fui invitato a coordinare il lavoro di un team professionale in una pratica di ristrutturazione per un'impresa.

Il mio compito era quello di gestire i rapporti e lo scambio di documentazione ed informazioni tra l'impresa ed i professionisti coinvolti, in una epoca ben lontana dalla tecnologia attuale fatta di cartelle da archivio con i lacci e robusti trolley per il loro trasporto tra professionisti sostanzialmente in "disaccordo".

Fu in quel momento storico, anche complice la complessità di muoversi in una grande città, che nella mia testa comincia a farsi spazio un pensiero: ma una riunione di tutti gli interessati intorno ad un tavolo per affrontare con efficacia, semplicità e velocità i vari aspetti legati alla pratica non è possibile?

Questa idea ha cominciato a maturare con me ed a crescere aggiungendo all'utilità "logistica" la componente professionale fino ad arrivare all'embrione del progetto che oggi stiamo realizzando con continui e costanti miglioramenti.

Nel tempo ho partecipato a varie associazioni professionali, sempre con vocazione multidisciplinare, ma l'ego professionale e la debolezza e farraginosità del-

la governance delle associazioni stesse hanno portato a delle belle esperienze prive, però, di concretezza e lungimiranza e, quindi, futuro.

Forte della notevole esperienza maturata e dell'essenziale contributo della mia socia, dott.ssa Luana Fogal, nel 2017, utilizzando lo strumento societario della S.p.A. STP l'idea ha preso forma.

Ma veniamo al cuore dell'argomento (e del progetto BFA Sistema S.p.A. STP).

La nostra compagine sociale, ancora ristretta, è formata da tre commercialisti, un consulente del lavoro, un avvocato ed una figura non iscritta ad alcun ordine professionale, ma con competenze nella parte organizzativa.

Con grande impegno abbiamo investito molte risorse nella creazione di un modello operativo-organizzativo ed una filosofia aziendale densa e permeante.

L'approccio "multidisciplinare" è infatti una vera e propria filosofia che va sposata in maniera "integrata". Solo con la costanza si potranno avere risultati concreti percepibili dalla struttura e, soprattutto, dai clienti e dagli altri soggetti con cui si collabora ed interagisce.

Quando il lavoro diventa di squadra, occorre creare la squadra capace di lavorare in sinergia con ruoli ben identificati. Ciò permette di poter aprire più "cantieri", mantenendo un buono standard qualitativo e conservando il controllo delle operazioni in field coerentemente all'approccio complessivo.

Il team professionale poggia sulla figura del generalista, spesso demonizzata da noi professionisti, in grado di interloquire con il cliente e trasferire i desiderata ai professionisti tecnici bravissimi, ma troppo focalizzati sulla propria competenza specifica.

Un po' di anni orsono, gli interlocutori, mi guardavano con facce stranie quando esponevo concetti organizzativi della struttura professionale diversi da quelli standard. Altri professionisti che a parole concordavano, all'atto pratico non modificavano l'approccio classico.

La mia personale idea è che ormai, fatto salvo alcuni



casi, sia in azienda che in ambito professionale non si può più evitare di avere la figura del generalista e di una organizzazione con competenze contaminate. Mi ha confortato leggere che, Primo Levi, nel 1978 nella propria opera “La chiave a stella” scriveva un concetto simile: *nel prossimo futuro cambieranno equilibri e modi di vedere, abitudini e attitudini ma la necessità di mettere assieme competenze ed abilità da applicare ad un problema che renda la vita più facile a qualcun altro rimarrà la forza trainante per dare significato alle nostre esistenze.*

Una conoscenza allargata, flessibile e trasversale è la chiave per il futuro.

Specialmente in questi momenti di incertezza emerge l'importanza di aver coltivato una conoscenza generalista che ci prepari alle enormi incertezze da affrontare. È la nostra predisposizione ad affrontare gli ostacoli, la nostra genetica di specie che ci chiede ed impone di focalizzare le capacità sia innate che acquisite in vista di un miglioramento.

Il consulente ha il compito di risolvere problemi. Otte-

nere conferme rappresenta il raggiungimento di una maturità professionale fatta di approccio autenticamente multidisciplinare e capacità trasversali e amore per il proprio lavoro.

Auguro a tutti e a me stesso per primo di essere capace di costruire una squadra di professionisti con cui confrontarsi, di non perdere la sensibilità di comprendere dove le proprie abilità e potenzialità incidano positivamente sul lavoro dei collaboratori e sul percepito dei clienti.

Concludendo, questo è quanto mi/ci ha spinto ad investire in questo progetto, in questa filosofia, perché riteniamo che sia il modo di lavorare del futuro (presente) e questo ci ha portato, tra gli altri progetti, anche al lancio del blog destinato alle PMI [www.ZeroPanicPMI.it](http://www.ZeroPanicPMI.it).

L'obiettivo è raccogliere, analizzare, comprendere e, possibilmente, affrontare le esigenze degli Imprenditori PMI che, spesso, hanno necessità di “generalista” per un confronto/appoggio a tutto campo che esplori le dimensioni aziendali in ampiezza e profondità.

GIUSEPPE MANNI

## Da un cliente dell'avvocato. Omaggio a Dario Donella

87

È stato un comune amico a consigliarmi l'avvocato Dario Donella per una vertenza difficile e complicata, ove avrebbe dovuto convincere la controparte, il presidente di una società, a liquidare la mia partecipazione azionaria.

**Difficile** perché la società da anni non produceva utili, né dividendi e nessuno avrebbe avuto interesse all'acquisto di azioni.

**Complicata** per una serie di rilievi di una certa gravità, che avrebbero tuttavia coinvolto miei amici presenti nel CdA e nel collegio. Inoltre evidenziare quei rilievi avrebbe comportato il rischio dell'allontanamento dei possibili altri acquirenti.

Donella volle conoscere tutti i dettagli di una storia societaria più che decennale gestita dal "presidente-padrone". Nelle lunghe serate dedicate agli approfondimenti, divagava apparentemente su tanti altri casi e su circostanze a prima vista secondarie se non addirittura fuori tema.

La giovane praticante Alessandra Ferrolì gli portava in continuazione i faldoni richiesti dalla grande libreria e Donella apriva con precisione la pagina ove le circostanze o la sentenza davano ragione alle sue tesi, che mi sembravano spesso lontane dal nostro caso.

Ripercorreva la scorretta gestione societaria, senza rifarsi alle classiche fattispecie di reati societari, ma sottolineando semmai le ricadute conseguenti che avrebbero avuto anche sui soci.

Non era tattica, scoprii più tardi, ma grande intelligenza unita a capacità e cultura sorprendenti.

Quando rappresentava le mie lagnanze e la mia decisione, ad una assemblea della società, finalmente con-

vocata anche per redimere i miei rilievi, faceva sfoggio delle sue qualità e della meticolosa preparazione alla pratica.

La controparte invece, evidentemente preparata a difendersi solo da eventuali accuse di reato, non riusciva a far fronte ai rilievi di Donella e ne usciva pesantemente compromessa nel rapporto di fiducia con i soci. Da quel momento si svilupparono proposte che mi condussero alla felice conclusione.

Solo allora realizzavo che le interminabili serate passate su argomenti apparentemente estranei, servivano a Donella anche a cogliere le ragioni più profonde del mio bisogno di uscire da quella società e contemporaneamente ad approfondire la conoscenza di controparte.

Questo fu l'insegnamento profondo ricevuto da un professionista capace di educare e dispensare generosamente preziose pillole di saggezza.

Donella conduceva una condotta alimentare da asceta; quando mi facevo riguardo per le lunghe serate che gli avrebbero creato ritardi alla cena, mi spiegava che a casa avrebbe trovato una pentola di verdure già bollite e solo da riscaldare, che avrebbe mangiato beninteso prive di olio e di sale, entrambe escluse "dalla dieta sana" che si era imposto.

Mi chiedeva quali sport praticassi per consigliarmi di andare un giorno con lui a Ravenna, ove si teneva ogni anno la fiera degli attrezzi per palestre, che lui desiderava rinnovare per tenersi in forma.

Infatti lo vedevo spesso passare sotto casa mia per il suo giro classico delle Torricelle in corsetta della durata di almeno un'ora e ad una certa età.

Queste confidenze erano chiaramente un modo per



1924

coinvolgermi e conoscermi meglio per farsi un'idea più precisa di quanto gli raccontavo di quella vertenza e di altre che gli sottoposi in seguito, dagli esiti altrettanto felici.

Quando nel 1994 si presentò come candidato sindaco di Verona mi invitò ad una serata organizzata dai suoi sostenitori, senza dubbio con lo scopo di conoscere il mio indirizzo politico.

Infatti qualcuno del suo team mi propose in seguito di far parte della sua squadra se avesse vinto. Rifiutai ringraziando per la fiducia e dichiarando la mia totale incapacità a svolgere un'attività politica.

