



NON PIÙ GELONI CON LA POMATA
GELOVITH
BOUTY

IN VENDITA NELLE MIGLIORI FARMACIE
AUTORIZZAZIONE A.C.I.S. 81825/77779 DEL 30-X-95

Anno 6 - n. 2 - Dicembre 2014

Iscrizione Registro Stampa Tribunale di Verona n. 1844

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

Stampa

Cierre Grafica

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

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

Lo Studio L/A compie trent'anni. Lambaradan cinque

Il tempo è un valore di incerto apprezzamento: una calcolatrice e un computer di trent'anni fa sono da buttare; un uomo o una donna di trent'anni sono, di norma, nel loro massimo splendore.

Un vino di trent'anni è a forte rischio, una Ferrari di trent'anni spesso vale milioni di euro. Normalmente si ritiene apprezzabile un tempo sufficientemente lungo di attività di uno studio o il periodo di pubblicazione di una rivista, tanto più in un'epoca in cui gli studi si fanno e di disfano e le pubblicazioni professionali non hanno vita molto brillante.

La durata di uno studio dovrebbe attestarne la solidità, l'apprezzamento da parte dei clienti, il radicamento nella comunità in cui opera.

Se è così, siamo lieti che il nostro studio compia trent'anni: il tempo di attraversare l'infanzia, l'adolescenza e di avvicinarsi alla maturità.

L'infanzia a cavallo tra gli '80 e i primi '90, come scrivevamo cinque anni fa, sembra ormai lontana alcune ere geologiche.

Quando muovevamo i primi passi, cadeva il muro di Berlino, si sfaldava quella che è stata definita la prima Repubblica, imperava l'edonismo regaliano, per dirla con "Quelli della notte", che ci regalarono quaranta serate di grande divertimento quando muovevamo i primi passi.

In libreria si vendeva "L'insostenibile leggerezza dell'essere" di Kundera.

Come eravamo fisicamente, lo si vede nelle cicliche riproposizioni delle scene dei processi di Tangentopoli a Milano.

Avevamo i capelli più lunghi, qualche barba in più, le giacche avevano le spalle rinforzate, Di Pietro rappresentava per molti la speranza di una ventata di onestà (ma i soldi per quella Mercedes avrebbero dovuto

SOMMARIO

→ Le tavole della nostra legge	5
→ Introduzione a Benatti e Ascarelli	7
→ Certezza del diritto e autonomia delle parti di <i>Tullio Ascarelli</i>	8
→ Sulle libertà private di <i>Francesco Benatti</i>	38
→ L'evoluzione dei codici etici: dalla funzione promozionale alla valenza giuridica di <i>Francesca Benatti</i>	51
→ La meraviglia dell'arte professionale: brevi note sulla disciplina della circolazione dei beni culturali di <i>Arianna Segala</i>	59
→ La prededuzione dei crediti derivanti dalle sentenze di condanna alla refusione delle spese legali. Note a Trib. Milano n. 7095/2014 di <i>Davide Pachera</i>	65
→ Giovanni Tantini, un amico caro di <i>Lamberto Lambertini</i>	69
→ Gianni e la sua facoltà di <i>Stefano Troiano</i>	71
→ Lo studio al piano di sotto di <i>Giovanni Aquaro</i>	75
→ Breve storia di un'iniziativa vana (...ma non del tutto) di <i>Tommaso Dalla Massara</i>	77
→ Le start up innovative tra dato normativo e prassi contrattuale (parte prima) di <i>Lorenzo Salvatore</i>	82
→ Il ricorso ex art. 2409 c.c. è rinunciabile dalle parti senza che su di esso debba intervenire una pronuncia d'ufficio da parte del Tribunale adito. Nota a Appello Catania 22.8.2014 di <i>Davide Pachera</i>	94
→ PMI, la corsa a ostacoli verso i fondi comunitari di <i>Luigi Dell'Olio</i>	104
→ Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (parte prima) di <i>Francesco Abate</i>	107
→ E riuscimmo ad evitar le stelle di <i>Renè Gourmant</i>	123
→ Dai cinque anni in su. Ovvero: quando l'avvocato parla di se stesso	134



indurre a qualche riflessione), il calcio veniva ancora interpretato attraverso gli stilemi divertenti di Gianni Brera.

Però l'Italia di allora vinceva i mondiali!

Nell'adolescenza del nostro studio abbiamo assistito al suicidio di una classe politica, ad un'alternanza Prodi-D'Alema-Berlusconi-Prodi-Berlusconi, che ricacciava il nostro paese nello scontro avversario/nemico, scontro così acceso da ricordarci che la spaccatura provocata dalla guerra civile combattuta in Italia dal '43 al '45 proseguiva a livello ideologico nei decenni successivi.

Valentino Rossi si affermava campione puro ed appassionante, mentre a 200 km da qui la Jugoslavia esplose in una guerra sanguinaria, di sterminio etnico.

Andando verso la maturità dello studio, abbiamo assistito al crescere di alcune sensibilità e diritti (la parità di genere, l'integrazione degli immigrati e il distacco, pressochè definitivo, della politica dalla vita reale. I gusti di una buona parte del ceto politico venivano rappresentati nella stupidaggini oscure dei diversi canali televisivi. Si imponevano i tornei oratori nella televisione del dopocena, così vuoti e noiosi, quanto urlati e rancorosi.



Studio Legale Lambertini & Associati - Best Law Firm / M&A - Small Medium Enterprises/Italy
For corporate advisory performed alongside small and medium-sized Italian enterprises within mergers and acquisitions, particularly with regard to interventions in the capital scored in the sectors of tourism, hotel and food & beverage

Nel frattempo, i mutui americani facevano scoppiare una prima bolla, che avrebbe poi travolto l'intera economia del mondo occidentale, sino all'attuale stagnazione.

Siamo convinti che i rivolgimenti degli anni '90 e dei primi anni '10 abbiano avuto conseguenze irreversibili per più di una generazione. E non ci riferiamo alla rapida obsolescenza dei telefoni fissi o delle comunicazioni per posta ordinaria.

Stiamo pensando invece a come sia cambiato il senso comune di responsabilità personale, come si sia perso il senso di appartenenza ad una comunità, come sia stato abbandonato il senso di rispetto per sé stessi e per gli altri e quindi anche per le istituzioni.

Questi decenni non potevano non incidere sul modo di intendere la professione di avvocato: da metà degli anni '80 i numeri sono lievitati (dai 50 mila di allora ai 250 mila di adesso); sono nate le grandi aggregazioni di avvocati, in competizione con le *law firm* straniere; molte aree di intervento legale sono divenute marginali e sono state sottratte alla giurisdizione ordinaria

(dal '96 esiste una giustizia considerata minore, affidata ai giudici di pace), è cambiato il processo penale, con iter alternativi, che superano ormai i dibattimenti; è cambiato il processo civile (anche se non è cambiata la durata dei processi).

E così via cambiando.

In questi trent'anni, lo studio ha trovato un proprio spazio nel Veneto. Da più di sette anni siamo stabilmente e felicemente a Roma e a Milano.

I principi dello studio non sono cambiati e sono scritti nelle nostre tavole della legge, che ogni numero de Lambaradan (ed anche questo) riporta. E quelli sono i nostri intangibili criteri di intendere la professione. Alcuni protagonisti della crescita dello studio hanno trovato una strada diversa per affermare la loro maturità professionale. Altri sono arrivati e molti sono qui, convinti del progetto che si possa realizzare un avviamento collettivo, partendo dai singoli individui, che si possa trasformare un'associazione di avvocati in un'istituzione autonoma, in cui le singole individualità contano tanto più quanto più lo studio si rafforza.

La scommessa ha tempi lunghi ed i primi trent'anni ne hanno posto le basi ed il futuro, non prossimo, sarà la nostra verifica, magari crescendo insieme a nuovi compagni di viaggio (Santa Lucia ci ha promesso che nel '15 ci porterà una bella novità).

Se arriveremo in salute ai 50 potremo dire di essere riusciti in un'impresa non così diffusa.

Ci chiediamo allora per quale ragione siamo ancora qui, in buona salute, e continuiamo a crescere, non solo ampliando il terreno di intervento.

Forse la nostra formula non è sbagliata: ritenere che un numero non grande di professionisti possa ricoprire un territorio vasto è sicuramente un progetto ambizioso, ma basato sulla specializzazione che ciascuno ha e condivide con gli altri.

I problemi delle nostre aziende e dell'economia sono uguali in molte parti d'Italia e una crisi di impresa o un finanziamento o un conflitto societario o un'acquisizione non sono poi così diversi nella Sicilia orientale o nel Veneto.

Avere un numero di sedi adeguato alle necessità di presenza territoriale significa sicuramente sobbarcarsi costi impegnativi, ma significa anche sentirsi a casa quando si lavora per una fondazione a Roma o quando ci si confronta in un conflitto societario a Milano e a Venezia.

Già! Le spese!

Come dicono i nostri amici, cerchiamo di non farci mancare nulla. Nelle comodità delle nostre sedi e, quando è possibile, anche nella bellezza, preferendo

passare la maggior parte del nostro tempo in luoghi accoglienti, nel rispetto delle opere d'arte che li abbelliscono o dei panorami che ci offrono.

Così non ci facciamo mancare l'aggiornamento culturale, studiando, partecipando ai convegni altrui, ed organizzandone di nostri. Qualche volta ci fermiamo anche a goderci l'amicizia, con i piedi solidamente sotto ad un tavolo, con qualche buon piatto e qualche bicchiere di vino.

Una ricetta semplice, a ben vedere, che ha alla base lo sforzo quotidiano di essere rigorosamente preparati e premurosamente vicini al cliente.

Nel nostro periodo di vita abbiamo visto nascere, crescere, qualche volta decrescere, gli studi nazionali più prestigiosi.

Qualcuno ci ha anche chiesto di entrare a farne parte. Siamo rimasti autonomi, non per una vanitosa sopravvalutazione di noi stessi, né per la paura di perderci negli studi numericamente troppo importanti. Il fatto è che abbiamo la convinzione di offrire, nel nostro piccolo e per le cose che sappiamo fare, un servizio analogo, magari con un rapporto personale e fiduciario maggiore.

Nel piccolo, come diceva Marchesi, succedono tante cose: anche le formiche...

In tempi in cui "piccolo è bello" è ormai tramontato, almeno nell'organizzazione industriale, forse dobbiamo crescere un po'.

Ma cresceremo solo quel tanto che serve per una valida organizzazione professionale.

Le tavole della nostra legge

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

Pangamma^{AM}/_{FM} - Nicoletta

..... IN PRIMA FILA



IMCARADIO ALESSANDRIA

Introduzione a Benatti e Ascarelli

Nel pubblicare le riflessioni giuridiche dei nostri maestri, abbiamo scelto per questo numero un saggio di Ascarelli dei primi anni '50 ed un intervento di Benatti, dei primi anni '90.

Gli scritti, naturalmente diversi tra loro, sono accomunati dall'appartenenza a periodi storici di grande rivolgimento.

Negli anni '50 si imponevano fenomeni quali la produzione di massa e l'industrializzazione delle campagne ed Ascarelli rilevava l'assenza di una normativa statale che contenesse i nuovi fenomeni: dal lavoro delle donne, che trasformava i rapporti patrimoniali tra i coniugi, alla prevalenza dei beni immateriali, fonte di ricchezza e poteri.