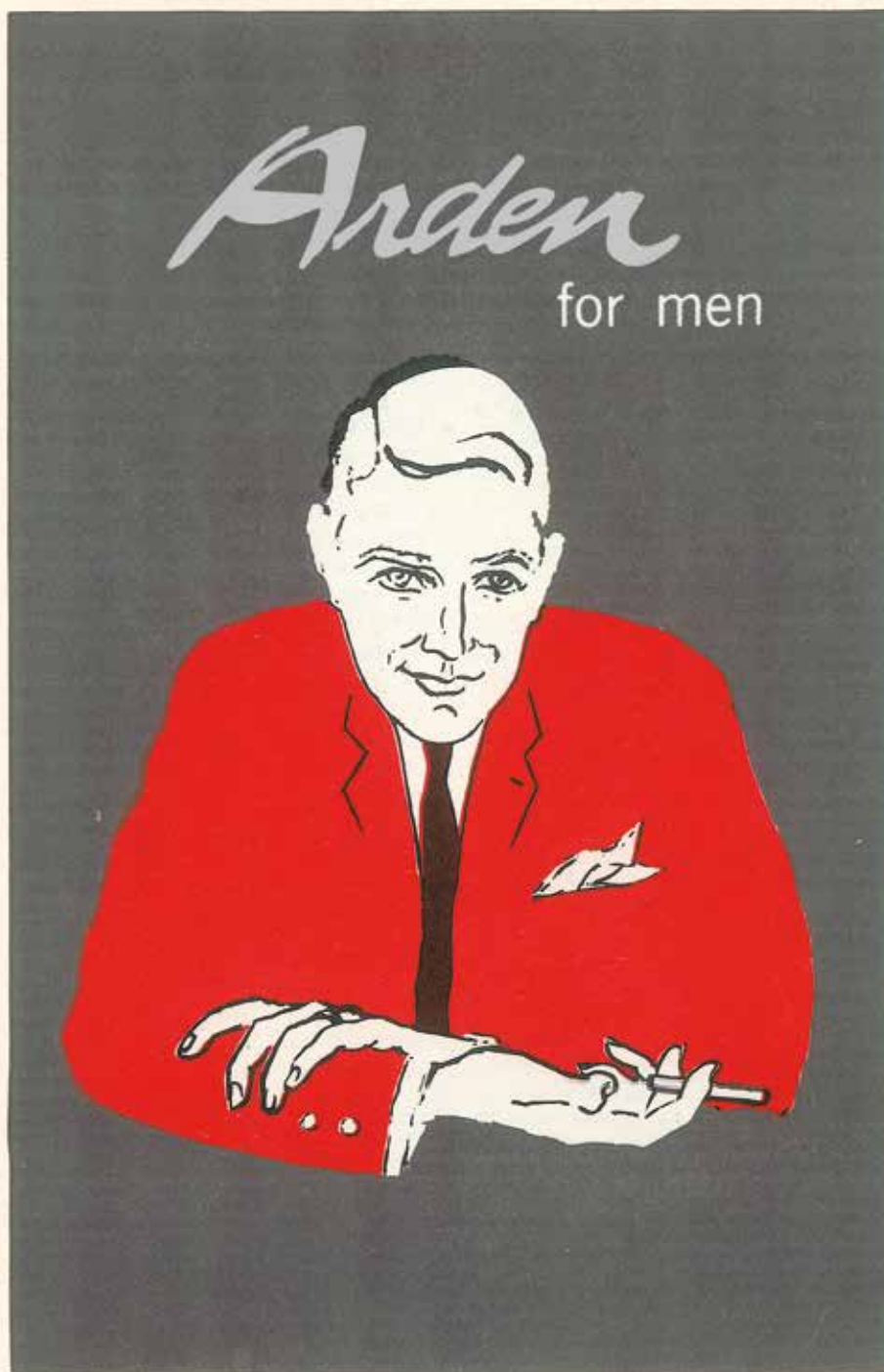
In quel tempo credevo ancora alla politica come cosa "alta", impegnativa e dedicata totalmente al servizio del pubblico.

Ancora adesso confesso mi spiace aver deluso la sua aspettativa.

Mi piace ancora ricordare il nostro particolare feeling. In particolare in una lettera dell'8 agosto 2007 Donella mi "rimproverava" benevolmente delle mie dimissioni rilasciate dal CdA di Fondazione Arena. Pur apprezzando la serietà adottata nelle mie motivazioni, scriveva che avrei dovuto restare proprio per far affermare i miei convincimenti nell'ambito di "persone preparate e oneste, disponibili a collaborare per il bene pubblico".

Non saprei oggi esprimere tutta la mia enorme gratitudine a Donella per la sua vicinanza e per quanto appreso da quei colloqui. Molto mi è servito per sbrogliare, talvolta nel mio lavoro, matasse ingarbugliate abbandonando gli argomenti forti, nemmeno alzando la voce, ma accrescendo la conoscenza minuziosa dei fatti e il ricorso all'"**intelligenza convenzionale**" che è la vera cifra intellettuale di Dario Donella.

Grazie Avvocato



1958

GIOVANNI MACCAGNANI

## L'amico Donella

Non posso vantare una profonda amicizia con l'avvocato Dario Donella.

Ma forse proprio questo “distanziamento” mi consente di cogliere aspetti del suo carattere che sarebbe stato più difficile cogliere da una posizione di maggior prossimità.

Un po' come accade per i caratteri (di stampa) che, con l'età, appaiono sfuocati se non osservati con rispettosa e adeguata distanza.

Quello che segue è il racconto di un episodio accaduto nel 1994.

Verona cominciava ad accogliere la primavera e in quell'anno cadevano le elezioni amministrative per l'elezione a Sindaco.

Dario Donella era (come, peraltro, il sottoscritto) uno dei candidati alla massima carica cittadina.

Ed era previsto – *more solito* – un *confronto* tra candidati sindaci alla Biblioteca civica.

Erano presenti, oltre a Dario Donella, Michela Sironi Mariotti (che divenne poi sindaco), i colleghi Massimo Galli Righi, Massimo Guerra e altri.

L'incontro, che, nonostante il tema, mi parve tutto sommato vivace, terminò verso le 20.

All'uscita, in via Cappello, mi attendevano mia moglie e mio figlio Nicolò, cui, talvolta, infliggevo la pena di seguirmi nella “campagna elettorale”.

Io (che avevo poco più di 30 anni e che, dopo le elezioni, divenni componente della Giunta cittadina) uscii dalla Biblioteca (orgogliosamente) vicino a Dario e colsi l'occasione per presentargli i miei familiari e dicendo loro: “questi è l'avvocato Dario Donella, uno dei più famosi avvocati di Verona”.

Dario salutò, con il suo piglio militaresco e cortese, anzitutto, mia moglie e poi si rivolse verso mio figlio Nicolò che, all'epoca, aveva 9 anni.

Di fronte a quest'uomo, dall'aria ascetica e severa, Nicolò abbassò istintivamente per un attimo gli occhi.

Dario colse quell'atteggiamento e con la sua voce asciutta, fulmineamente, lo ammonì: “Ricordati di non abbassare mai lo sguardo davanti a nessuno”.

Poche parole secche che, in modo conciso, lo invitavano per il futuro a non commettere l'errore – che istintivamente aveva commesso al suo cospetto – di assumere atteggiamenti di sudditanza anche nei confronti di una persona autorevole quale Dario – giustamente – sapeva di essere.

Un insegnamento profondo e formativo (direi profondamente *democratico*, anzi *isonomico*), elargito, così, con *nonchalance*, a un piccolo sconosciuto.

Quelle parole, dette in quel modo e da quella persona, mi colpirono per la loro verità e profondità e in cuor mio desiderai che potessero rimanere impresse anche nella memoria di mio figlio, come un punto di riferimento nella sua vita.

Certamente per Dario Donella questo è stato un episodio irrilevante, anche perché era questo, come constatai in seguito, il suo modo usuale di comportarsi.

Per me, invece, esso fu una piccola, ma assai significativa testimonianza di un tratto del suo carattere: la generosità nel donare la profondità della sua conoscenza e del suo pensiero a chi incontrasse; generosità che attiene alla parte più importante del nostro essere *persone*.

Ed è una forma di generosità che, se per avventura, viene a incontrarsi con persone omologhe, è in grado di ritrasmetersi e moltiplicarsi all'infinito.



Come accade all'Acero i cui semi a forma d'ali, trasportati dal vento, arrivano, se incontrano terreno fertile, a far germogliare nuove piante in luoghi imprevedibilmente lontani.

E Dario, tutte le volte che ho avuto modo di incontrarlo, mi ha puntualmente e generosamente dispensato racconti, concetti, indicazioni interessanti e *formativi* (nell'accezione più alta del termine) che mi sono sempre risultati anche utili, fruttuosi.

Questa generosità nel dispensare *utili concetti formativi*, è, a mio avviso, uno dei tratti del carattere di Dario.

Certo è una generosità che, per essere realmente feconda, impone al donatario un *modus*: la disponibilità ad accogliere e valorizzare il dono elargito; ma, del resto a ben vedere, è così per qualsiasi dono di vero pregio.

Molti anni dopo questo episodio, durante una riunione di famiglia, sorpresi mio figlio ammonire con piglio sicuro un suo tal cugino (a cui evidentemente, stante l'età e il carattere, metteva una qualche soggezione) apostrofandolo: "Ricordati di non abbassare mai lo sguardo davanti a nessuno"; ricordo che in quell'attimo non provai sorpresa, ma gratitudine per un antico dono che ci era stato fatto in una sera di primavera da un mio generoso collega.

TOMMASO DALLA MASSARA

## Il caffè del professore

L'ipotesi che, per gli Amici de Lambardan, vorrei accreditare facendo leva su argomenti prettamente scientifici (ben si intende!) è nel senso che nei pressi di una Facoltà di Giurisprudenza che si rispetti non possa mancare un caffè. Non un caffè purchessia, però. Né necessariamente un caffè elegante, per vero. Piuttosto, deve trattarsi di un caffè che sia vissuto come un'autentica espansione esistenziale dello spazio accademico.

Naturalmente, uso l'anacronismo "Facoltà di Giurisprudenza" con piena consapevolezza e con un pizzico di provocazione. Forse, è l'intero mio discorso ad apparire in effetti piuttosto *rétro*: e certo lo è, nella misura in cui oggi si possa pensare all'università come a una *communitas* intellettuale. Ma queste possono sembrare frivolezze.

Torniamo invece alla mia ipotesi.

Pare a me che, affinché i discorsi tra colleghi professori possano entrare in comunicazione con le opportune forme della cordialità e dell'ironia, talvolta pure del disincanto, non possa mancare un caffè a fare da cornice.

Penso proprio alla tazzina che si consuma al banco: è lì che si celebra quel meraviglioso rito laico che accomuna l'Europa mediterranea e che si ritualizza anche attraverso la battuta, il cenno, un gesto, con la prontezza che ho riscontrato non mancare mai negli autentici Maestri (e li cogli subito quelli che hanno anche il senso del vissuto).

Non parlo dunque del locale elegante con tavolini ben tovagliati, ma penso invece al caffè che si prende tra una lezione e l'altra, magari con i libri sottobraccio. È proprio così che, in una chiacchierata fatta di fretta e che non era stata messa in agenda, sboccia l'occasione per una riflessione arguta, non scontata: con il collega più anziano e autorevole, ma anche con il giovane studioso e perfino con lo studente che in aula magari non osava accostare il professore.

In questo modo si sottrae un po' di banalità alle giornate sempre più burocratizzate del professore universitario.

Tutto ciò, in questi tempi di struggente distanziamento, mi pare fantascienza. E per questo insisto ancor più sulla tesi che ho esposto in apertura: ogni Facoltà di Giurisprudenza che si rispetti deve avere un caffè di riferimento; o anche più d'uno, in molti casi.