Benatti scrive nel momento in cui si è depositata la polvere dello scontro tra classi diverse ed anticipa il tema della necessaria protezione dell'impresa, di una libertà economica che non si identifica con il *laissez-faire*, che porterà due decenni dopo alla più grave crisi del capitalismo mondiale.

Benatti inserisce tali libertà nel novero dei diritti costituzionali, esattamente come Ascarelli ricorda che spesso l'intervento pubblico rafforza l'autonomia privata.

Due scritti diversi – dicevamo – ma illuminanti, non solo e non tanto del periodo storico di cui sono un brillante riflesso, ma un'indagine su temi più che mai vivi oggi, quando nuovi e diversi rivolgimenti meriterebbero una altrettanta attenzione degli studiosi del diritto, oltre che degli economisti.

Quando il potere finanziario ha scavalcato qualunque confine, non sembra certo fiaccata dalle sanzioni pecuniarie che gli vengono inflitte per plateali e costanti violazioni.

Quando la rendita ha superato gli effetti della produzione, ricostituendo le immense divaricazioni tra i pochi troppo ricchi e i moltissimi troppo poveri.

Quando la disaffezione alla politica allontana i cittadini dalla democrazia.

Il mondo cambia con grande frequenza e velocità lo strumento giuridico è limitato per definizione, ma l'operatore del diritto ha la responsabilità di capire e di inseguire i cambiamenti, senza farsi travolgere, elaborando la norma e dirigendo l'autonomia privata verso un sistema giusto.

Una responsabilità che crediamo di condividere con i lettori della nostra rivista.

I Classici Giuffrè - Strenna 2004

Tullio Ascarelli

Prefazione a Studi di diritto comparato

*Teoria della concorrenza
e interesse del consumatore*

Antigone e Porzia

Certezza del diritto e autonomia delle parti

Prefazione di Berardino Libonati

giuffrè 

2

CERTEZZA DEL DIRITTO E AUTONOMIA DELLE PARTI (*)

SOMMARIO: 1. Costanza della norma e sua adeguatezza. — 2. Certezza e equità. — 3. Insidia dell'ipostasi. — 4. Pretesa contrapposizione tra esigenze giuridiche ed esigenze economiche. — 5. Portata reale del richiamo alla certezza giuridica. — 6. La produzione industriale in massa e le categorie del pensiero giuridico. — 7. Norma giuridica e responsabilità morale. — 8. Certezza giuridica e sicurezza economica. — 9. Diritto pubblico e privato. — 10. Industrializzazione e diverse vie per attuarla. — 11. Intervento pubblico come strumento per permettere l'iniziativa privata. — 12. Fenomeni di traslazione. — 13. Portata nel caso singolo e portata sulla struttura sociale. — 14. Oggetto della giurisprudenza. — 15. Conclusione.

1. Qualunque sistema di relazioni umane, qualunque sistema giuridico, qualunque norma, deve essere costante eppure non può essere immutabile; deve assicurare una soluzione uniforme per casi individuali diversi secondo un criterio costante in funzione di una tipizzazione dei casi, eppure deve adeguarsi a una realtà sempre in movimento, sempre diversa nella ricchezza dei suoi casi individuali, che possono essere paragonati e classificati secondo un procedimento di tipizzazione che deve, come tale, sempre e inevitabilmente sacrificare alcune caratteristiche individuali in relazione al criterio prescelto per la stessa tipizzazione.

La conciliazione tra questa immanente esigenza di costanza e questa pur necessaria mutevolezza della norma, il superamento di un'antinomia che è insita nella stessa pretesa di applicazione della norma, è data, ancor prima che dal mutamento che *lato sensu* pos-

(*) Relazione al Congresso sul tema promosso da *Diritto dell'economia*; pubblicata in *Diritto dell'economia*, 1956, 1238. Nell'attuale ripubblicazione sono stati soppressi alcuni tratti che riprendevano problemi di altri studi.

siamo dire legislativo del diritto, dalla stessa tecnica dell'interpretazione. Questa obbedisce a quella che potremo dire una logica della continuità, nel suo sforzo di conciliare costanza di valutazione e reale sviluppo, secondo una argomentabile continuità (1).

Sempre invero il diritto si deve adeguare a una mutevole realtà con un processo che insieme investe la disciplina dettata e le categorie con le quali questa si esprime e si elabora (se pur vuol porsi questa distinzione). La stessa prassi è strumento di questa continua adeguazione attraverso quei procedimenti indiretti grazie ai quali vecchi istituti vengono utilizzati per nuove funzioni, conciliando una continuità strutturale che è garanzia di certezza con una innovazione funzionale.

2. La contrapposizione tra valutazioni diverse (e così tra quelle tramandate e quelle che poi si vengono affermando) può anche indicarsi come contrasto tra certezza e equità, chè il secondo termine piuttosto che indicare aristotelicamente l'attenuazione nel caso concreto del rigore della norma, può riferirsi all'emersione in un caso singolo di una nuova norma (e, generalmente, in via di rimedio processuale) tuttavia suscettibile di generale applicazione.

La nuova norma spesso acquista storicamente portata generale con una conseguente dicotomia del sistema che si scinde in un corpo di norme tradizionali e in un corpo di norme equitative, essendo poi le secondo quelle che spesso storicamente finiscono per prevalere sulle prime, a volte allora ridotte a applicazione limitata, quasi relitti di principî anteriormente di più generale portata.

Nel diritto romano come nel diritto inglese, così come, a mio avviso, nella dicotomia tra diritto civile e commerciale propria dei diritti romanistici dalla rinascenza comunale, ritroviamo appunto esempi della formazione storica di sistemi equitativi (nel significato dato precedentemente a equità) che poi prevalgono su quelli tradizionali; è anche sotto questo profilo che può acquistare significato la contrapposizione tra diritto speciale (quale appunto tradizionalmente il diritto commerciale) e diritto comune.

(1) A questo riguardo cfr. il mio *Norma giuridica e realtà sociale in Diritto dell'economia*, 1955, 1179.

3. Non è perciò possibile ipostatizzare un'esigenza di certezza giuridica in un'astratta contrapposizione con altre esigenze trasformando allora la storia del diritto, da storia umana, in una specie di lotta tra astratti principî contrapposti e raffigurando come un duello tra cavalieri armati, contrapposizioni che acquistano il loro senso solo nella concretezza di determinate situazioni storiche e come concrete rivendicazioni o negazioni della opportunità di determinate norme o strutture (2).

4. È invece l'astratta contrapposizione sopra criticata quella che spesso arriva a contrapporre il « diritto » a norme che invece, pur essendo « giuridiche », non sarebbero poi « diritto » e così all'identificazione del diritto con un determinato sistema (storicamente realizzato o vagheggiato ovvero che si immagina essersi realizzato in un passato idealizzato o si desidera si realizzi in un futuro a sua volta miticamente colorito), nei cui confronti altre norme mancherebbero di giustificazione « giuridica », se pure, si aggiunge, possano rivendicare una giustificazione economica o sociale.

In quanto si abbandoni il terreno di un giusnaturalismo che possa dettare cosa (in relazione al suo contenuto) sia diritto (3); in quanto si abbandoni la premessa della coincidenza tra norma giuridica e una determinata giustizia materiale (o della possibilità di giuridicità solo in quanto rispettati determinati limiti materiali), la norma, in quanto rispondente a quei caratteri che la facciano definire giuridica, non ha un più o un meno di giuridicità. Per la stessa ragione non ci sono e non ci possono essere norme giuridiche che rispondono ad esigenze « economiche » o « sociali » in contrapposizione a norme giuridiche che rispondono a esigenze « giuridiche », come una specie di diritto

(2) Si sostituirebbe altrimenti al processo storico e alle sue lotte concrete l'ipostasi di diverse esigenze, attraverso la trasposizione su un terreno logico di espressioni linguistiche che ricoprono con i nomi di « equità », « socialità » e via dicendo, esigenze concrete di determinate riforme che solo in seguito a una valutazione della loro portata e alla determinazione di un criterio di giudizio potranno poi qualificarsi rispetto alle precedenti come più o meno giuste, più o meno favorevoli alla maggioranza e via dicendo.

(3) Nè credo necessario di trattenermi su questa premessa, chè è evidente, vi sono premesse che occorre dichiarare, ma che non possono essere esaminate nell'ambito di un articolo o di un libro!

minore in contrapposizione a un diritto maggiore, perchè le norme giuridiche sono tutte intelleggibili solo sul terreno storico e così di tutti i motivi (economici e ideali; di potere e di equilibrio) che concorrono nello sviluppo della storia.

L'origine della contrapposizione che mi sono permesso criticare si trova nell'identificazione del Diritto con la norma coerente con un ordine naturalmente fondato e operante o con un dato rivelato; nell'epoca moderna la contrapposizione esaminata finisce spesso per condurre ad una identificazione del diritto romano e poi di quello rivendicato nel movimento illuministico con un diritto di ragion naturale in parallelismo (ed è invero essenzialmente nei riguardi della materia economica che viene prospettata la contrapposizione) con una concezione meccanica dell'economia che a sua volta induce a considerare come « antieconomici » fenomeni che non rispondono al modello assunto (e le due qualifiche di « antieconomico » e di « antiggiuridico » finiscono invero per concorrere, traducendo il sostanziale parallelismo sopra accennato). Chè forse anzi non è impossibile riscontrare la tendenza a una implicita identificazione tra un diritto romano astrattamente inteso fuori dalla sua evoluzione storica e il diritto uscito dal movimento illuminista, come espressione a loro volta di quello che si potrebbe dire il diritto col D maiuscolo, nei cui confronti le norme giuridiche che ne divergono assumono il valore di eccezione delle quali si deve ricercare una peculiare giustificazione « non giuridica ». Col che, è evidente, si identifica il diritto (sempre intellegibile sul terreno storico e giustificato — se vuolsi usare, seppure impropriamente, il termine — da considerazioni « non giuridiche ») con un determinato tipo di disciplina giuridica, disciplina che si ritiene giustificata per sè stessa, ravvisando allora la necessità di ritrovare una peculiare giustificazione per discipline divergenti.

I principi della codificazione napoleonica acquistano allora, astratti dalla loro storia, un valore di diritto naturale e così si identificano col Diritto in contrapposizione con una regolamentazione che, quando divergente, deve ritrovare una peculiare giustificazione. Non è raro che questa premessa si traduca tra i giuristi del continente europeo in un corollario che pure ne dovrebbe dimostrare la singolarità (e che del resto trova spesso parallelismo nella considerazione del diritto angloamericano come diritto di ragion naturale da parte



degli autori angloamericani) e cioè nella considerazione del diritto angloamericano come un'empiria alla quale allora si stenta a dare il nome di Diritto, appunto perchè non inquadrabile negli schemi elaborati dalla tradizione romanistica e nella relativa tecnica interpretativa (4).

5. Il richiamo alla certezza giuridica, acquista a sua volta un senso solo quale invocazione di un determinato ordinamento giuridico; è solo così che possiamo renderci conto della reale portata di una disputa al di sotto del valore emotivo che hanno e devono avere i richiami ad esigenze come tali sempre e tutte presenti e che la storia penetra il mistero di quelle *choses vagues* sulle quali, notava Valery, è pur fondata la civiltà.