I ricordi del Bo, per esempio, mi portano a censire quantomeno tre locali, differenti per frequentazioni e occasioni. Il piccolo bar gestito da Mario, una vera istituzione: *intra moenia*, posto accanto all'ascensore "nuovo", dunque benedetto per collocazione; però luogo di caffè frettolosissimi e assai informali. Ci andavano per lo più i colleghi pubblicisti, molto meno i privatisti. Poi c'è il caffè di fronte all'uscita su via Cesare Battisti: quello è il vero crogiolo di incontri, di battute, di sguardi laterali; lì addirittura – e sono testimone oculare – negli anni Novanta alcuni autorevoli e austeri professori lasciavano in custodia i registri; per una pausa di qualche ora, non li affidavano alla segreteria, ma alle sapienti mani della signora A., garante assoluta della funzione pubblica che si stava svolgendo. Meglio di un notaio. Chissà cosa direbbero oggi i perbenisti dell'Università-scuola media.

A Pavia, di fronte a Giurisprudenza c'è Vigoni, pasticceria che – se non è cambiato qualcosa negli ultimissimi mesi, ma ne dubito – conserva in un incredibile contrasto i legni di un'antica *boiserie* e un pavimento tanto figlio della recessione degli anni Settanta che il tutto, visto nell'insieme, sprigiona un contrasto disarmante, nel quale si può scorgere perfino qualcosa di assurdamamente sublime.

La Sapienza dispone di un bar interno: l'ambientazione per la verità è piuttosto modesta, quasi squallida. L'esterno è da *chalet*, come si usa a Mergellina. Tutto l'insieme è un po' ministeriale, da prezzi calmierati. Però l'atmosfera è cordialona, romanesca, e i professori – solitamente con *allure* da grandi professori e avvocati – conferiscono un certo tono all'ambiente.

A Milano, nei bar di via Festa del Perdono, si va talmente di fretta che i locali sono sempre rimasti bruttini, come se non ci fosse stato il tempo per rimetterli al passo con i tempi, per farli somigliare almeno un



poco a quelli che stanno a distanza di pochi minuti, a piedi in zona Duomo (ma non sarebbero più la propagande dell'Università). Però nei dieci metri dirimpetto alle arcate della Statale s'incontrano tanti professori; e non si tratta solo di giuristi ma anche, per esempio, dei colleghi di Scienze Politiche, i quali come al solito conferiscono un tono assai più frizzante e meno formale alle pause da caffè. Oggi il più bello dei localini in zona Statale è "Il colibrì", e ci vanno molti amici.

Torino, purtroppo, ha perso la sua bella scelta di caffè – nei pressi della Mole Antonelliana o in via Po – da quando la Facoltà giuridica ha traslocato al Campus Einaudi. Architettonicamente riuscito, per carità, ma del tutto impersonale. Penso a quanto dovesse essere fascinoso, nella Torino di qualche decennio fa, andare a prendere un caffè fendendo la nebbia dei portici: per esempio da Mulassano, per trovarci dentro i grandi nomi di allora (anche se Alberto Burdese una volta mi disse che una certa vecchia guardia di torinesi preferiva andare da Talmone, chi lo sa perché).

Quanto a Napoli, come al solito, la città esprime una fenomenologia più complessa: l'ingresso monumentale su Corso Umberto, il Rettifilo, non induce a cercare un caffè con i colleghi in quella direzione; piuttosto, per un caffè con i giuristi, potrà capitare di fare due passi su via Mezzocannone, in direzione del corpo di Napoli e del dio Nilo, così raggiungendo Piazza San Domenico Maggiore, dov'è Scaturchio. Oppure si potrebbe preferire uno dei tanti piccoli bar sparsi nei vicoli: con alternativa tra caffè amaro o già zuccherato dal barista, come si usa lì. Anche se – va detto – a Napoli resta sempre forte la tradizione del caffè portato dal bar direttamente dentro le mura dell'Università, ma questa è un'altra filosofia.

Mi fermo qui.

Non ho la certezza di aver raggiunto la prova scientifica di quanto intendevo sostenere in apertura. Però assumo qui, e solennemente, la promessa (unilaterale) di offrire un caffè ai quattro lettori di questo mio scritto.

ANDREA CECCHETTO

## Il valutatore

**È uscito *Il valutatore*, romanzo professionale ambientato nella valutazione che parla di passaggio generazionale. Alcune riflessioni riprendendo gli scrittori Dickens e Conrad.**

*Non aver capito che ogni uomo deve prendere la sua parte di lavoro in ciò che costituisce l'opera dell'umanità. ... Non aver capito che un'eternità di rimpianti non può compensare una vita di occasioni mancate. Ecco tuttavia ciò che ho fatto!*

Dickens C., *Canto di Natale*, 1843.

*Un uomo dovrebbe affrontare la sua cattiva sorte, i suoi errori, la sua coscienza e tutto questo genere di cose. Accidenti – contro che cos'altro vorrebbe combattere, altrimenti?*

Conrad J., *La linea d'ombra*, 1916.

*Ormai mi ero abituato al nuovo Tribunale. Anche se devo essere sincero, la nuova "cittadella" della giustizia inserita nel complesso di Borgo Berga non mi piaceva proprio. Non mi piaceva affatto. Mi annichiliva. Opera inserita nell'ambito del progetto di riqualificazione dell'ex area industriale Cotorossi, rappresentava per me uno scempio paesaggistico a pochi passi dalla Rotonda Palladiana, da Monte Berico e dalla nostra città. Un emblematico esempio di tentativo di riconversione edilizia che non aveva alcun rispetto per il proprio passato.*

Così ha inizio il mio primo romanzo ambientato nel vicentino, nel mondo di commercialisti e avvocati, che ruota intorno ad un tema prettamente tecnico, le valutazioni d'azienda, ed è arricchito dalla prefazione di un vero valutatore, il professor Silvano Corbella e dal cameo finale scritto dall'avvocato Lamberto Lambertini, a sintetizzare il parallelo fra commercialisti e avvocati.

*Ho scritto un romanzo perché me ne è venuta voglia ... Avevo voglia di avvelenare un monaco. Così Umberto Eco scriveva nelle Postille de *Il nome della rosa*. Io avevo voglia di creare una storia intorno ad un commercialista valutatore d'aziende e volevo parlare di*

passaggio generazionale. Ho unito le due cose ed ecco prendere forma il romanzo "Il valutatore". Di seguito alcuni spunti, riprendendo la storia romanzata e tralasciando il tecnicismo e i riferimenti al mondo professionale che fanno da cornice al romanzo.

La storia narrata è incentrata sul protagonista, il commercialista valutatore vicentino Antonio Mariotti, che è ormai prossimo alla fine della propria carriera professionale. Non ha figli né collaboratori in studio cui trasmettere la propria competenza ed esperienza. Dopo aver assistito in Tribunale a Vicenza ad un'ingiustizia a scapito delle nuove generazioni decide di riunire periodicamente un gruppetto di giovani commercialisti e un praticante. L'obiettivo è quello di insegnare loro come si valutano le aziende, individuare il successore alla guida del suo studio e far riscoprire ai ragazzi e alla sua categoria il significato di essere *dominus* e professionisti – quest'ultimo intendimento sarà possibile grazie alla redazione di articoli divulgativi scritti e diffusi grazie alla rete dell'Unione Giovani Commercialisti di Vicenza. Vari gli ostacoli che si porranno davanti al protagonista e ai "suoi" ragazzi: vari colleghi, avvocati e .. il Covid-19 che a un certo punto della vicenda irrompe sulla scena a scombussolare le vite e i destini di tutti. Approccio tennistico nell'insegnamento, opere e brani musicali di Beethoven, Ludovico Einaudi, Giovanni Allevi e Franco Battiato e – soprattutto – casi valutativi esposti nello studio del protagonista e nel corso delle riunioni nell'ambito di Ctu (poi sviluppati con riferimenti reali nell'appendice del romanzo). Un romanzo che descrive le vicende di un protagonista – Mariotti, dei vari co-protagonisti – i ragazzi, un mondo professionale – quello di commercialisti e avvocati, una città – Vicenza.

In un mondo – quello attuale – in cui il cattolicesimo rischia spesso di scadere in comportamenti deboli e bigotti tanto quanto il mondo professionale rischia di adagiarsi in regole e formalismi che fanno a pugni con una reale applicazione degli sbandierati codici deontologici, è un professionista cattolico praticante, docente universitario e valutatore, senza figli e colla-

boratori, a interrogarsi sullo *stato di salute* della professione, anche in chiave di passaggio generazionale. È lui che prende la decisione di *agire*, con un significato sociale tipicamente Dickensiano: impegnandosi singolarmente si può pervenire a un miglioramento sociale, che poi si traduce ulteriormente in un benessere interiore, lasciando le vite di rimpianti di chi durante la vita si forgia, *anello per anello, centimetro per centimetro, catene* (*Canto di Natale*<sup>1</sup>). Vi è forse un eccesso di moralismo e di sentimentalismo in tutto questo? Sì, forse, ma era forse anche questo che si voleva portare alla luce: le contraddizioni e gli eccessi del personaggio principale sono quelle di un uomo proveniente dalla *regione bianca*, il Veneto, terra del vicentino cinque volte Presidente del Consiglio Mariano Rumor, che a sua volta si sovrappongono alle contraddizioni esistenti del mondo professionale.

Ma nel romanzo non appare solo la vicenda umana e intima di Mariotti. Ci sono i ragazzi, con il loro viaggio Conradiano interiore e professionale: inizialmente non sanno come muoversi, come affrontare la partita della vita, ma grazie al supporto di Mariotti – nel ruolo che fu assegnato al Capitano Giles (*La linea d'ombra*<sup>2</sup>), riusciranno a superare la loro *linea d'ombra* lasciandosi alle spalle sterili idealismi per far posto all'età adulta, con responsabilità e consapevolezza. E così facendo tracciando anche il sentiero per un ricambio generazionale non solo nei loro studi professionali, ma anche nell'ambito di una futura classe dirigente.