È compito invero al quale non potrei accingermi quello di percorrere nella letteratura giuridica le continue lamentele sull'incertezza del diritto e sul variare delle leggi — chi non ricorda l'invettiva dantesca su Firenze « che fai tanto sottili - provvedimenti, ch'a mezzo novembre - non giunge quel che tu d'ottobre fili? » —, così come sulla moltiplicazione di norme legislative e tendenze giurisprudenziali ed è nota la stessa diffidenza di codificatori e riformatori verso l'interpretazione e il loro ripetuto e vano tentativo di precludere quelle reali innovazioni che storicamente sono poi opera di questa.

(4) Così come non è raro tra i giuristi continentali sentir contrapporre la codificazione all'efficacia vincolante dei precedenti nel diritto inglese e americano come se la prima rispondesse a un criterio di certezza giuridica laddove la seconda costituirebbe un mero « decisionismo »; in realtà ci troviamo dinanzi a tecniche diverse per assicurare continuità e certezza, tecniche che si ricollegano con una diversa identificazione del *corpus juris* applicabile, rispettivamente in un corpo ordinato di leggi o nel *corpus* dei precedenti giurisprudenziali.

La distinzione è, notoriamente, assai meno pronunciata in pratica di quanto non sia in teoria e il suo maggior riflesso è forse quello che attiene ai criteri di interpretazione della legge la quale, nel secondo sistema, finisce per assumere quei caratteri che, nel primo, sono propri della legge speciale e del regolamento.

Essa si afferma solo col principio del sec. XIX con la codificazione da un lato e col fissarsi (in Inghilterra, chè poi minore rimane la portata dei precedenti in America) del sistema dei precedenti giurisprudenziali dall'altro, processi che, nella loro diversità, rispondono ambedue a una comune esigenza di certezza e di « chiusura »; la diversità, a sua volta, si riporta, a mio avviso, alla diversa storia della formazione dello stato e di un diritto comune nazionale in Inghilterra e nei paesi dell'Europa continentale.

Sarà perciò solo nei confronti di problemi determinati e di situazioni determinate (5) che lamentele e tentativi acquisteranno alla fine un pieno significato, potendo invero ora collegarsi con la resistenza a un mutamento di strutture tradizionali ora invece al desiderio di un superamento di queste strutture.

Il richiamo alla certezza giuridica si fa naturalmente più insistente quanto più vivaci le lotte e più rapidi i mutamenti di strutture economiche o di credenze, sì che più vivo è il problema della sempre necessaria e mai compiuta elaborazione di un ordinamento giuridico. Forse è perciò (ma l'affermazione abbisognerebbe di controllo) che il richiamo alla certezza del diritto sembra suonare più insistente nei periodi di profonde trasformazioni sociali vuoi che il richiamo venga compiuto per opporsi a paventate innovazioni (e tale forse la portata dell'invettiva dantesca), vuoi invece — come avvenne nell'illuminismo — che esso costituisca strumento per la realizzazione di un nuovo ordinamento, volendo così riprendere la dicotomia accennata poco sopra.

6. La connessione tra la rivendicazione della certezza del diritto e quella dell'autonomia dei privati, nell'impostazione corrente nei nostri giorni, indica appunto la portata reale di una disputa che ci riporta in sostanza ai dialoghi della società moderna circa il miglior ordinamento di un'economia ormai caratterizzata dalla produzione industriale in massa (disputa che rimane distinta da altre che pur con questa a volte si intrecciano).

Questo fenomeno, privo di precedenti storici, è, notava Jaspers, radicalmente nuovo ed estraneo alla tradizione non solo del nostro

(5) La stessa nostra letteratura recente, nel richiamo — a volte da parte degli stessi Autori, ma in diverse situazioni politiche — ora alla certezza giuridica ora invece a una maggiore discrezionalità del giudice, dimostra come in realtà il problema trattato non sia quello speculativo dei caratteri del diritto (che come tale è necessariamente certezza, in quanto appunto sempre riposa su un procedimento di astrazione, di tipizzazione), ma quello diverso, della critica o della rivendicazione di uno od altro ordinamento. A sua volta col termine autonomia non ci si rifà alla giuridicità propria di ogni ordinamento e cioè alla negazione della statualità del diritto e così alla stessa insita giuridicità dell'ordinamento privato, ma piuttosto alla sfera di libertà del singolo nell'ordinamento statale.

pensiero giuridico, ma direi quasi del nostro pensiero, perciò a volte tratto a contrapporre alla tecnica una civiltà che non riesce a dominarla.

È di fronte alla produzione industriale in massa e alle profonde trasformazioni (6) che con questa si connettono che categorie e discipline giuridiche si rivelano oggi a volte insoddisfacenti ed è, a mio avviso, la rapidità con la quale si è svolto questo fenomeno e in un periodo relativamente breve e recente così come la sua novità, quanto determina quella che si suole spesso oggi chiamare la crisi del diritto.

Da un lato si accentua la necessità dell'adeguamento interpretativo della disciplina tradizionale e la frequenza della utilizzazione degli istituti tradizionali per nuove finalità attraverso procedimenti indiretti (con un conseguente sfasamento tra la funzione reale dell'istituto e quella supposta nei testi legali e nella tradizione dottrina), dall'altro tuttavia questi strumenti di adeguazione della norma riescono spesso insufficienti o riescono insoddisfacenti i risultati così raggiungibili.

D'altra parte la stessa sanzione di una nuova disciplina in via legislativa urta spesso contro l'ostacolo di una non adeguata strumentazione tecnica per il conseguimento di finalità pur desiderate, onde appunto quel senso di insoddisfazione a volte lamentato circa l'efficienza del diritto, che pur tuttavia sempre costituisce l'imprescindibile strumento del nostro ordinato operare.

L'insoddisfazione a volte provata nei confronti dei risultati raggiungibili con i procedimenti indiretti della pratica o con gli artifici dell'interpretazione, così come l'insufficienza della strumentazione tecnica della quale sembra disporre il legislatore, trovano, a mio avviso, comune origine nella frequente difficoltà di adeguare alla produzione industriale in massa, ancor prima che la disciplina giuridica, le impostazioni del nostro pensiero giuridico, frutto di un'elaborazione sostanzialmente anteriore al sorgere della fenomenologia economica moderna, sì che all'ostacolo offerto dalla mancanza di con-

(6) Costatazione certo non nuova. Il volume di Dicey, sull'inizio del secolo e, recentemente, quello di Friedmann, illustrano appunto la trasformazione del diritto inglese in corrispondenza con l'industrializzazione, industrializzazione che, nella sua portata sociale, si riporta al sec. XIX e che poi tra noi si è svolta con ritardo, tanto da svilupparsi quasi solo di recente in alcune nostre regioni.



cordia necessaria per l'identificazione della disciplina a volte si aggiunge quella dell'inadeguatezza degli strumenti tecnici di una sua efficiente espressione.

Le nostre impostazioni giuridiche, sostanzialmente derivate dal diritto romano (e il discorso può ripetersi per la *common law* e sebbene questa nella sua evoluzione si sia da più tempo resa sensibile ad esigenze che, tanto per intenderci, diremmo commercialistiche, data la precedenza dell'Inghilterra sul continente nella rinnovazione agricola e nella rivoluzione industriale) sono state invero elaborate tenendo presente una società assai diversa da quella che è derivata dalla produzione industriale in massa.

Il diritto del sec. XIX è stato bensì, storicamente, in Occidente, strumento della rivoluzione industriale, ma le impostazioni alle quali ha fatto ricorso sono state, tutte o quasi, elaborate anteriormente e prescindendo proprio da quelle strutture che sono state poi il frutto della rivoluzione industriale.

La teoria tradizionale delle persone giuridiche quasi ignora le società commerciali; sono invece le società commerciali quelle che nella realtà costituiscono gli esempi più frequenti e più importanti di persone giuridiche private e sono esse che ci presentano un'elasticità ignota alla teoria tradizionale con una possibilità di duplicazioni e inscatolamenti che è poi alla radice dei problemi più acuti di questo istituto.

La teoria tradizionale del contratto ignora il contratto in serie che invece domina la vita moderna, ponendo problemi che non hanno più carattere marginale, ma centrale.

La teoria tradizionale quasi ignora l'esercizio diretto o indiretto di un'attività economica da parte di enti pubblici (7), e invece i problemi concernenti gli enti pubblici economici sono ormai tra i più rilevanti.

La teoria tradizionale visualizza una società nella quale hanno

(7) Non ignora naturalmente i problemi dell'economia controllata, che anzi spesso proprio perciò il mondo attuale presenta ricorsi ad istituti del mercantilismo e spesso d'altra parte sotto esigenze o istituti che sembrano nuovi si nascondono ritorni a problemi di ieri l'altro, occorrendo spesso distinguere tra problemi (effettivamente) nuovi e persistenza di mentalità mercantilistica.

prevalente importanza per le classi agiate redditi di fortuna e beni ereditari e viviamo invece in una società nella quale, anche per le classi più agiate, sono dominanti redditi di lavoro e di attività.

La teoria tradizionale presuppone uno scarso rilievo del lavoro della donna (almeno nelle classi agiate) e invece il lavoro della donna, anche maritata, diviene ogni giorno più frequente e trasforma di fatto i rapporti patrimoniali tra coniugi, che spesso, nella loro realtà, difficilmente possono inquadrarsi negli schemi del codice.

La teoria tradizionale visualizza innanzi tutto beni materiali e sono invece quelli immateriali quelli che nel mondo moderno sono innanzi tutto fonte di ricchezza e potere.

La teoria tradizionale presuppone quel mercato che si ritrova generalmente per i prodotti agricoli e solo recentemente la stessa scienza economica ha acquistato coscienza di quella che si suol dire concorrenza imperfetta o monopolistica.

Non si tratta già (posizione che poteva essere ancora esatta mezzo secolo fa) di nuovi istituti che si vengono aggiungendo ai tradizionali, di un diritto « commerciale » che si pone accanto al diritto « civile », ma di una trasformazione di tutti gli istituti (ed ecco alla fine il significato dell'unificazione del diritto privato) e che spesso attiene, ancora prima che alla creazione di nuovi istituti, al mutamento di portata di quelli tradizionali, allo stesso mutamento di abitudini e valutazioni sociali che la stabilità passata induceva spesso a ritenere « naturali ». Perciò la difficoltà investe spesso l'impostazione ancor prima che la soluzione del problema (in quanto si vogliono distinguere questi due momenti, pur sempre connessi), l'individuazione dei criteri astrattamente invocabili ancor prima che l'adozione dell'uno o dell'altro, lo strumentario delle nostre categorie giuridiche ancor prima che la disciplina adottabile.

La stessa litigiosità — come in altra occasione mi sono permesso di notare — è in funzione di questa trasformazione e perde perciò di significato quando invocata quale indice di frequenza dei vari istituti o di loro maggiore o minore adeguazione.

Il mutamento investe lo stesso problema delle fonti del diritto: da un lato la trasformazione della società — e basta all'uopo volgere

gli occhi al diritto anglo-americano (8) — accentua il valore della legge come strumento normativo; dall'altro lato la centralizzazione della produzione normativa pone il quesito di quella che direi la strumentazione (9) per la legiferazione (10).

È appunto in quanto le impostazioni giuridiche tradizionalmente elaborate non sembrano a volte adeguate per dettare una conveniente disciplina che si può parlare di crisi del diritto, ricorrendo al termine appunto per indicare questo sfasamento, ma non dimenticando che di fronte alla continua mutevolezza della realtà il diritto è sempre in crisi e che sempre, sebbene con maggiore o minore vivacità, è presente il problema di un rinnovamento del nostro pensiero giuridico, della continua sostituzione, potrebbe dirsi, di un « volgare », a un accademico « latino ».

Della acutezza del contrasto possono forse offrire un indizio le controversie che mal si dicono metodologiche e che in realtà attengono appunto a quel rinnovamento di convinzioni e volizioni che segna ogni profondo mutamento sociale.

L'umanesimo e la formazione degli stati moderni hanno visto la crisi del *mos italicus jura docendi* traducendosi poi nel *mos gallicus*,

(8) Ove egualmente corrono lamentele sull'incertezza giuridica sia nel senso, un tempo tradizionale anche sul continente, della maggiore complessità (e, a volte, dell'eccessiva rigidità, come notava Cardozo) del sistema giurisprudenziale, sia di fronte alla moltiplicazione di norme legislative che sono la conseguenza della trasformazione economica.

(9) Onde la tendenza a passare dall'autonomia sindacale quale strumento di realizzazione di interessi particolari ad una concezione pubblicistica, strutturando lo stato nei sindacati professionali. Si finisce allora però, dando rilevanza politica alla qualifica professionale del singolo, per negare la stessa autonomia del momento politico che si riporta all'uomo e al cittadino come tale nella sua personalità etica (e che proprio perciò giustifica l'affidare la direzione politica ai cittadini come tali con eguaglianza di voti e suffragio universale) e, come poi dimostrato da esperienze antiche e recenti, si mira a « fermare » la storia in una situazione data, sanzionando una struttura rigida e monopolistica dell'economia, dato il diretto affidamento della direzione di questa a quanti attualmente rivestono determinate qualifiche.

(10) È il problema che nella pratica parlamentare moderna è stato poi affrontato col sistema delle commissioni.

Un parallelo a questo problema si può anche trovare nella difficoltà di conciliare gli ordinamenti burocratici tradizionali con i nuovi compiti che la burocrazia assolve quando lo stato assume funzioni di direzione e gestione nell'economia.

con la consapevolezza della storicità del diritto, l'affermazione della sovranità dello stato moderno, dispiegato in Francia; lo stato nazionale del secolo XIX si è accompagnato col positivismo giuridico; all'improvviso erompere della rivoluzione industriale in Germania sulla fine del secolo scorso è seguita la crisi di quella *Begriffsjurisprudenz* che era nata dalla pandettistica; la crisi della sovranità dello stato nazionale si è riflessa — e lo notava V. E. Orlando avvicinando sotto questo aspetto l'istituzionalismo di Romano e il purismo di Kelsen — nella revisione del principio della statualità del diritto, così come nella riduzione a diritto dello stato; al rinnovato fervore attuale di dispute metodologiche nell'ambito dei diritti romanistici come in quello dei diritti di *common law*, non è estraneo il problema posto dallo sfasamento tra le impostazioni giuridiche tramandate e una società profondamente mutata. La stessa storia della metodologia giuridica non può invero intendersi fuori da quello svolgimento generale che poi sollecita i problemi che la metodologia è chiamata a risolvere.

Il compito che è ormai proprio della dottrina è appunto quello di venire elaborando il pensiero giuridico di una società ormai caratterizzata dalla produzione in massa. E per questo compito, a mio avviso, è necessario tanto quel maggior rigore logico che permetta sfuggire alle insidie della retorica, quanto quella più precisa conoscenza sociologica che permetta rendersi più esatto conto della portata e delle premesse di problemi e categorie, proprio per poter agire ragionevolmente.

Non è forse a caso che il pensiero giuridico si viene da più parti innovando in ambedue queste direzioni, solo apparentemente contrastanti, che ambedue, a mio avviso, confluiscono nel problema dell'oggetto stesso della giurisprudenza (11).

(11) Le tendenze kelseniane, così come il neopositivismo logico, sono appunto venute « depurando » il ragionamento giuridico, ma hanno perciò stesso trascurato, a mio avviso, il problema dell'interpretazione ridotta ora a un atto discrezionale in un ambito dato, ora a una coerente rigorizzazione di dati supposti univoci. Ambedue queste correnti, a mio avviso, dimenticano così il problema dell'interpretazione giuridica, che sorge proprio di fronte alla necessaria equivocità del dato e che assolve la sua funzione proprio in relazione a questa necessaria equivocità; segnano in realtà una « fuga » dal problema dell'interpretazione e così dell'azione, resa arbi-



Ambedue queste istanze si pongono in contrasto con quella tradizione concettualistica alla quale non era aliena la premessa di una predeterminata natura dei vari istituti che legislatore e interprete dovessero poi logicamente dispiegare. Ambedue queste istanze si riportano in via definitiva alla premessa della storicità del diritto ed alla confluenza nello sviluppo di questo dell'opera dell'interprete che, nell'unità dell'attività giuridica, non costituisce specchio di un dato, ma sua riposizione e suo sviluppo.

È appunto in quanto nessuna norma opera ed esiste indipendentemente dalla sua interpretazione e applicazione, in quanto l'interpretazione concorre nello sviluppo del diritto che può quasi rovesciarsi la frase con la quale Kirchmann voleva irridere all'opera della giurisprudenza come sterile fatica che una parola del legislatore basta a rendere vana.

Appunto perciò, se vogliamo dare un men generico significato al termine « crisi del diritto », possiamo riferirlo a quei momenti nei quali si propone con peculiare acutezza il problema di una revisione

traria. Invero l'interpretazione non detta una norma complementare in un ambito predeterminato e non si analizza in una deduzione da dati univoci e ordinabili univocamente. Essa attiene invece direttamente a una nuova posizione della norma interpretata in virtù di un costante riordinamento delle norme nel sistema e di una costante rideterminazione della fattispecie astratta, assolvendo proprio perciò la sua funzione nella perenne adeguazione di un *corpus juris* dato, ma secondo un criterio di continuità.

[L'esigenza pratica della decisione preclude all'interprete di sottrarsi alla formulazione della soluzione; la necessità del coordinamento della soluzione con tutte le altre, preclude il ricorso a « geometrie » diverse nei vari casi; il mondo della storia nella quale opera il diritto non permette l'esperimentazione quale criterio di veridicità di assiomi o proposizioni e riuscirà impossibile il ricorso ad una constatabile verifica quale criterio di controllo di una definizione giuridica e persino nei riguardi dei termini di questa che sembrano riferirsi a fatti, chè anche questi sono sempre intesi in funzione di una disciplina normativa; non potrebbe d'altra parte farsi capo a una accezione sperimentalmente verificabile di un accettato linguaggio.

La tipizzazione rimane tuttavia ineliminabile dall'esperienza giuridica ed appunto perchè strumento dell'azione, sì che la dissoluzione nominalistica dei concetti giuridici in una serie di casi individuali — quale pure perseguita dai neopositivisti — si tradurrebbe nella stessa impossibilità di interpretare.

I tentativi neopositivisti, pur recentemente elaborati con fine acutezza, cadono comunque di fronte alla impossibilità di qualunque controllo sperimentale nel diritto, che si pone come struttura d'azione].

delle categorie del nostro pensiero giuridico, problema che investe preliminarmente la stessa struttura della disciplina, gli stessi criteri ordinatori ai quali questa fa ricorso (se pur naturalmente non dimenticando l'inevitabile limite di questa distinzione).

7. Non credo invece si possa parlare di crisi del diritto con riferimento a un maggior o minor peso di considerazioni « giuridiche », in contrapposizione a considerazioni economiche o sociali senza appunto cadere nell'equivoco che mi sono permesso denunciare anteriormente. E nemmeno seguirei quanti rimpiangono un idealizzato passato rimproverando al mondo moderno decadenza di costumi e disprezzo di valori spirituali, a volte forse indotti a così severo giudizio dal naturale amore che ciascuno di noi ha per l'epoca della propria giovinezza e dalla tendenza a trasformare in giudizio storico su un'epoca la nostalgia dei propri anni giovanili. (E forse un maligno potrebbe ricordare il motto di La Rochefoucauld sulla frequenza con la quale vengono prodigati buoni consigli da quanti non possono più dare cattivi esempi).

Chè anzi, se da un lato il perfezionamento morale di ciascun individuo può solo essere il frutto di una conquista individuale, dall'altro, e nonostante ritorni e ricorsi che quasi dimostrano quanto fragile sia sempre l'edificio della civiltà, la struttura della società attuale, fondata sul lavoro libero e preoccupata del benessere dei molti, è certo anche moralmente, superiore a regimi anteriori.

L'abbandono della contrapposizione giusnaturalista tra un Diritto determinato *ab aeterno* e la norma storicamente vigente, non vuole affatto significare accettazione di qualunque norma solo perchè rispondente a determinate caratteristiche: ciascuno di noi, nella propria coscienza, può e deve valutare la giustizia di norme e di criteri di produzione di norme e la condanna che investe i secondi assume l'accento e la portata della rivoluzione.

La legge di Creonte che vieta il seppellimento del fratello che portò le armi contro Tebe è anch'essa legge e diritto; la rivendicazione dell'opposta norma da parte di Antigone è espressione del dovere morale di ciascuno di valutare nella propria coscienza qualunque norma dettata, fino alla ribellione e fino a quel sacrificio che è suggello appunto della rivolta morale e quasi ne testimonia la pu-

rezza; è attraverso lotte e contrasti che si svolge la storia del diritto, lotte e contrasti che possono nascondersi dietro il sorriso di Porzia, ma possono importare il sangue e le lacrime del sacrificio di Antigone.

A ciascuno di noi non può che apparire giusto se non quanto sentiamo come tale nella nostra coscienza e siam tratti perciò a negare la qualifica di « giuridica » alla norma che ripugna al nostro ideale di giustizia. Ma se vogliamo cercare di intendere lotte e contrasti dobbiamo appunto scoprire la portata di questi e del cozzo di diverse valutazioni al di sotto di una polemica che contrapponga diritto a non diritto, esigenze giuridiche a esigenze economiche, perchè questa polemica può invece finire proprio per oscurare la portata del contrasto.

8. Sotto la disputa che oggi contrappone autonomia privata e certezza giuridica da un lato e intervento legislativo nell'economia dall'altro, ritroviamo non già una astratta contrapposizione tra « diritto » e « non diritto », ma quella storia del mondo moderno che dal sec. XVIII ha visto svolgersi (e piuttosto in via di opposizione all'artigianato, anzichè di sviluppo di questo) l'industria e la grande industria; la produzione industriale in massa e l'industrializzazione dell'agricoltura, con tutte le loro conseguenze sulla struttura economica e sociale, sul lavoro della donna, sulla funzione della famiglia, sulla portata degli istituti successori e via dicendo.

Perciò il contrasto acquista il suo senso solo in relazione a problemi e situazioni determinate e a diverse e contrastanti soluzioni giuridiche.

La « certezza » del diritto può apparire bensì come la sanzione della sopportazione da parte dei contraenti di rischi anche non previsti e l'intervento legislativo come strumento di stabilità e sicurezza economica.

Ma, a mio avviso, il chiamare la prima esigenza, « giuridica » e, la seconda, « equitativa » ha un senso solo facendo ricorso al significato storicistico nel quale ho precedentemente usato il termine equità.