L'auspicio è che i giovani sappiano cambiare, tentare e rischiare per ricercare un nuovo equilibrio, come lo saranno alcuni giovani professionisti del romanzo. E che i senior siano come il Ctu del romanzo, Paolo Marchesi, sempre disponibili al confronto perché dotati della necessaria preparazione tecnica abbinata ad una certa dose di umiltà. Insieme si possono ricreare nuovi studi professionali multidisciplinari (utilizzando l'istituto delle Stp quando il legislatore rimuoverà le lacune legislative esistenti) e nuovi equilibri professionali di categoria.

Ricordo ancora di aver avuto il privilegio di fungere da Ctp davanti ad un collega Ctu che stimolava il confronto teorico e pratico fra le parti in causa dando particolare spazio ai giovani Ctp. Ci spronava ad ogni riunione in modo spontaneo e convinto: *coraggio*,

*convincetemi!* Quelle riunioni sono state per me una scuola di vita e mi hanno fatto riflettere: la nostra professione ha bisogno di questo. Di competenze. E di ascolto. Solo così può nascere quel sereno e costruttivo confronto che può portare le nostre categorie a quel nuovo equilibrio che la crisi del mondo professionale, sfociata con l'avvento del Covid, ci impone con urgenza.

## IL VALUTATORE

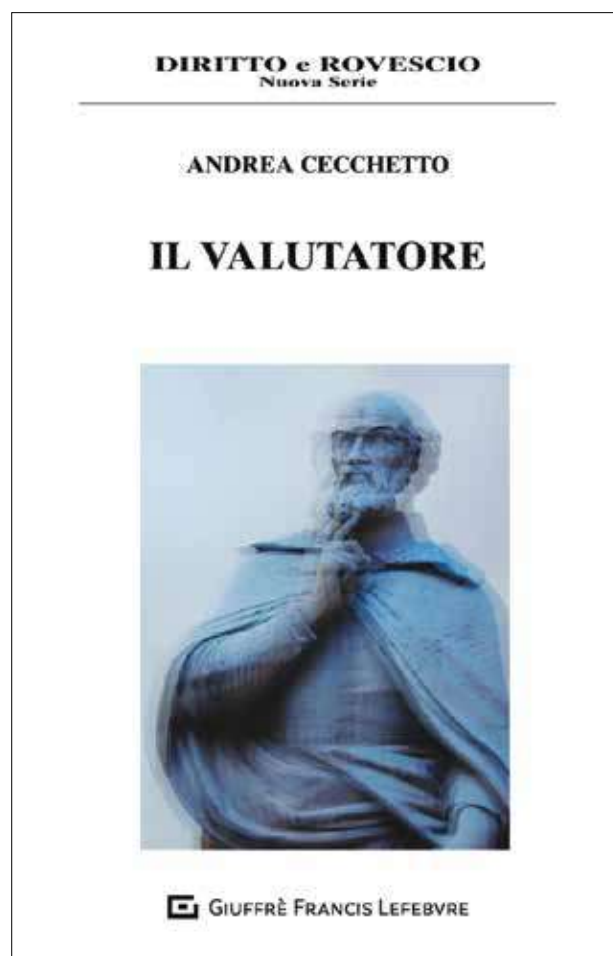
Giuffrè Francis Lefebvre Editore

Data pubblicazione: novembre 2020

Autore: A. Cecchetto

Collana: Diritto e rovescio

Romanzo "professionale" ambientato nella valutazione d'azienda con appendice tecnica



1. Dickens C., *Canto di Natale*, 1843.

2. Conrad J., *La linea d'ombra*, 1916.

DAVIDE ADAMI

## La mia esperienza

Mi sono iscritto a giurisprudenza con un'idea molto precisa: volevo fare l'avvocato.

Mia madre pensava che fosse piuttosto ovvio per l'influsso zodiacale della bilancia. Mio padre, sì, vedeva la laurea come una cosa importante, ma soffriva tremendamente il fatto che non proseguissi la sua attività di ottico. Quale fosse l'origine profonda della mia idea non l'ho ancora capito bene, ma credo abbia a che fare proprio con il *vedere*, il *far vedere* meglio.

Finita l'università, quasi subito mi sono reso conto di quanto fosse una professione difficile: un universo infinito di luci e ombre in movimento, dove nel suo essere caleidoscopica contano soprattutto solidità e originalità della prospettiva. Nulla di diverso rispetto al mestiere del vivere.

Il mio sentire di allora, non così differente da quello di oggi, verso quel mondo era piuttosto ambivalente: un misto di attrazione verso il viaggio per attraversarlo, che intuitivo senza confini, rischioso e bellissimo, e che mi sembrava però non per tutti, e dunque in qualche modo respingente; e un misto di respingimento per certa apparenza travestita da sostanza, per certe parole vuote, per l'eccesso di burocrazia.

Capivo soprattutto che la professione, nel suo profondo, è fatta di solitudine. Una chiave che, da sempre, mi ha fatto privilegiare lo stare insieme e intuire l'importanza della vita associativa e istituzionale.

Il primo volto dell'Istituzione di cui ho ricordo è proprio quello di Lamberto; catapultato nell'universo nuovo ed affascinante della pratica – ma ancora immerso nell'onda universitaria, per me equamente divisa tra libri e rugby – pronto per il weekend con gli amici, passavo in scooter con un paio di shorts mimetici davanti a Giardino Giusti, dove Lamberto, in allora Presidente, stava ricevendo gli ospiti alla Festa dell'Avvocato; mi sono fermato a salutare qualcuno che gli era vicino e ho scambiato con lui una battuta sulla mia *mise*, totalmente *déplacé* pur solo per quell'istante di prossimità. Non ricordo le parole esatte, però ricordo bene il sorriso accogliente che mi aveva riservato. Non credo rivolto a me, o meglio non soltanto a me per il fatto che ero io,

ma a me per ciò che rappresentavo: un giovane che faceva i primi passi del milione a venire dentro l'Avvocatura, con occhi determinati, quelli che vedono occasioni nelle difficoltà e mai il contrario; e che suscitava forse un'affezione particolare in chi quel milione lo aveva già calcato con soddisfazione, pronto al milione successivo, ritrovandosi empaticamente non così distante.

Per partire basta poco. Forse lì ho sentito per la prima volta che avrei potuto far parte di una comunità, al servizio della quale poi avrei dedicato parte della mia vita, portandoci dentro qualcosa di mio.

Così è stata la volta del direttivo di ANF e l'incontro con un gruppo di persone, Federico, Barbara, Carmine, Laura, Aldo, Carlo, che aveva iscritta nel suo profondo un'idea precisa di Avvocatura, che ho cominciato subito a condividere; idea per la quale, appunto, parte del proprio tempo è quasi naturalmente dedicata al suo servizio, non essendo concepibile l'una senza l'altro. Se sia venuta prima l'idea o se si sia formata con loro, non so, poco importa...poi l'esame di Stato a Venezia, i primi anni di professione carichissimi e l'avventura dei due mandati nel Consiglio 2006/2010, dai 35 anni (era appena nato il mio primo figlio) ai 40 anni. Quattro anni in cui ci si forma una prospettiva altrimenti inimmaginabile; soprattutto, un'esperienza edificante, condivisa con altre persone, sul senso della professione e le sue molte declinazioni.

Persone e condivisione.

Per me, credo, sia tutto qui il segno e il motore indispensabile del mio vivere l'esperienza istituzionale: l'incontro con le persone. Ognuna con una storia da raccontare, spesso di eccellenza, spesso al servizio dell'Avvocatura.

Persone con prospettive mai banali e per le quali l'altro, il sempre diverso, mette in movimento dal sempre uguale, demolisce e ricostruisce e alla fine dà senso al tempo, sempre in riserva, trascorso insieme; magia di parole che diventano qualche volta dialogo, ossigeno puro. Parole che bastano poche.

Un giorno mi ha chiamato Barbara (era appena nato il mio secondo figlio), dicendomi che si sarebbe candi-



data Presidente: “notizia formidabile”, ho detto io. “Ti candidi con me”, ha detto lei.

Si ripartiva per un altro viaggio. Dice la Arendt che noi umani siamo fatti per incominciare, e così è stato. In un decennio, al netto della riforma della legge professionale che tanto ha cambiato i compiti dei consigli dell’ordine, è cambiato il mondo; negli ultimi due anni è cambiato ancora. Ogni tanto ricordiamo com’era, ma è solo un attimo, poi ci reimmergiamo nell’oggi e nel domani che ci attende. Resistiamo sui valori essenziali della professione, proviamo a spostare le chine del ter-

reno scosceso di qualche millimetro e, qualche volta, come gli alberi che ci crescono sopra e poi trovano l’inclinazione che li fa radicare più solidi, portiamo a casa qualche soddisfazione a vedere che la nostra professione, bellissima, ritrova la sua chioma. Vigiliamo sui confini perché rimangano permeabili e così l’Avvocatura vitale, in equilibrio tra tradizione e innovazione, tentando dove si può, e qualche volta anche dove non si può, di rendere moderno il contemporaneo.

Ogni tanto ci guardiamo e sorridiamo a giovani praticanti che incrociamo in shorts.

BELA BARTI

## Saggi o avvocati

Quando ci si affida alla sapienza degli antichi raramente si sbaglia<sup>1</sup>.

Ma a volte la verità dei saggi non va presa del tutto alla lettera.

Così la frase attribuita a Confucio “Non preoccuparti di essere conosciuto dagli altri. Preoccupati invece di conoscerli” non è del tutto vera, almeno per chi svolge la professione legale. E forse non solo per loro.

È vero infatti che l'avvocato deve conoscere ed interpretare le aspettative del cliente, deve portare la sua conoscenza del diritto al livello culturale del singolo utente di giustizia, livello spesso differenziato, non tanto per censo, quanto per intelligenza della situazione e sensibilità.

Spesso le scelte richiedono anche una discreta conoscenza dei possibili errori cognitivi e della psicologia di chi deve affrontare un processo, una trattativa, un rapporto complesso e conflittuale con una controparte.

Dunque l'avvocato deve conoscere il diritto, le tecniche necessarie ed i comportamenti più opportuni, ma deve anche conoscere il cliente e la sua personalità.

Dunque Confucio ha ragione, ma non del tutto.

Infatti occorre anche che l'avvocato sia conosciuto da un'intera comunità, per poter essere scelto per la sua serietà, le sue capacità umane e giuridiche, la sua comprensione delle esigenze del cittadino che a lui si rivolge.