Inesatto d'altra parte ritenere che l'intervento come tale risponda necessariamente a un'esigenza sociale (e cioè sia più favorevole al-

l'interesse dei molti) e l'autonomia privata invece necessariamente a un'esigenza giuridica (che in questa contrapposizione, pur spesso compiuta dai fautori della seconda, coinciderebbe con l'interesse dei pochi).

In realtà (ed è facile trovarne esempi) l'intervento può essere utilizzato nell'interesse (e... a richiesta!) dei pochi per liberarli di rischi che altrimenti li pregiudicherebbero (pur non attenuando i loro vantaggi) e l'autonomia privata può funzionare, come avvenuto con l'affermarsi dell'industria, quale strumento per l'affermazione di nuovi gruppi e di nuove strutture superando posizioni acquisite, così come invece l'intervento può essere usato come strumento contro i privilegi dei « pochi » e l'autonomia privata costituire strumento di conservazione di privilegi.

Nel suo tecnicismo l'intervento può apparire come che neutro rispetto a finalità invece presenti nel determinarlo e che devono essere considerate nel giudicarlo; può essere invero strumento per difendere posizioni privilegiate o per superarle. V'è così un intervento che è proprio continuazione, se pur superamento, delle finalità nelle quali trova la sua giustificazione l'iniziativa privata ed una iniziativa privata che segnerebbe proprio la negazione delle stesse finalità di aumento di produzione e migliore distribuzione della ricchezza nella quale vuole trovare giustificazione. La storia ci offre abbondanti esempi di questa ambiguità.

Perciò il problema sollevato dalle contrapposizioni tra autonomia privata e intervento legislativo nell'economia non è intellegibile se non in relazione alla portata delle varie misure e in un determinato momento storico. E su questo terreno ritroveremo lotte di classi e di gruppi e il contrasto tra certezza e sicurezza si svelerà a sua volta come il contrasto tra la sicurezza economica degli uni o quella degli altri, tra una struttura favorevole agli uni o agli altri e solo l'identificazione di un criterio di giudizio potrà poi permettere di giudicare quale tra i contrastanti interessi possa, nella sua realizzazione, essere insieme strumento per la realizzazione di un interesse generale.

9. La distinzione tra diritto privato e diritto pubblico, o meglio il principio dell'autonomia privata, può essere considerata sotto il punto di vista di una divisione dei poteri e di una attribuzione di



poteri⁽¹²⁾; l'autonomia privata costituisce un reale strumento di attribuzione di potere e il problema giuridico della delimitazione del suo ambito rispetto a quello del diritto pubblico è alla fine quello della distinzione tra il potere individualmente affidato a singoli, isolati o volontariamente associati, e quello invece affidato ad organi della collettività.

Il diritto del sec. XIX ha segnato questa distinzione lungo un confine che importa l'attribuzione ai singoli, isolati o volontariamente associati, del potere di determinare sviluppo e equilibrio economico.

Questa attribuzione era argomentata con la convinzione dell'esistenza di un ordine economico naturale che trovava nella iniziativa privata strumento per la sua realizzazione e insieme per il suo autoregolamento; veniva d'altra parte promossa come strumento per il conseguimento di un determinato ordine economico.

La disputa circa una maggiore o minore autonomia privata si coordina così con il contrasto tra la credenza a un ordine economico che trova in sé stesso un proprio autoregolamento e la negazione di questa premessa; cela insieme un reale contrasto tra gruppi.

Collocata nei suoi termini formali la disputa riesce ambigua e proprio perchè in questa collocazione implicitamente già si accetta una premessa invece erronea: quella cioè della distinzione tra un ordine naturale e un artificiale intervento.

In realtà autonomia privata e pubblica amministrazione dell'economia si rivelano ambedue strumenti di politica economica e la stessa

(12) È nota l'importanza di questo punto di vista nell'opera del Renner ed è noto il rapporto tra l'indagine sociologica e economica del Renner e la teoria del Merkl e del Kelsen (che a sua volta proviene dallo stesso ambiente culturale) della *stufenweise Normenzeugung* e della negazione di una distinzione tra diritto pubblico e privato.

[Ed è appunto considerando il « potere » economico privato (e che, nell'economia industriale attuale, può magari persino dissociarsi dalla proprietà) che si coglie la problematica della distinzione tra « privato » e « pubblico »; il passaggio da un sistema di controlli che direi « interni » del sistema privatistico, quale attuato in un sistema di libera concorrenza, alla mancanza di detti controlli (quale appunto occorre in una economia di produzione industriale in massa) e allora la necessità di una diversa strutturazione, con strumenti pubblicistici o anche privatistici; la diversa rilevanza di beni di consumo e strumentali o anche di cose o energie; il rilievo della disciplina di attività e via dicendo].

manca di intervento si rivela come strumento di una determinata politica economica, così come si coordina con una determinata politica economica il passaggio della pubblica amministrazione dell'economia a elemento normale del sistema, nella consapevolezza appunto della dipendenza dell'equilibrio economico da fattori istituzionali.

Perciò, intese in un quadro formale, le diverse posizioni possono presentare una apparente contraddittorietà che viene superata solo considerando il reale contrasto di interessi e finalità nei cui confronti rivendicazione di intervento e rivendicazione di autonomia assumono valore strumentale.

La rivendicazione dell'autonomia privata e della concorrenza è stata spesso fatta negli Stati Uniti contro monopoli privati, reclamando perciò misure legislative, come tali necessariamente di intervento, che da altri venivano respinte invocando nuovamente iniziativa individuale e autonomia privata, ma in realtà ritenendo inevitabili o meno pericolose o opportune formazioni monopolistiche.

Iniziativa individuale e autonomia privata vengono in genere rivendicate nell'Europa continentale nei confronti dell'intervento statale e, a volte, magari per contrastare misure che mirano a creare nuove proprietà o a far coincidere proprietà e titolarità dell'impresa, o addirittura per permettere la continuazione di monopoli privati, mentre a sua volta l'intervento viene a volte invocato (e allora magari da quanti in genere rivendicano l'iniziativa privata) quale strumento di difesa di posizioni esistenti contro mutamenti che si verificherebbero nella mancanza di interventi, a volte invece come strumento di superamento di strutture esistenti (venendo allora spesso avvertato in nome dell'iniziativa privata).

La contrapposizione (13) è allora quella tra interessi e esigenze

(13) Si noti come nei confronti di un'economia programmata (o di una possibilità di programmazione) i problemi sottoposti al legislatore importino spesso la soluzione di un contrasto tra gruppi, mentre la tradizione giuridica tende a considerare i problemi giuridici come interessanti individui indipendentemente dalla loro posizione in gruppi per altro verso distinti. La posizione tradizionale è a sua volta coerente con la mancanza di intervento dello stato nell'economia e in funzione appunto di detta mancanza (e basta invero anche in un'economia liberale pensare al problema della legislazione doganale per tornare a scorgere come la soluzione giuridica finisca per dover arbitrare tra contrapposti interessi di gruppi). Quando invece non sussista questa mancanza e siano perciò identificabili gruppi con contrapposti interessi,

che possono trovare per una od altra via la loro migliore soddisfazione; che possono ora contare sulla propria forza in quanto venga loro riconosciuto quel potere che deriva dall'autonomia privata, ora invece ritenere che il loro peso sia comparativamente maggiore agendo attraverso l'organizzazione collettiva e cioè attraverso misure pubblicistiche.

10. Invero ogni disciplina giuridica riesce ambigua nella sua portata quando la si consideri meramente sotto il prisma di una maggiore o minore interventivismo nell'economia o sotto quello della struttura (allora non più collegata con la finalità dell'intervento) dei relativi provvedimenti amministrativi, dimenticando le diverse finalità e le diverse premesse con le quali questa può coordinarsi, dimenticando come anzi le diverse misure di intervento possono coordinarsi con finalità o premesse diverse e magari opposte.

Il mero esame del più o del meno di intervento non permetterà mai di cogliere pienamente la reale portata di una misura e non sarà difficile notare come nella varietà delle situazioni concrete, nella diversità di condizioni tra regioni o paesi fortemente industrializzati e regioni o paesi sottosviluppati, determinate misure di intervento possono mirare a creare una possibilità di fatto di iniziativa individuale che altrimenti mancherebbe e il riconoscimento dell'autonomia privata può invece operare nel senso dell'esclusione della possibilità di fatto di iniziativa individuale.

Assai spesso misure strutturalmente opposte possono apparire come convergenti rispetto ad una comune finalità di industrializzazione; in zone poco sviluppate l'intervento pubblicistico è spesso stru-

sarà naturale non solo la pressione dei gruppi interessati per ottenere in via legislativa una tutela dei propri interessi, ma, comunque, la prevalenza della legislazione speciale sull'interpretazione giurisprudenziale quale strumento per risolvere il conflitto, con una naturale inflazione perciò della legislazione. Mentre invero nei confronti di contrasti meramente individuali l'interpretazione giurisprudenziale si rivela strumento efficiente di soluzione, nei confronti di contrasti tra gruppi la legislazione speciale assume un'importanza prevalente per la stessa garanzia che essa può offrire quale strumento di tutela dell'interesse generale; la persuasività della soluzione derivante dal dibattito politico supera allora quella della decisione raggiunta nel dibattito giudiziario; la prima offre d'altra parte la possibilità di tener allora conto di distinzioni e delimitazioni difficilmente argomentabili in via interpretativa.

mento di quell'industrializzazione che, nella massima parte dell'Europa occidentale e negli Stati Uniti, si collega storicamente con il trionfo dell'iniziativa individuale e dell'autonomia privata.

La norma giuridica non ha un senso indipendentemente dalla struttura economica e sociale nella quale è chiamata ad operare e perciò appunto possono essere a volte considerate funzionalmente analoghe misure strutturalmente opposte o invece funzionalmente opposte misure strutturalmente analoghe.

Forse non è erroneo individuare nel progresso industriale una meta comune che la diversità delle situazioni storiche induce a perseguire con criteri diversi, apparendo allora libera iniziativa e pianificazione come vie diverse per raggiungere la stessa meta.

Pur a volte deprecandola, l'aspirazione più diffusa e insistente in ogni paese è proprio quella verso quel diffuso benessere materiale che può derivare dalla industrializzazione. È nei confronti di questa finalità, tuttavia comune, che si contrappongono spesso pianificazione e autonomia privata, venendo la prima concepita come imposta dallo stesso sviluppo della seconda e dai problemi così creati ovvero opponendosi all'industrializzazione frutto della seconda in molte zone, quella che, grazie alla prima, si vuole raggiungere in paesi sottosviluppati, data l'inefficienza dimostrata dall'iniziativa privata o l'impossibilità di superare altrimenti strutture economiche arretrate.

II. Nè — nell'esaminare il contrasto tra pubblico intervento e autonomia privata — si deve dimenticare la frequenza con la quale il primo è strumento di attuazione delle premesse della seconda e ciò non solamente dato il rilievo già accennato che, proprio per il funzionamento dell'iniziativa privata, assumono « le posizioni di partenza », sì che l'iniziativa privata può perdere di significato quando sia in linea di fatto preclusa a una parte, ma per la stessa dipendenza da generali condizioni strutturali.

Il passaggio da economie precapitalistiche a economie capitalistiche è spesso accompagnato da misure legali di espropriazione e cioè di intervento, da riforme fondiari legalmente attuate in via diretta o indiretta, le quali tuttavia si coordinano proprio con l'instaurazione di una struttura di iniziativa individuale e autonomia privata.