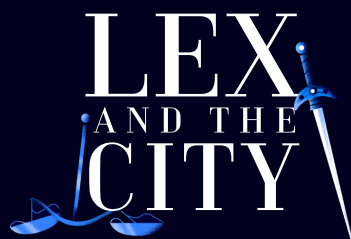


Non si va da un avvocato del tutto sconosciuto, di cui non si è mai sentito parlare e di cui non si conosce la specializzazione sua o dello studio a cui appartiene.

Con la precisazione che l'avvocato deve essere conosciuto perché si distingue nella sua professione e non per il suo presenzialismo nelle relazioni sociali o perché cerca, in tutti i modi, di farsi pubblicità o di frequentare i luoghi dove presume di poter incontrare clienti.

Dunque all'avvocato non resta che affidarsi alla stima di chi lo conosce, al confronto sui temi giuridici o su quelli legati alla convivenza civile, per essere convincente e – si spera – apprezzato tra coloro che si rivolgeranno alle sue capacità.

1. L'escursionista che deve affrontare una gita in montagna, si affiderà quindi con fiducia al detto “Quando el Baldo el ga el capel o che piove o che fa bel”, scegliendo così l'abbigliamento più adatto.



## Programma 2021

### 8 OTTOBRE

#### Presentazione e saluti

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE - UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI DI VERONA - AULA MAGNA - ORE 10.00  
Relatori: Comitato Promotore, Sindaco, Direttore  
Dipartimento Scienze Giuridiche, Presidenti Ordini  
professionali

#### Il nuovo diritto commerciale della crisi di impresa

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE - UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI DI VERONA - AULA MAGNA - ORE 10.20  
Relatori: Giovanni Meruzzi, Fernando Platania, Salvatore  
Sanzo, Lorenzo Stanghellini  
Coordina: Giovanni Alberti

#### Viva (?) la scuola

GRAN GUARDIA - SALA CONVEGNI - ORE 11.30  
Relatori: Paola Mastrocola, Luca Ricolfi  
Coordina: Stefano Quaglia

#### Il lavoro oltre la crisi ed i sostegni

GRAN GUARDIA - AUDITORIUM - ORE 14.30  
Pasqualino Albi, Riccardo Salomone, Nicola Sartor, Pasquale  
Staropoli  
Coordina: Laura Calafà

#### La giustizia predittiva

GRAN GUARDIA - SALA CONVEGNI - ORE 16.30  
Relatori: Riccardo Borsari, Claudio Castelli, Daniele Licari,  
Roberto Flor  
Coordina: Antonella Magaraggia

#### Reading "Donne di Resistenza" - "Restiamo a Kabul e lottiamo per i diritti e la libertà"

GRAN GUARDIA - AUDITORIUM - ORE 19.00  
Relatori: Compagnia Teatrale "Attori & Convenuti"

### 9 OTTOBRE

#### Il ruolo della Magistratura, tra crisi dell'attualità e tradizione della separazione dei poteri

COMUNE DI VERONA - SALA ARAZZI - ORE 10.30  
Relatore: Sabino Cassese  
Coordina: Barbara Bissoli

#### Partire dalla Costituzione per disegnare il futuro

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE - UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI DI VERONA - AULA MAGNA - ORE 11.00  
Relatore: Gherardo Colombo  
Coordina: Stefano Troiano

#### L'impresa sostenibile

GRAN GUARDIA - SALA CONVEGNI - ORE 11.30  
Relatori: Mara Airoidi, Francesca Benatti, Luca Valerio  
Camerano  
Coordina: Ermanno Sgaravato

#### Chiusura Festival

GRAN GUARDIA



Con il patrocinio di:



STEFANO TROIANO

## La festa del diritto a Verona

Un'idea visionaria e, secondo qualcuno, persino un po' folle.

Con una buona dose di azzardo e un pizzico di incoscienza prendeva forma, tre anni fa, la proposta di Lamberto Lambertini di organizzare a Verona una "Festa del diritto".

Una festa da realizzare, negli auspici, con il concorso di tutti i maggiori attori istituzionali veronesi (Comune, Università, Tribunale, Ordine degli Avvocati, Consiglio notarile, Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, Ordine dei consulenti del lavoro) a vario titolo impegnati nell'esercizio del diritto

e nella promozione della cultura giuridica, sostenuta finanziariamente da illuminati sponsor privati, articolata in numerosi eventi contemporanei diffusi su tutto il territorio della città, e aperta, infine, ad un pubblico senza confini, composto di studenti, famiglie, professionisti, docenti, tecnici e (comuni) cittadini.

A coronare l'impudenza del disegno, l'intenzione – che Lamberto volle, immeritatamente, addebitare proprio a chi vi scrive... – di battezzare la neonata festa con un nome a dir poco sbarazzino e anticonformista, che sembrava strizzare l'occhio al mondo dell'effimero televisivo, lontano dai paludati cerimoniali ancora stancamente celebrati in alcuni – e però sempre meno

101





numerosi – luoghi del diritto, ma, soprattutto, distante anni luce dal polveroso grigiore che purtroppo affligge invece la gran parte delle altre realtà in cui il diritto tuttora si pratica.

Ebbene, quella prima edizione, tenutasi a fine settembre del 2019, fu un successo sotto ogni punto di vista. Nonostante qualche imperfezione, sopperita solo dallo slancio volontaristico degli organizzatori, massima fu l'attenzione del pubblico, da tutti apprezzate furono la qualità degli interventi e le doti comunicative dei relatori, più che generoso si rivelò il sostegno della città, corale il concerto tra le istituzioni chiamate a raccolta, ed estremamente lusinghiera, infine, l'eco che ne risultò nei media cittadini e non solo.

Solo pochi mesi dopo, quando il comitato organizzatore stava ormai avanzando a passi spediti nella programmazione della seconda edizione, la nuova sfida della pandemia sopraggiunse a travolgere lo sforzo organizzativo già intrapreso. Scontato l'annullamento dell'edizione 2020, il rinvio all'anno successivo si profilava circondato da incertezze e difficoltà. Che fare? Spostare la festa integralmente online oppure optare

per un'organizzazione mista, in parte in presenza e in parte a distanza? Ma come pensare di celebrare una festa senza contatto fisico o comunque comprimendo gli scambi interpersonali? Come gestire, poi, un eventuale, ma pur sempre preventivabile, peggioramento della situazione sanitaria? E dove trovare i luoghi adatti a gestire in modo sicuro i diversi eventi? Non sarebbe stato meglio, allora, rinviare di nuovo il tutto di un anno o, addirittura, rinunciare per sempre al progetto?

Questi gli interrogativi e i dubbi che si affollavano nella testa degli organizzatori.

Alla fine, prevalse l'idea di scommettere nuovamente sul successo della formula, assumendo su di sé anche qualche rischio in più e decidendo solo di ridurre di un poco i contorni dell'iniziativa.

Oggi non è più un azzardo dire che anche la scommessa della seconda edizione, svoltasi nei giorni 8 e 9 ottobre 2021, è stata fortunatamente vinta.

Al di là dei numeri complessivi (3 mezze giornate di



lavori, 8 eventi, 27 tra relatori e coordinatori delle tavole rotonde, un numero mediamente elevato di partecipanti in presenza e altrettanti collegati online, 7 sponsor), che ci danno conto di un evento ampiamente partecipato, la Festa del diritto 2021 ha rappresentato, soprattutto, il segno di un primo, autentico ritorno alla normalità, la testimonianza del diffuso desiderio di riprendere il filo di un ragionamento e di un confronto rimasto per troppo tempo interrotto, di recuperare gli spazi e i momenti deputati alla riflessione, all'approfondimento e al dialogo.

In linea con questo generale sentimento di ripartenza, il titolo prescelto ha portato ad incentrare la riflessione sull'avvenire, proponendosi di dare risposta – o semplicemente suggerire una reazione – ad un'unica domanda di fondo: quale diritto per l'avvenire, sì, ma

anche quale avvenire per il diritto? Un titolo, però, che ben si prestava ad essere tradotto, per chi lo volesse, anche in un'esortazione: « D(i)ritto per l'avvenire! » (col punto esclamativo, beninteso).

In questa cornice d'insieme si sono inseriti i dibattiti e le tavole rotonde previsti in programma, ciascuno dei quali è stato dedicato ad almeno un asse portante della nostra società: la Costituzione, la scuola, il lavoro, l'impresa, la giustizia, riguardati nella dimensione dell'esperienza giuridica e nella loro vocazione a rappresentare altrettanti strumenti per governare i temi problematici dell'oggi, quali le crisi – numerose, dolorose e ricorrenti –, le incognite della transizione verso una società sostenibile, le insidie e le opportunità della rivoluzione digitale, le perduranti disuguaglianze, aggravate dalle emergenze.





Dipanando questo comune filo conduttore, si è cercata una risposta a diversi interrogativi: come sarà la scuola? Come sarà il mondo del lavoro? Come sopravvivrà un'impresa alla crisi economica e finanziaria? Dovremmo rivolgerci ai giudici o ad un algoritmo che prenda le decisioni per loro? Quale sarà il ruolo della magistratura?

E ci si è fermati a guardare, attoniti, le immagini della tragedia afghana, che ha interrogato le coscienze del mondo occidentale, il senso stesso della nostra libertà, il ruolo e l'avvenire delle donne (e degli uomini) di ogni paese e di ogni religione.

La riflessione sul diritto per l'avvenire è stato, in definitiva, un confronto aperto sulla tenuta delle democrazie, sulla solidità dello Stato (e degli Stati) di diritto, tra istanze di libertà ed esigenze di solidarietà, sul futuro dei giovani e della società intera.

Uno sguardo rivolto in avanti, non all'indietro, da tempo necessario, e che l'emergenza pandemica non ha fatto altro che rendere ancora più urgente e indifferibile.

Ora, di fronte ad una scommessa vinta, il comitato organizzatore di *Lex and the City* non ha più alibi: tra non molto – dopo una breve pausa – prenderanno il via i lavori per progettare la terza edizione, quella, si spera, del cento per cento in presenza, delle sale piene, ma anche, perché no, dei teatri e dei foyers affollati e dei brindisi festosi. Un'edizione che dovrà coniugare, in forma ancora più decisa, la profondità di riflessione al divertimento, la serietà di analisi all'agilità di comprensione, il ragionamento arguto alla battuta leggera. Un'edizione che sappia, insomma, com'è nello spirito di questa festa, restituire alle regole la funzione primigenia di collante e linfa della comunità, nonché di fondamenta del suo futuro. E un'edizione che, forse, chissà, possa ambire anche a superare i confini delle mura cittadine, per acquisire una più ampia, e riteniamo non immeritata, risonanza.