Il mondo del codice napoleonico presuppone la Rivoluzione fran-



cese; la struttura della società e della proprietà così disciplinata trova tra i suoi fattori storici l'espropriazione dei beni degli emigrati; è nato dopo drastiche misure di intervento volte a spezzare vincoli precedenti!

L'economia moderna trova storicamente una sua premessa nella formazione di mercati nazionali negli stati assoluti dell'epoca mercantile e nella lotta di questi contro quelle che pur allora giustamente si denominarono le « libertà » tradizionali.

La contrapposizione perciò tra intervento pubblico e autonomia privata acquista un senso solo in relazione a un determinato momento storico; nella diversità dei momenti storici e delle situazioni dei vari paesi e delle varie epoche, gli effetti dell'uno e dell'altra possono essere diversi e opposti.

12. Non possono escludersi fenomeni che, mutuando un termine dalla scienza finanziaria, direi di traslazione. Misure volte a onerare determinati gruppi possono, per un fenomeno corrispondente a quello della traslazione dell'imposta, finire per onerarne altri e proprio quelli che si pretendono avvantaggiare. Il problema tecnicamente più difficile per il legislatore è probabilmente proprio quello di essere cosciente di questi fenomeni di traslazione che altrimenti possono finire per rovesciare, nella realtà, la portata delle misure prese.

Non sarebbe forse privo di risultati l'esame da questo punto di vista di molte norme ed è esame che dovrebbe essere particolarmente condotto proprio da quanti ritengono — e sono tra questi — che lo strumento legislativo possa essere utilizzato per influire sulla distribuzione della ricchezza e da quanti — e sono tra questi — ritengono ispirata a una concezione meramente statica la contrapposizione tra distribuzione e produzione della ricchezza, ravvisando invece in una troppo ineguale distribuzione della ricchezza un grave ostacolo alla stessa produzione. Le favolose ricchezze dei *rajah* sono costante indizio di estrema povertà nel paese e di scarsa produzione di ricchezza.

Ma proprio a questi effetti occorre attentamente studiare non solo l'incidenza diretta, ma quella definitiva delle varie misure e perciò esaminare la tecnica legislativa opportuna per raggiungere le finalità desiderate, tecnica che può essere a volte diversa da quella immediatamente intuibile.

13. Queste osservazioni inducono a riflettere anche su un altro problema: quello della differente portata della norma considerando isolatamente un singolo caso e considerando una serie di casi; rispetto a individui singolarmente considerati e in relazione a una determinata struttura sociale.

La tradizione giuridica tende spesso a considerare la portata della norma rispetto a un singolo caso, prescindendo dalla circostanza che i soggetti del rapporto si trovino poi normalmente in posizioni tipiche rispetto alla struttura economica e sociale. Questa considerazione è a volte anche esatta, perchè, spesso, rispetto ai problemi del diritto tradizionale le parti non possono considerarsi in posizioni che segnino la corrispondenza tra una loro posizione tipica nel rapporto e una loro posizione tipica nella struttura economica e sociale del paese. Non è tuttavia così per la maggior parte dei problemi suscitati da una economia industrializzata (e perciò mi sono permesso di richiamare poco sopra l'attenzione sulla diversa efficienza dello strumento giudiziario e dello strumento legislativo nello sviluppo del diritto, a seconda che il problema da risolvere possa essere considerato astrattamente o invece si connetta con la coincidenza tra la posizione dei soggetti in un determinato rapporto a quella loro propria nella struttura economica del paese); assai spesso in questi problemi (e si pensi ai problemi dei contratti agrari; a quelli della legislazione sociale e via dicendo) i soggetti assumono posizioni che corrispondono a quelle tipicamente proprie a ciascun soggetto nella struttura sociale e economica.

L'ipotesi del resto non è rara anche nell'ambito della problematica del diritto tradizionale.

Mi sono in altra occasione (14) permesso di dare un esempio di questa affermazione esaminando la disciplina legale e giurisprudenziale della svalutazione.

L'incidenza della svalutazione sulle classi creditrici di somme in danaro in seguito al principio (15) del valore nominale, è stato storicamente uno dei fattori della liberazione delle classi lavoratrici della terra da vincoli feudali (16) e dell'affermazione della nuova classe

(14) V. *Studi giuridici in tema di moneta*, Milano, 1952, p. 313 e 317.

(15) Del quale -- devo aggiungere -- non sono affatto un avversario.

(16) V. BLOCH, *Esquisse d'une histoire monétaire d'Europe*, Paris, 1954.

degli imprenditori, tuttavia per secoli in contrapposizione con una dominante classe feudale; è oggi un fattore di rafforzamento della ormai dominante classe degli imprenditori e sarebbero questi — ben più che i « poveri » — a profittare oggi di un'ipotetica abolizione dei debiti, poichè sostanzialmente, in un'economia fondata sul credito, gli imprenditori costituiscono la classe tipicamente debitrice che utilizza un risparmio che, attraverso gli istituti di credito, proviene prevalentemente da gruppi che economicamente, sono tuttavia su un livello più modesto. La norma « equitativa » dell'art. 1467, ha trovato il suo massimo campo di applicazione in relazione alla svalutazione e spesso nei rapporti tra imprenditori e consumatori, sostanzialmente però allora accentuando il vantaggio che la svalutazione già importa in via generale per gli imprenditori (17).

D'altra parte una legale svalutazione della moneta quale reazione ad un aumento del potere d'acquisto della stessa (e per correggere appunto detto aumento di potere d'acquisto, come ebbe luogo in occasione della svalutazione del dollaro nel 1933) ristabilisce a favore degli imprenditori un equilibrio che l'aumento del potere d'acquisto della moneta aveva turbato a loro danno. Può allora, apparire « equa » la nullità della clausola oro, mentre nell'ipotesi precedente la portata della norma dell'art. 1467 o la nullità della clausola oro possono accentuare la portata di quello spostamento di ricchezza a loro vantaggio del quale già godono gli imprenditori.

Indubbiamente possiamo contrapporre il principio nominalistico e quello del 1467 come rispettivamente più sensibile il primo alla certezza e il secondo alla sicurezza economica nel senso indicato in una pagina precedente, ma solo un esame diverso può poi permetterci di dire quale sia la portata di questo spostamento in relazione alla struttura sociale.

La discussione in astratto di quale « rischio » debba essere sop-

(17) Ciò che importa necessariamente il ricorso a criteri di frequenza e di normalità essendo evidente l'impossibilità di ritrovare una portata *costante* della norma in tutti i casi.

È appunto paragonando la portata tipica della norma (e cioè quella assunta come normale) e la sua portata *abnorme* (data l'anormalità del caso), che si può tornare a trovare la possibilità di un'equità aristotelicamente intesa come temperamento della norma di fronte all'anormalità del caso.

portato da una parte o dall'altra, prescindendo dal considerare quale la struttura nella quale deve operare la norma, non permetterà di valutarne la portata (18).

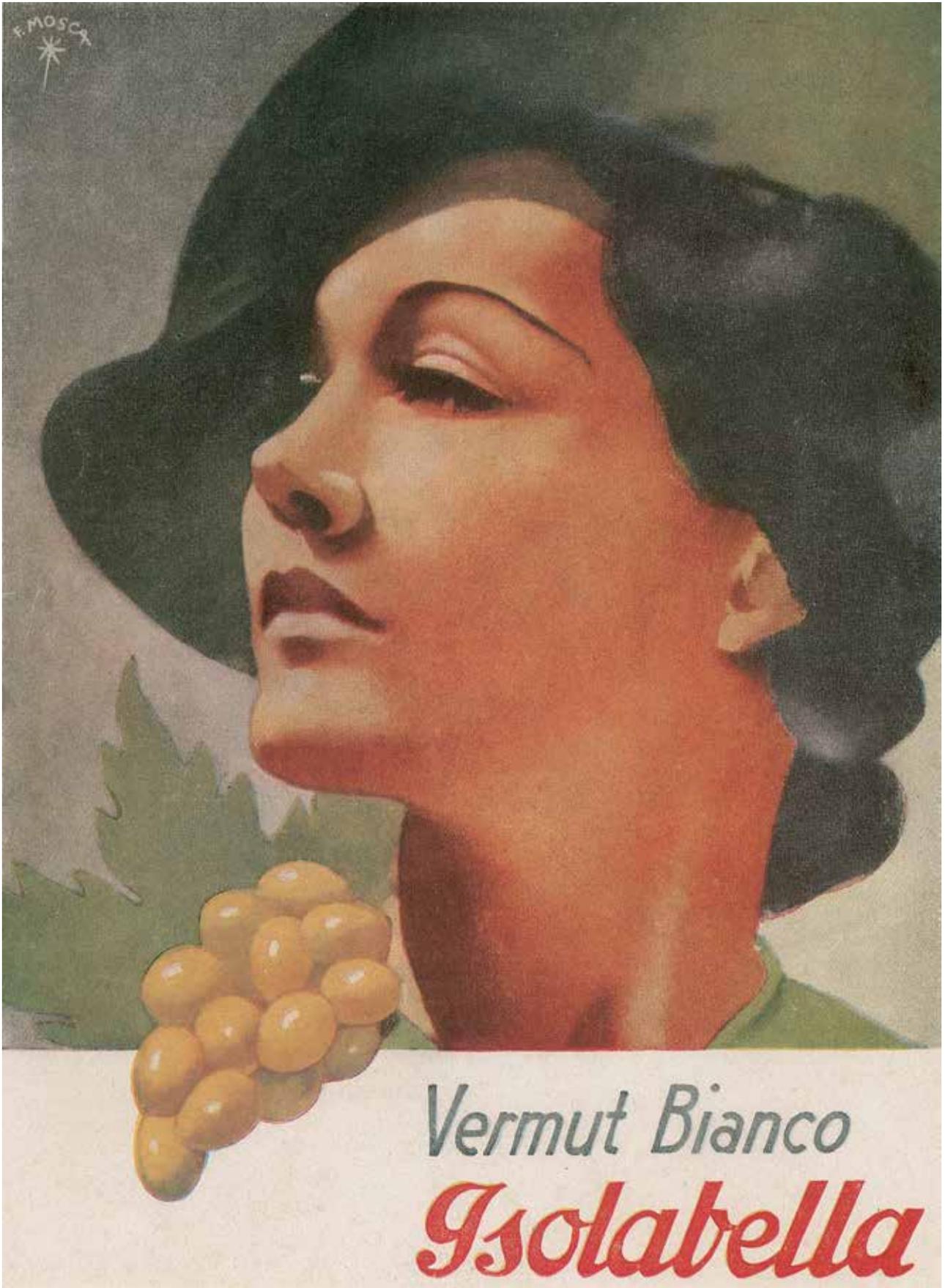
È a sua volta questo esame che dà risultati naturalmente diversi nel mondo odierno e in quello di cinque o sedici secoli fa, risultati che permetteranno a volte di cogliere nelle norme una portata opposta a quella loro propria nell'epoca nella quale entrarono a far parte della tradizione giuridica.

14. Ostacolo per una adeguata disciplina giuridica, come ricordavo, è invero una insufficiente conoscenza e coscienza della realtà attuale e perciò un'insufficiente elaborazione di quegli schemi e di quegli ordinamenti tipici che meglio rispondono alla realtà attuale. Questa elaborazione costituisce appunto il compito della scienza giuridica.