Per realizzare un traguardo così ambizioso, l'impegno richiesto non sarà indifferente.

Ma iniziamo per gradi: si raccolgono, per l'intanto, suggerimenti per il titolo!

Roberto Capuzzo

## Senza vera regola

Carlo Guarienti

## Sparire ... apparire

Gli  
ori

Edizioni d'Arte

Scritte a matita  
con mano ferma.  
Alcune di quelle parole  
scompaiono se vengono lette  
altre perdono forza  
dissolvono lentamente.  
Poche restano.  
Schiettezza, Gratitude  
in questo caso.

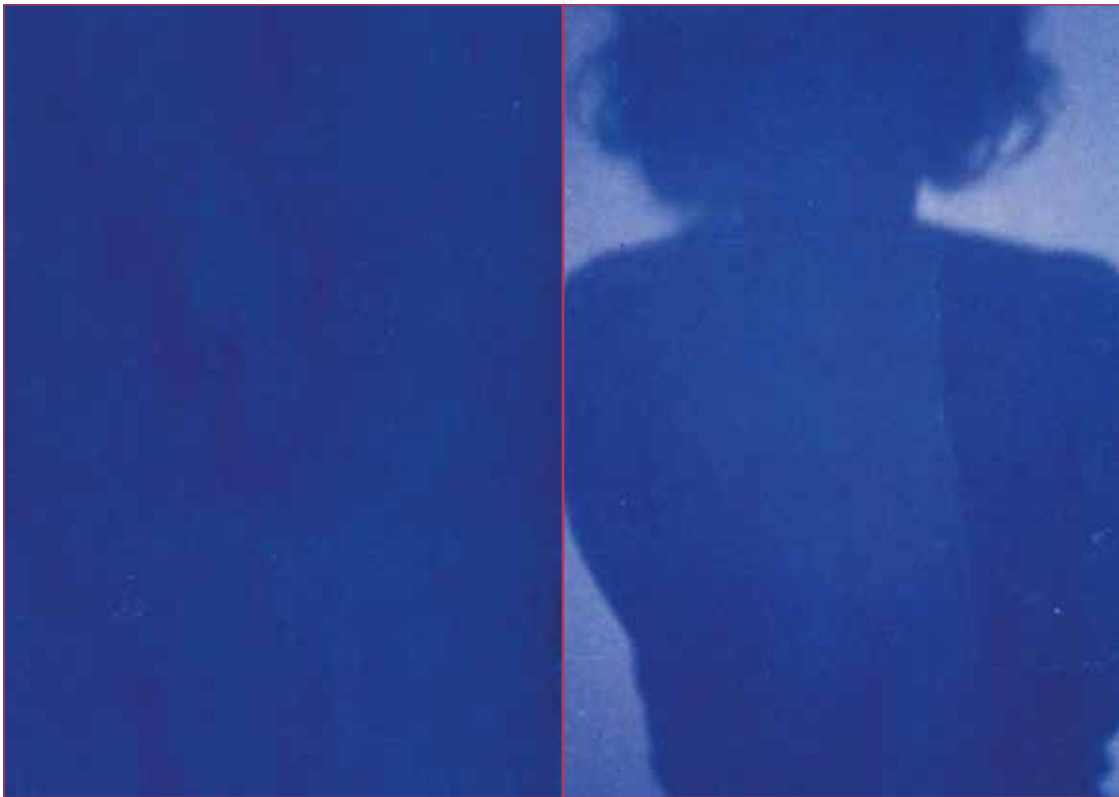
Le prendo per mano,  
ci incamminiamo  
lungo il sentiero  
che conduce nel bosco.  
Quando siamo tre  
punti di spalle  
scompaiono dentro.

Quando il larice riposa  
m'incammino. Il bosco mi accoglie.  
Proseguo. Guado il torrente.  
Rami spezzati. Scavalco tronchi.  
Inciampo. Il bosco è più fitto.  
Non vedo più cielo sopra le cime.  
Gocce miste a neve. È gelo.  
Mi copro di foglie nella tana.  
Scivolo nel sonno.

Ti trascini nel fango  
il figlio sulle spalle.

Lo sollevi  
lo spingi  
lo lasci  
tra mani senza nome.  
Per un braccio è alzato  
oltre il muro  
graffiato di lacrime.

Madre del cielo stellato  
dei vasi d'argilla lavorati a mano  
delle montagne degli altopiani  
del tuo potente dolore  
potrai morire ora  
vivere morendo.



Mai dire mai!  
Con grande affetto  
Barbara

PORTAMI DOVE VUOI  
Undici poesie e due fotografie  
di Barbara Del Mercato

La sera  
piena di sogni enormi  
entrare nella grande **O** del sonno  
stupefatta.

1 |

Non vorrei vivere ma succedere.  
Non morire,  
finire.

Pensieri che si muovono con la solennità di pianeti  
nel buio siderale:  
placidi,  
rotanti,  
senza un esito,  
eppure uniti da una gravità,  
collusi  
col grande motore nucleare  
dell'amore.

| 2

3 |

Cerco una poesia che parli proprio di te,  
ma non c'è.

Una poesia, cioè, dove incontrarti  
mentre con passo aerobico e danzante  
sollevi sciame di farfalle  
*dint'o core mio.*

E io che le credevo foglie morte...

| 4

Il dio che dorme accucciato  
ai piedi del nostro tempo insieme

non lo invochiamo,  
non lo svegliamo...

Meglio rilascia i doni suoi  
restando latente e innominato,  
spandendosi come un odore  
nella camera d'eco  
delle rime.

5 |

Giocare sulle rovine  
sotto il cielo di agosto  
e scoprire al centro del cuore  
una crepa.

*The cruellest month*

Foglioline che esplodono in bocci,  
aria da baci in tramonti violetti,  
odori spermatici  
e lune suadenti...

E poi ti fotte, aprile.  
Ti sbatte la porta in faccia  
e ti attacchi.

| 6

7 |

*Poiché io sono l'altra*

Ti amo, ma non ti chiamo.

Si ribalta, ascende  
la vertigine del noi:

due funamboli caparbi

– testa leggera, muscoli precisi –

mossi da un'agile volontà  
antigravitazionale

| 12

13 |

Portami dove vuoi  
undici poesie e due fotografie di Barbara Del Mercato

foto di copertina di Barbara Del Mercato  
impaginazione *gfb*  
stampato a Venezia, novembre 2020  
per i tipi di Grafiche Veneziane  
100 copie

Copia n. 13

PATRIZIA CAVALLI

# Vita meravigliosa

@einaudieditore - Poesia

“Avere il whisky in casa è un gran vantaggio,  
in quattro sorsi passi dal peggio al meglio,  
ogni parola splende e ne convieni  
e i destini sfortunati li sollevi  
all’esistenza nella gloria, o almeno  
semplicemente a esistere così.  
Questo dimostra che noi non siamo  
quel che siamo, che il nostro essere  
si accende quando è caldo, o si disperde  
nel freddo buio della sobrietà.  
Ma in ogni caso qui non si conclude  
niente, è questo il bello, non si conclude  
niente, per quanto vorrei dire  
che sono soddisfatta di aver aperto  
la bottiglia buonissima di whisky  
che mi è costata tanto e che altrettanto  
mi restituisce quel che deve – si tratta  
di un Benrinnes novantasei, sedici  
anni soli di vecchiaia, che non è niente  
per un whisky con pretese, ma  
che vi devo dire, a me mi ha steso  
quasi felice, anzi, direi mi ha acceso  
senza limite inoltrata non so  
dove, di certo ora ubriaca”

[#patriziacavalli](#) [#vitameravigliosa](#) [#poesiaitaliana](#) [#poesia](#) [#poeti](#)



**L'intervento**

## Aeroporto e Fiera, Verona ha bisogno di progetti condivisi

di **Lamberto Lambertini\***

A Verona ricorderemo questo periodo per tutta la vita e per molti motivi. Ricorderemo non solo la pandemia e i suoi morti, con le restrizioni alla socialità e la devastazione dell'economia legata al turismo e al festival areniano. Ricorderemo anche la partenza verso Trieste dell'ultima società finanziaria che rimaneva in città. Non vorremmo ricordare anche un insolito contrasto tra alcune istituzioni cittadine e Fondazione Cariverona. Se le notizie sui quotidiani sono vere (e lo crediamo, considerando la puntualità delle cronache sul *Corriere del Veneto*) dovremmo constatare che ancora una volta Verona va controcorrente: la concordia intorno al governo Draghi, il clima di solidarietà per superare la pandemia e le sue conseguenze, la ritrovata sintonia con l'Europa ci parlano di un clima personale e politico solidale e tendenzialmente unanime.

Peraltro, se la discordia tra le istituzioni cittadine fosse dovuta ai forti caratteri di chi governa, dovremo chieder loro di deporre le armi e mettersi ai remi nella stessa direzione. Se invece, com'è sicuro, le divisioni sono motivate da diverse impostazioni economiche, forse noi cittadini qualcosa possiamo dire, per favorire una riconciliazione. Nei decenni passati Fondazione Cariverona ha molto investito negli aumenti di capitale della banca di provenienza. Apporti che consentivano di contribuire al governo della banca e avevano come risultato l'impoverimento del patrimonio della Fondazione e il contemporaneo esercizio di un potere importante nello scacchiere finanziario. Oggi Fondazione s'è data altri obiettivi, molto più consoni alla missione che l'ha originata. S'è dato più spazio agli interventi su nuove

povertà e iniziative culturali e sociali.