Proprio data la sua funzione nello sviluppo del diritto, la giurisprudenza (19) non ha e non può avere per oggetto uno studio delle norme, e se pure si voglia soggiungere in funzione della realtà, ma pur sempre (opera perciò di saggezza, piuttosto che di scienza) una valutazione normativa dell'azione e per l'azione e così uno studio della realtà in funzione normativa e in vista dell'azione; dell'azione del cittadino nella sua pratica attività, come di quella del giudice nel condannare o assolvere o di quella stessa dello studioso nel formulare anch'egli condanne o assoluzioni, se pure per casi solo visualizzati. È appunto perciò che la storia delle dottrine confluisce nella storia del diritto, che l'interpretazione è a sua volta continuo strumento di sviluppo e di adeguazione di qualunque *corpus juris*, il quale non può intendersi o applicarsi, non può esistere e operare, fuori della sua interpretazione e applicazione.

(18) E personalmente, quanto ai rischi generali di congiuntura, dubito proprio della « giustizia » della norma dell'art. 1467, che in realtà, ispirandosi a un principio di equilibrio, sposta il rischio, senza, però, a mio avviso, conveniente giustificazione.

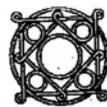
(19) I termini « scienza giuridica » e « giurisprudenza » vengono qui usati come sinonimi, in quanto rifiuto la contrapposizione tra « scienza giuridica » e « interpretazione »; la prima non è che un momento della seconda e non si contrappone a questa; la seconda a sua volta comprende la prima che pur sempre si coordina con l'interpretazione e l'applicazione di un determinato ordinamento giuridico.



FRANCESCO BENATTI

SULLE LIBERTÀ PRIVATE

*Estratto da: LIBERTÀ: ABITARE E INTRAPRENDERE
a cura del CIDAS*



Edizioni Scientifiche Italiane

FRANCESCO BENATTI *

SULLE LIBERTÀ PRIVATE

* Ordinario di diritto civile, Università di Pavia.

1. Il civilista chiamato a riflettere sul destino delle libertà private è portato, per sua naturale vocazione, a riandare alla lunga vicenda del « codice », che è stata fin dal modello del codice Napoleone l'espressione dell'affermazione e della garanzia delle libertà individuali.

I codici ottocenteschi, come è noto, avevano un significato costituzionale, in quanto rappresentavano lo statuto dei diritti dei cittadini, ed esaltavano l'attività dell'individuo soprattutto nell'ambito della vita economica, ritenuta la più idonea alla realizzazione della persona¹. Il loro valore originario e fondamentale è rappresentato « dall'individuo, dalla sua capacità di espandersi sulle cose esterne, di correre il rischio del successo o dell'insuccesso, e così di inserirsi nell'operosa continuità delle generazioni. Intorno all'individuo, fonte di iniziative e centro di responsabilità, si edificano tutte le relazioni sociali »².

A questi principi si ispira anche il codice del '42, sebbene solo in parte, avendo esso accolto l'idea per cui le scelte private non sono del tutto libere, ma sottoposte ad un controllo dell'ordinamento che concede tutela giuridica nella misura in cui perseguono interessi apprezzabili³. Ma pur con questo limite, tale codice è stato concepito come strumento delle libertà individuali.

La costituzione ha segnato non già un sovvertimento, bensì uno sviluppo dell'assetto civilistico stabilito dal codice⁴, rafforzando le libertà private nell'ambito dell'uguaglianza sostanziale tra i soggetti (art. 3, comma 2°, Cost.).

Ma intorno agli anni 60 si apre nella nostra dottrina una discussione sul valore del codice ed in particolare sull'attualità di quello del '42 in rapporto alle esigenze ed ai bisogni della nuova realtà economico-sociale, dibattito che ha costituito l'inizio di preoccupazioni per la sorte delle libertà private. Muovendo dalla premessa che il codice vigente è inadeguato alle incalzanti domande della società emergente ed improntato ad

uno spirito conservatore, si è prospettata la necessità di una sua riforma. E tra le varie proposte di modifica, la più completa ha elaborato il disegno di sostituirlo con un testo redatto per clausole generali, le più idonee — si diceva — ad adattarsi continuamente ad una società in continua trasformazione⁵.

Per l'indeterminatezza delle sue disposizioni un simile codice avrebbe lasciato il giudice arbitro nella concretizzazione e specificazione delle norme, affidando alla sua intuizione la composizione dei conflitti e delle controversie. In tal modo sarebbe tramontata definitivamente la tradizionale certezza del diritto che proveniva dalla stabilità, uniformità e omogeneità di disciplina e consentiva la valutazione in anticipo dei rischi e vantaggi di una data azione, alla quale si sarebbe sostituita esclusivamente una certezza costituzionale⁶, che per la sua ambiguità non avrebbe certo rappresentato una garanzia per i soggetti. Si sarebbe potuto verificare, infatti, che la soluzione di un problema rispettosa della volontà e dell'autonomia del soggetto non fosse accolta per un presunto contrasto con c.d. diritti sociali: così, fondandosi sul comune canone ermeneutico dell'apprezzamento comparativo degli interessi in gioco, si sarebbe potuto arrivare ad un abbandono della difesa delle libertà private.

Il movimento di riforma del codice si è arrestato per la constatata indifferenza del nostro legislatore ad un siffatto problema. Ma se non si è cambiato il codice, si è tuttavia elaborata una ricca e varia legislazione speciale volta ad adattare istituti fondamentali alla Costituzione, e dare nuova disciplina ad interi complessi di rapporti oppure a risolvere questioni contingenti, legislazione questa che ha fatto gradatamente perdere al codice la sua posizione centrale nell'ordinamento.

Tali leggi speciali sono state oggetto di gravi critiche sotto il profilo tecnico e per le conseguenze pratiche, non tenendo in dovuto conto i valori dell'efficienza⁷. Ma quel che maggiormente colpisce, è che esse sono state concepite muovendo dall'idea che ogni problema si risolve in una contrapposizione di classi sociali: così il problema dell'agricoltura è stato ridotto ad un conflitto tra proprietari ed affittuari, quello delle abitazioni viene ridotto ad un conflitto tra proprietari ed inquilini, ecc.⁸. Questo modo di operare che deriva dall'esasperata ricerca del favore politico, ha perso di vista il soggetto, guardando solo alla categoria, alla classe nella quale può scomparire e annullarsi ogni individualità.



2. La dottrina non si è distinta — tranne qualche lodevole eccezione — in un effettivo approfondimento del tema della garanzia delle libertà individuali. Eppure l'occasione poteva venire dall'art. 2 Cost., che solennemente proclama: « la Repubblica riconosce e garantisce tutti i diritti inviolabili dell'uomo ».

L'esame della norma procede dalla questione se la formula dei diritti inviolabili sia una clausola riassuntiva oppure una fattispecie aperta. Alla prima interpretazione è facile obiettare, sul piano esegetico, che essa ridurrebbe l'art. 2 ad un inutile doppione delle altre disposizioni costituzionali e, sotto il profilo ideologico, che la riconduzione entro l'ambito della volontà dello Stato di tutti i diritti inviolabili, nel passato proclamati proprio per sottrarre i diritti dell'uomo all'arbitrio del principe, determinerebbe una riaffermazione del potere statale sull'individuo ancor più totale di prima, sicché si leverebbe angosciato l'interrogativo se la libertà sia di nuovo in pericolo⁹.

È chiaro, dunque, che l'art. 2 deve essere inteso nel secondo senso sopra indicato, e ciò sono costretti ad ammetterlo anche coloro che, dinanzi a questa lettura dell'art. 2, temono di vedere « emergere dal cratere dell'articolo in esame non più il timido ma inviolabile diritto all'abitazione del proletario sfruttato, ma ben più aggressivi diritti del borghese molestato »¹⁰.

Proprio siffatti timori hanno condotto ad una sostanziale svalutazione dell'art. 2. Si ricordi che ad esso non è nemmeno ricondotto il diritto alla riservatezza, in quanto — si dice — l'art. 2 lascerebbe insoluto il problema centrale di tale diritto personale, cioè lascerebbe senza risposta l'interrogativo: quale riservatezza? quale intimità?¹¹.

Il rilievo critico non coglie nel segno, perché l'art. 2 ci avverte che la riservatezza è costituita da quell'insieme di valori e interessi fondamentali della persona di cui essa manifesta l'esigenza del rispetto, valori e interessi che si specificano diversamente nel tempo secondo i vari modi in cui si possono verificare invasioni nel privato.

Una simile impostazione, che sembra corretta dal punto di vista del diritto positivo, non viene accolta esclusivamente per la paura delle conseguenze pratiche cui condurrebbe il concetto di riservatezza basato sull'art. 2. Basti pensare che alla riservatezza ci si richiama solitamente in relazione ad episodi da fumetto e da rotocalco, mentre non se ne discute abbastanza o si tace per le informazioni sempre più numerose richieste

dallo Stato e in ordine alla diffusione da parte di questo di notizie economiche su cittadini, sul rilievo che l'interesse del privato deve cedere di fronte alla necessità di protezione dei c.d. diritti sociali, formula questa, che viene sempre utilizzata per giustificare ogni intervento volto a limitare le libertà individuali.

Alla riservatezza non viene ricondotto il segreto bancario. Il solo accenno a questa idea lascerà perplesso più d'uno, ma se si riflette solo un momento sulle esigenze di fondo espresse dal segreto bancario, non ci vuole molto per constatare come esso rientri nella sfera dell'intimità della persona. Non basta replicare che nella riservatezza non sono compresi i segreti inerenti al patrimonio, costituendo essa una qualità morale della persona¹². L'osservazione discende, da un lato, da un'arbitraria e ingiustificata limitazione del concetto di riservatezza, e dall'altro svaluta il problema centrale del segreto bancario, che è « il problema della necessità per i cittadini — necessità che si concilia con l'esigenza non solo della pubblica economia, ma anche dell'ordine pubblico, di ridurre al minimo la circolazione del contante — di affidare alla banca tutta una serie di operazioni che racchiudono la vita intera di un individuo, le sovvenzioni che riceve e quelle che elargisce, l'ente benefico (o il partito politico) che sostiene, le persone di cui si serve nel proprio lavoro e, via via, tutto ciò che di intimo e sofferto la vita stessa offre ed esige »¹³.

Se, dunque, si fosse seguita la via di ricondurre il segreto bancario alla riservatezza e questa fosse fondata sull'art. 2, esso potrebbe resistere a tutti gli attacchi mossi anche in tempi recentissimi, e le necessarie deroghe sarebbero circoscritte, ben determinate e definite, fissate con somma cautela, proprio perché costituirebbero limitazioni di un diritto inviolabile.

Viceversa, con l'attuale orientamento, ancora incerto su quale norma o principio fondare il segreto bancario, se sulla buona fede, sugli usi, sull'art. 10, comma 1°, l. banc., sull'art. 622 c.p., ecc., si lascia spazio a un legislatore, poco sensibile ai valori ed ai diritti del soggetto, di manipolare a sua discrezione quest'aspetto fondamentale della vita privata, potendosi egli giustificare che la stessa dottrina civilistica non sa bene dove stia il segreto bancario.