Restano gli investimenti produttivi, utili alla comunità e necessari per non perdere ulteriormente il patrimonio della Fondazione. Perciò non ci meravigliamo se si chiedono garanzie di efficiente gestione per un investimento importante: fa parte della logica economica. Non ci meravigliamo se si vogliono approfondire le finalità di un investitore veneziano sull'aeroporto. Non capiamo però perché agli altri soci che condividono quelle iniziative non viene attribuita la stessa volontà di ottenere risultati produttivi ed efficienti. Ciò vale per la Fiera di Verona, ma anche per l'aeroporto. Qualunque siano le finalità del socio veneziano, vorrà prima di tutto contribuire al successo anche finanziario del suo investimento nel Catullo e lo dovrà fare considerando che l'utenza qui è in buona parte diversa da quella di Venezia. Qualunque programma abbiano i soci pubblici nell'investimento sulla Fiera vorranno renderla maggiormente produttiva, anche come utili per i soci. Considerazioni che ci

paiono banali, da «uomo della strada»; ma che forse potrebbero servire a invocare un clima di collaborazione in una città che ha tanto bisogno di interventi condivisi.

\*avvocato

© RIPRODUZIONE RISERVATA

## PROFESSIONISTI

**Lambertini&Associati  
annuncia l'ingresso degli  
of counsel Nicola Sartor  
e Stefano Troiano**

Due nuovi of counsel fanno ingresso nello studio Lambertini&Associati: il professor **Nicola Sartor** e il professore **Stefano Troiano**.

Sartor, già rettore dell'Università di Verona dal 2013 al 2019, sottosegretario di Stato al ministero dell'Economia e delle Finanze nel secondo governo Prodi, dal 2006 al 2008, dopo aver lavorato presso il Servizio Studi della Banca d'Italia, Roma (1981-88 e 1990-93) e al Department of Economics and Statistics, O.E.C.D., Parigi, (1988-90) è entrato all'Università di Verona nel 1993 dove, dal 2000, è diventato professore ordinario di scienza delle finanze; è stato rettore vicario e preside della facoltà di economia

Troiano, dal 2018 direttore del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona, dove è anche professore ordinario di Diritto privato dal 2006 e titolare degli insegnamenti di Istituzioni di diritto privato e Diritto civile. Già preside della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Verona dal 2009 al 2012, è stato in precedenza professore associato nella medesima Università (dal 2001).

23/06/2021  
Pag. 18



117

## *Il rilancio è nelle mani degli imprenditori*

**L**e speranze del nostro sistema economico di uscire in fretta e bene da questa crisi grave e prolungata sono affidate a quel piano di rilancio ideato dal governo Draghi, il cui successo non dipende soltanto dall'importanza dei flussi finanziari e dai settori a cui è destinato, ma anche (e, forse, soprattutto) dalle attitudini e dalle qualità di chi dovrà darvi attuazione. Chiediamoci oggi quante imprese saranno coinvolte nella transizione ecologica, nell'implementazione della qualità dell'abitare e delle infrastrutture sociali, quante nel rinnovo della mobilità, quante nella digitalizzazione della logistica dei porti e della sicurezza stradale, quante nella tutela delle risorse idriche e così via elencando. Se prima della crisi le nostre imprese di ogni dimensione erano circa 4 milioni e 300 mila, dobbiamo pensare che la gran parte di queste (quelle sopravvissute, evidentemente) sarà direttamente o indirettamente interessata al rilancio. E dunque saranno gli amministratori di queste società e tra questi, in primo luogo, i presidenti dei cda che dovranno dare gambe al progetto e ne saranno responsabili. Sarà la loro attitudine alla correttezza gestionale, alle scelte libere da condizionamenti, non solo dalle pressioni malavitose, ma anche da quelle di chiunque in-

DI LAMBERTO LAMBERTINI\*

tenda distrarre risorse. A volte queste pressioni sono esercitate dalla politica meno nobile e cioè da quella partitica. E giacché le prime imprese beneficiarie degli investimenti saranno quelle a partecipazione pubblica, il presidente e gli amministratori di queste imprese dovranno avere una forte attitudine all'indipendenza e una forte autonomia decisionale per sottrarsi alle relazioni pericolose con il potere dei partiti o delle lobby politiche.

**Il socio pubblico** avrà naturalmente facoltà di indicare soluzioni ai presidenti e agli amministratori di queste società, come avviene da parte dei soci di maggioranza di tutte le imprese. Ma saranno gli amministratori a valutarne l'utilità e la proficuità per l'interesse sociale, affermando così la propria autonomia da ogni suggestione fuorviante, compresa quella politica. A loro si chiede inoltre di possedere la capacità di controllare il modello organizzativo dell'azienda e di gestirne i rischi. Insomma, il presidente e gli amministratori debbono essere in grado di esprimere (e godere di) un valore reputazionale che li ponga al di sopra di ogni tentazione e che consenta loro

di amministrare senza incorrere in conflitti di interesse, rispettando chi lavora nelle imprese, la comunità e il territorio circostante. I valori dell'impresa restano il riferimento esclusivo per un buon governo delle aziende, che saranno chiamate a realizzare il piano di rilancio della nostra economia. Gli interpreti di quei valori sono i soggetti che, con deleghe o senza deleghe operative, diverranno attori e testimoni di un fondamentale rinnovo di una parte importante della società italiana. Le nostre aziende sono governate e possedute da imprenditori diversi, che amministrano imprese di dimensioni molto diversificate, dalla microimpresa alla multinazionale. Tutti accomunati dalla volontà di esprimere positivamente la loro leadership. Si ricorda spesso quanto hanno realizzato dal '45 al '60, periodo in cui perseveranza e voglia di fare consentirono all'Italia di passare da paese povero ad arretrato a quinta potenza industriale del mondo. Forse quello sforzo è irripetibile, come lo sono i risultati raggiunti allora. Ma è consentito sperare che la classe imprenditoriale non deluda le grandi aspettative che il Paese ripone in una ripresa duratura e sostenibile. (riproduzione riservata)

*\*fondatore e senior partner dello Studio Lambertini e Associati*

**DOPO IL CONCORDATO** Per 11 milioni

## Top Agri, l'oleificio ora è di Cereal Docks

●● Il gruppo veronese Top Agri, in concordato liquidatorio, ha ceduto alla vicentina Cereal Docks il ramo di azienda per la produzione di olio biologico per circa 11 milioni.

Già tre anni fa Cereal Docks, con una società apposta, aveva preso in gestione lo stabilimento veronese di Roverchiara.

Il gruppo Top Agri, in concordato preventivo proprio dall'autunno del 2019, è stato operativo nella produzione di olio biologico ottenuto dalla spremitura di semi e cereali. Nel tempo - ricorda una nota - aveva realizzato investimenti considerevoli «tra cui l'oleificio, uno dei primi tre in Europa per dimensioni e produttività, realizzando volumi di vendita annui di circa 80 milioni. Cereal Docks di Camisano come noto è un gruppo in prima fila con diversi stabilimenti per la prima trasformazione agro-alimentare, per la produzione di farine, oli e lectine derivanti da semi oleosi e cereali, e destinati a diverse applicazioni, nei settori alimentare, farmaceutico, cosmetico, tecnico ed energetico. È in costante crescita, occupa quasi 200 dipendenti e sfiora il miliardo di fatturato consolidato.

Le società Ofd e Top Agri Italia, sono state assistite dai professionisti di Slt, che è stato anche advisor finanziario e legale nel concordato preventivo omologato a dicembre. Cereal Docks è stata invece assistita dallo studio Lamberini e associati. ●

**Avv. Lamberto Lambertini**

---

**Da:** Alberto Zorzi <alberto.zorzi@studiodindo.it>  
**Inviato:** martedì 22 dicembre 2020 14:55  
**A:** Avv. Lamberto Lambertini  
**Oggetto:** Omaggio a Dario Donella

Caro Lamberto,  
insieme al numero di Dicembre di Lambaradan, che trovo sempre geniale e leggo con vivo interesse, ho ricevuto con enorme piacere l'Omaggio a Dario.  
Iniziativa azzeccatissima. Dalla foto di copertina, la migliore che si potesse scegliere, alla prima scorsa: mi si è riempito il cuore.  
Sarà che di questi tempi abbiamo tanto bisogno di toccare con mano un grande passato che è ancora tanta parte di noi.  
Grazie per averci pensato e per avermene fatto dono.  
E mi sembra che questa bellissima idea che hai avuto possa essere il miglior viatico per augurarci un buon anno futuro a cui tutti in questo momento riponiamo molte speranze.  
Un carissimo augurio per tutto  
Alberto

Modena, 19 gennaio 2021

Caro Lamberto,

grazie per averci inviato l'omaggio  
a Dario, soprattutto grazie per

UBALDO E BIANCA COLOMBINI

energi ricordate di noi dopo tanti  
anni! E grazie per la tua  
dedica affettuosa!

Anche noi ricordiamo Patrizia  
e te con molto affetto e tanta

nostalgia! Ricordiamo i  
tanti giorni trascorsi con voi  
condividendo storia ed  
idee di un'avvocatura parata  
"gloriosa" ed oggi inesistente!  
Noi però ci siamo e, fino a  
quando esisteremo, insieme a  
Dario, potremo essere una guida  
all'abbraccio molto affettuoso a te e a Patrizia  
Ubaldo e Bianca

Lorenzo Picotti

Verona gennaio 2021

Caro Lamberto  
grazie del bel volumetto  
sull'equità, con i più sinceri  
complimenti. !!. Lorenzo

Via Santa Chiara, 15 - 37129 Verona

**Studio LJA**

**Da:** Studio Avvocato Doria <studio@avvocatodoria.com>  
**Inviato:** martedì 29 settembre 2020 11:33  
**A:** Studio LJA  
**Oggetto:** I: "Il presidente delle società di capitali"  
**Allegati:** 06\_Doria.pdf; Quando\_il\_lavoratore\_è\_lavvocato.\_Fra\_legge\_deontologia\_e\_contratto\_PAOLO\_DORIA.pdf

**Da:** Studio Avvocato Doria  
**Inviato:** martedì 29 settembre 2020 11:25  
**A:** 'studiolabertini@studiolambertini.it' <studiolabertini@studiolambertini.it>  
**Oggetto:** "Il presidente delle società di capitali"

Carissimo Lamberto,  
 ho ricevuto la bella pubblicazione in oggetto.  
 Mi congratulo per il Tuo ennesimo contributo di alto profilo scientifico che mi sarà senz'altro di prezioso supporto soprattutto nella mia attività di esponente della nuova Banca delle Terre Venete.  
 Mi permetto di inviarti le mie ultime modeste pubblicazioni edite sulle Riviste online Jus civile e Lavoro, diritti, Europa, peraltro di libera consultazione.  
 Un caro saluto.

Paolo

**STUDIO LEGALE AVV. PAOLO DORIA**  
 Professore a contratto di diritto civile  
 presso la S.S.P.L. dell'Università di Padova  
 P.ta Santo Stefano 1, 36100 Vicenza  
 Tel. 0444325194 Fax 0444326111  
[www.avvocatodoria.com](http://www.avvocatodoria.com)

anno 66° / 2021

ISSN 0035-6018

gennaio-febbraio 2021 fascicolo 1°

Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p. - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n° 46) art. 1, comma 1, DCB (VARESE)

# RIVISTA DELLE SOCIETÀ

fondata da Tullio Ascarelli



direttori:

Alberto Crespi - Guido Ferrarini - Federico Ghezzi  
Piergaetano Marchetti - Giuseppe B. Portale  
Marco S. Spolidoro - Mario Stella Richter jr  
Marco Ventoruzzo

 **GIUFFRÈ**  
GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

LAMBERTO LAMBERTINI, *Il presidente delle società di capitali. Valori funzioni responsabilità*, Pacini Giuridica, Pisa, 2020, in 8°, pp. 204.

Al presidente dell'assemblea sono state dedicate almeno due monografie in anni recenti (Alagna, 2005; Massa Felsani, 2004) e numerosi articoli; molti minori, per numero, sono invece gli studi dedicati al presidente del consiglio di amministrazione delle società di capitali. Nella quarta di copertina di questo volume — opera di un giurista pratico, ma sicuramente colto e ricco di esperienza, soprattutto con riferimento al territorio del Veneto — si dice, forse con un po' di esagerazione, che lo studio di Lambertini giungerebbe a colmare una lacuna e che il libro vorrebbe rappresentare « una bussola per gli operatori economici ed un approfondimento per i giuristi ».

Vediamo dunque lo svolgimento: nelle prime pagine, delineando la figura del presidente "com'è oggi", l'A. osserva che « il paradosso della struttura capitalistica italiana consiste nel fatto che l'insieme di vivacità e intelligenza pratica impastata con furbizia e sprezzo delle regole ha rappresentato e rappresenta un volano di sviluppo straordinario per intere aree italiane ». Questa osservazione rende bene il tono generale del volume. A tali considerazioni disincantate fanno del resto seguito altre considerazioni scettiche, che si concludono con la prognosi per cui, anche dopo le crisi finanziarie o sanitarie globali, « in ogni caso le regole e le caratteristiche della *leadership* richieste non saranno diverse da quelle di oggi ». Dopodiché, si passa a un'esemplificazione illustrativa dei concetti di indipendenza (di cui si propone una definizione positiva), di decisionismo (inteso come capacità di decidere), e poi si riflette sulla rappresentatività del presidente e sulle sue funzioni concrete nelle imprese italiane (non senza ricordare che anche le più importanti sono pur sempre familiari). Come si vede si tratta della rappresentazione di un quadro frastagliato, nella quale predominano riferimenti sociologici un po' schematici, ma che testimonia una certa immagine che l'imprenditoria italiana proietta di sé anche dal punto di vista di un esperto avvocato.

Nel capitolo 2 incontriamo una rapida sintesi delle discussioni attuali sull'interesse sociale e sulla responsabilità sociale dell'impresa, al termine della quale l'A. enuncia il principio per cui « il metodo che è stato definito del "capitalismo temperato" costituisce a nostro avviso, l'interesse sociale perseguibile dall'impresa ». Vengono poi ricordate le principali o più appariscenti differenze tra i sistemi finanziari capitalistamente più evoluti e il nostro. Tuttavia, secondo Lambertini, « contro le storture gestionali e la disinvoltata amministrazione irregolare, la figura del presidente può costituire un valido e importante argine, anche nelle società a proprietà concentrata. A condizione che il soggetto sia consapevole che gestire un'impresa richiede una competenza tecnica adeguata alla natura dell'incarico e naturalmente la capacità di agire informato ». Ma come acquistare tale consapevolezza?

I restanti nove capitoli dell'opera costituiscono il tentativo di offrire la risposta nella prospettiva della praticità e del buon senso. Essi trattano nell'ordine: il presidente e il consiglio di amministrazione (in cui si legge per esempio che « in caso di forte contrapposizione e dissenso tra i consiglieri, sicuramente la registrazione è consigliabile, soprattutto se non si mostra particolare fiducia nella terzietà del presidente e nella sua verbalizzazione »); il presidente dell'assemblea dei soci (di cui vale la pena di segnalare la tesi secondo cui affidare la presidenza dall'assemblea al presidente del consiglio di amministrazione potrebbe non essere una buona idea); il

presidente delle aziende di famiglia (dove si legge che nelle s.r.l., la necessità di disporre della maggioranza del capitale « riduce l'opportunità » di utilizzare lo strumento dei diritti particolari dei soci); il presidente delle aziende pubbliche; il presidente delle società aperte al mercato (ma, in questo capitolo, l'A. si sofferma anche sulle crisi bancarie, che nel Veneto hanno in effetti riguardato istituti con migliaia di soci). Tutto ciò porta, nel capitolo successivo, all'argomento del conflitto fra maggioranza e minoranza e al ruolo di compositore che dovrebbe avere il presidente, al quale viene raccomandato di non « sostenere ad oltranza le ragioni dei soci di maggioranza, marginalizzando oltre il lecito le iniziative dei soci di minoranza, a cui normalmente si addebita ingratitudine e slealtà, disinteresse per i danni arrecati alla società, spregiudicatezza ». Si torna poi al tema della crisi d'impresa (ma in questo capitolo non c'è alcun riferimento al ruolo del presidente). Al presidente si torna però al capitolo 10, per descriverne le responsabilità. Finalmente si sfocia nel capitolo finale, dedicato al futuro del ruolo del presidente. (*Marco Saverio Spolidoro*).



RENÈ GOURMANT

## Al Mirasole di San Giovanni Persiceto e da Nonna Sceppa a Paestum

Se i tuoi nonni erano contadini – e la cosa è probabile se ti hanno vaccinato con Astrazeneca – dovresti ricordare l'acqua fresca del pozzo nelle sere d'estate, in cui si versava uno sciroppo (Tamarindo o Amarena) e si sorbiva con una cannuccia ricavata dalla paglia del grano. Dovresti ricordare che le tagliatelle erano condite con le rigaglie di pollo o di altri animali del cortile.

Ricordi svaniti nel tempo, ma non del tutto.

Qualche oste non si arrende e, rifiutando la ricerca fine a se stessa dei cuochi alla moda o la faciloneria di chi si improvvisa ristoratore a conferma l'ipotesi che la vera cucina italiana è quella delle trattorie.

E se cercate il gusto di un tempo, non potete perdervi l'Antica Osteria del Mirasole a San Giovanni Persiceto. L'arredo è quello di vostra nonna, con il camino e le stufe e le piccole cose di un gusto ormai perduto.

Provate la cipolla dorata al forno con il ripieno di fegato di coniglio o la morbida e dolce frittata al cipollotto, con due gocce di aceto balsamico, quello vero però, non quello che si compra al supermercato.

Solo al Mirasole – noi crediamo – potete assaggiare la padellata di fegatini e cuoricini di pollo, teneri e gustosi da accompagnare con un bicchiere di Albana, vino minore certamente, ma che ben si accompagna.

E non fatevi mancare il ragout di cortile (frattaglie, fegatini, lardo) e mettetelo in competizione con quello dei Caprini di Torbe (Valpolicella).

Per scoprire così che a 100 chilometri di distanza la cucina contadina richiama gli stessi sapori e questo vale per tutta quella cucina, considerata, a torto, minore.

Se fosse possibile richiamare anche l'energia che animava il nostro paese, uscito distrutto dalla guerra, ma deciso a rinascere, allora, oltre al gusto di quegli anni, troveremo anche la speranza di uscire migliori da questa pandemia che ci ha stremato.

Non sarà un caso che chi ha superato il Covid ha perso anche l'odore e il sapore del cibo che mangia. Una terribile vendetta di quello che chiamiamo progresso e che ci ha fatto perdere tante cose importanti e, tra queste, l'amore per le cose semplici.

Ma non si può vivere di sola cucina padana, dimenticando i consigli di quelli che si definiscono nutrizionisti.

Proviamo allora a gustare una particolare cucina mediterranea, quella cilentana, oggi riportata in auge dai libri di De Giovanni e dalla tata del suo strano commissario.

Quando passate da Paestum, dopo aver passeggiato tra i templi e dopo aver visitato il piccolo, ma splendido museo (da qualche anno si può ammirare l'intera camera dedicata al giovane tuffatore, la cui immagine è il simbolo stesso del Mediterraneo), fate una sosta al Gelso d'oro di Nonna Sceppa.

Non spaventatevi per il numero di coperti, che troverete sotto un portico ospitale: di sera il ristorante serve anche la pizza e questo spiega l'ampiezza del locale.

Ma come spesso avviene al sud, il gran numero di coperti non deprime il servizio al tavolo e la qualità dei piatti.

Cominciate con il polpo o le seppie in guazzetto, non tralasciate il cuoppo (un cartoccio croccante di pesce fritto).

Se amate la cipolla, fatevi portare gli ziti spezzati alla genovese di tonno: un vero trionfo di dolcezza.

Se non amate la cipolla (ma come si fa?), ripiegate – si fa per dire – sullo spaghetti alle vongole con aggiunta di lupini.

I cannolicchi cotti alla brace e messi in sughetto vi ricorderanno le più sottili cappelonghe dell'Adriatico: stesso mollusco, diverso sapore di un diverso mare.

Chiudete con un cannolo o un babà alla crema, buono quasi come la torta di babà che io trovo a casa di Beniamino, a qualche chilometro di distanza.

Un pranzo o una cena da nonna Sceppa (aperto nel '60 e gestito ancora dalla stessa famiglia) merita un vino adeguato e tra le proposte locali si trovano delle vere eccellenze. Fiano, Greco, Cilento bianco, per restare sui bianchi. E così tra Emilia e Cilento troviamo il denominatore comune: amore per la buona cucina tradizionale, senza arditi ed incomprensibili voli di sedicenti artisti delle pentole.



L | A

LAMBERTINI &amp; ASSOCIATI

*Studio Legale*