3. Tra i diritti inviolabili del soggetto non è stato ricompreso il diritto di libertà di iniziativa economica. Le ragioni ad-

dotte sono molteplici. Si muove dall'idea che sussiste una scissione tra persona e libertà economica, nel senso cioè che l'attività pratico-economica « non ha alcuna etica interna ed è o eticamente negativa o fuori dell'area dell'etica »; comunque è marginale e irrilevante per l'attuazione e lo sviluppo della persona¹⁴. Ci si richiama, inoltre, a quell'indirizzo del pensiero economico secondo cui « non è vero che gli individui posseggano una libertà naturale imposta sulle loro attività economiche »¹⁵. Infine si guarda alla collocazione e alla posizione dell'art. 41 nel sistema costituzionale.

Nonostante queste premesse, si afferma che la nostra Costituzione riconosce la libertà dei privati di disporre delle risorse, materiali ed umane, di organizzare l'attività tecnica produttiva e quindi di decidere che cosa produrre, quanto produrre, come produrre, dove produrre, libertà che presuppone la proprietà e, più in generale, l'autonomia contrattuale¹⁶. Si soggiunge, però, che una siffatta libertà incontra il limite dell'« utilità sociale » e si conclude che essa è la meno garantita tra le libertà riconosciute dalla nostra Costituzione¹⁷.

In questa prospettiva implicitamente si ammette la possibilità di comprimere la libertà economica in misura così intensa da fare dubitare se resti un nucleo centrale intangibile (il c.d. *Wesengehalt*), nota essenziale per qualificare un diritto come fondamentale. Del resto un tale momento intangibile dell'iniziativa economica non è stato delineato con sufficiente precisione e chiarezza o, se indicato, lo si è definito con tale ambiguità e genericità da renderlo del tutto evanescente.

Se, dunque, da una lettura della carta costituzionale favorita dall'indeterminatezza delle sue disposizioni, si può legittimare una penetrante limitazione della libertà economica, per altra e più suggestiva via si è cercato di pervenire allo stesso risultato. Alludo al recente tentativo di « liquidare » la categoria del negozio giuridico, considerato come lo strumento dell'affermazione degli interessi della classe borghese e mercantile¹⁸. A tale indirizzo si è obiettato che « la scelta di politica generale, la scelta di classe specifica, si misura con le norme protettive di interessi e non con le categorie »¹⁹, ma la pur esatta critica non ha lasciato il segno. Di essa sono consapevoli coloro che vogliono « demonizzare » il negozio: il loro sforzo, pur paludato da dotte e impegnate disquisizioni storiche, esegetiche e dogmatiche, è

sostanzialmente diretto a « disperdere la ricchezza di libertà e di azione individuale custodita dal negozio »²⁰.

4. « Al giurista non è data la consolazione della nostalgia, né la serena tristezza di chi scruta il tramonto »²¹. Egli ha l'ineludibile dovere di capire la logica del proprio tempo e di cogliere, tra i labili ed incerti segni del futuro, il modello di nuova società che si va delineando. Dinanzi a noi si affaccia la società post-moderna²² e alla sua costruzione il civilista deve apportare un contributo determinante.

Punto di avvio di questa opera di edificazione è la constatazione che viviamo in un'epoca in cui le possibilità di azione del potere pubblico (e soprattutto di chi lo esercita) sono enormemente cresciute rispetto a quelle che nello stato assoluto mossero il pensiero politico ad elaborare le prime teorizzazioni delle libertà. « Lo Stato assiste e sorveglia, interviene e dispone, sostiene e condiziona, informa e si informa in misura che i mezzi tecnici e le risorse materiali per il passato non poterono mai consentire »²³. Allo stesso modo di quanto è accaduto nell'epoca preliberale, se non si vuole che gli spazi di libertà del privato vadano riducendo sempre più, si deve procedere all'elaborazione di un nuovo statuto dei diritti di libertà, accrescendo il catalogo di quelli tradizionali, ormai insufficienti a tutelare e proteggere il post-moderno: e in questo catalogo non può non essere ricompresa, rivalutandola, la libertà economica.

Essa va prosciolta dall'accusa di scatenare gli egoismi dei singoli, impedendo un più equo assetto dei rapporti sociali, ma deve essere guardata « come sano e gioioso impegno morale, come, innanzitutto, lavoro e lavoro produttivo ». La potenza dei desideri di affermazione competitiva economica e di ascesa sociale che vibra nell'animo degli uomini, non può essere ricacciata nella zona oscura dell'illegittimo e del moralmente vergognoso. Quei desideri sarebbero allora costretti a mascherarsi e a cercare altri mezzi di sfogo con quali effetti per l'equilibrio della vita sociale è dato immaginare. L'idea della necessaria indipendenza dell'individuo dalla comunità non è l'idea di un'età: è un'idea per sempre²⁴.



* Questo intervento vuole cogliere alcuni significativi momenti della cultura giuridica contemporanea e per questo sono state aggiunte, in nota, le indicazioni delle fonti di immediato riferimento.

¹ M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 400; v. anche NICOLÒ, voce «Codice civile», in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 240 ss.

² IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, p. 3.

³ Conf. F. PIGA, *Tramonto del codice civile?*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, I, p. 61.

⁴ F. SANTORO PASSARELLI, *Note conclusive: il codice e il mantenimento dei valori essenziali*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, I, p. 86.

⁵ RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 83 ss. In questa discussione sono intervenuti G.B. FERRI, *Antiformalismo, democrazia, codice civile*, *ibid.*, 1968, I, p. 347 ss.; PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, *ibid.*, 1969, I, p. 455 ss.; P. BARCELLONA, *Prospettive del diritto civile nella disciplina dei poteri decisionali del privato*, in *Studi in memoria di Alberto Auricchio*, Napoli (s.d.) dall'estratto.

⁶ Sulla quale v. le meditate pagine di IRTI, *op. cit.*, p. 94 ss.

⁷ «Nelle materie economiche ad esempio è di comune evidenza che molte leggi, che pur ebbero o dichiararono di avere finalità di sviluppo svolsero nei fatti, in ragione della loro disciplina, un ruolo destabilizzante del sistema economico nel suo complesso. E non solo perché favorirono iniziative antieconomiche o perché disincentivarono attività utili, tradizionali e valide ma perché allungarono l'area della disuguaglianza e del privilegio» (F. PIGA, *op. cit.*, p. 65).

⁸ La giusta osservazione è di P. TRIMARCHI, *Il giurista nella società industriale*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, I, p. 47.

⁹ COTTA, *Attualità ed ambiguità dei diritti fondamentali*, in *Iustitia*, 1977, p. 9.

¹⁰ A. BARBERA, *Principi fondamentali*, in *Commentario della Costituzione art. 1-12* a cura di G. Branca, Bologna, 1975, p. 92.

¹¹ BELVEDERE, *Riservatezza e strumenti d'informazione*, in *Diz. dir. priv.* a cura di N. Irti, *Diritto civile*, Milano, 1980, p. 749.

¹² PRATIS, *Fondamento giuridico del segreto bancario e responsabilità per la sua violazione*, in *Il segreto bancario*. Atti del Convegno del CIDIS, Torino, 1978, p. 52 ss.

¹³ PELLIZZI, *Banca e segreto bancario di fronte all'istanza di esibizione nel giudizio civile*, in *Il segreto bancario cit.*, p. 99.

¹⁴ Cfr. DI ROBILANT, *L'inaccettabilità del potere assoluto dello Stato*

in materia fiscale, in *Fisco e libertà*. Atti del convegno del CIDAS, Roma, 1981, p. 53, dove trovasi anche un'ampia critica a questa premessa.

¹⁵ V. GALGANO, *Rapporti economici*, in *Commentario della Costituzione art. 41-44* a cura di G. Branca, Bologna, 1982, p. 8.

¹⁶ GALGANO, *op. cit.*, p. 4.

¹⁷ GALGANO, *op. cit.*, p. 26.

¹⁸ Cfr. gli scritti di vari autori contenuti nel volume *Categorie giuridiche e rapporti sociali* a cura di C. Salvi, Milano, 1978; tra essi si distinguono, però, per misura ed equilibrio, quelli di P. Rescigno e Natoli.

¹⁹ CRESPI REGHIZZI e SACCO, *Le invalidità del negozio giuridico nel diritto sovietico*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, p. 178.

²⁰ IRTI, *Itinerari del negozio giuridico*, in *Quaderni fiorentini*, 1978, p. 420, il quale nota ancora che « gli itinerari del negozio giuridico — di una categoria tecnica, che poco o nulla dice ai solenni e gravi storici della vita politica — appaiono così null'altro dei difficili e tormentati sentieri della libertà individuale » (p. 419).

²¹ IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., p. 34.

²² La felice intuizione è di G. GALASSO, *Il diritto privato nella prospettiva post-moderna*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, I, p. 13 ss.; spunti interessanti si trovano anche in scrittori di diversa formazione culturale: da ultimo v. ALBERONI, *Nel 2000 trionferà l'individualismo*, in *Corriere della Sera* del 22 aprile 1982, p. 3.

²³ G. GALASSO, *op. cit.*, p. 17.

²⁴ Queste osservazioni conclusive sono riprese, talvolta anche con lo stesso efficace linguaggio, dalla parte finale del bel saggio di G. BOGNETTI, *Diritti fondamentali nell'esperienza costituzionale*, in *Iustitia*, 1977, p. 24 ss. (spec. p. 6 ss.); cfr. anche DI ROBILANT, *op. cit.*, p. 54 ss. (« Né, d'altra parte, una figura diafana e disincarnata della persona appare utile e feconda da un punto di vista scientifico, in quanto la sua riduttività e parzialità ne diminuisce il contenuto informativo e la capacità di sollevare nuovi problemi e quindi nuova conoscenza »).

BRILLANTINA
Tricofilina

..non è una comune brillantina..!

boccassile

FRANCESCA BENATTI

L'evoluzione dei codici etici: dalla funzione promozionale alla valenza giuridica¹

51

Sommario

1. Etica dell'impresa e codici etici.
2. La tutela dell'impresa.
3. I codici come strumento d'immagine.
4. La funzione premiale.
5. Struttura e caratteristiche.
6. La funzione di concretizzazione.
7. La responsabilità degli amministratori per la violazione del codice etico.
8. Osservazioni conclusive.

1. Il tema dell'etica dell'impresa o degli affari affonda le sue radici in idee antiche, ma solo negli ultimi vent'anni circa ha avuto grande risalto prima nel dibattito europeo e poi italiano. Contemporaneamente si è assistito ad una crescente diffusione dei codici etici, divenuti peraltro "di moda" in qualsiasi ambito non solo imprenditoriale se si ricorda che quest'estate se ne parlava anche in relazione alla nazionale di calcio. Una spiegazione a questa tendenza dilagante muove dalla constatazione del fallimento dello stato e del mercato e quindi dalla presa di consapevolezza che l'autoregolamentazione sia la forma più efficiente di regolamentazione. Solo gli esperti di un settore possono fissare in modo completo ed efficiente la sua disciplina e quindi la legislazione comunitaria e italiana hanno cominciato a farvi riferimento. Mi limito qui a ricordare il rinvio ai codici contenuto nella direttiva sulle pratiche commerciali scorrette. Tuttavia, quando ci si confronta con il tema dell'etica dei codici etici si incontra spesso un certo scetticismo ben riassunto dalla frase di Freeman secondo cui scopo dell'impresa

è unicamente la creazione di profitto. In questa visione i codici e rappresenterebbero esclusivamente uno strumento di immagine non particolarmente utile e privo di qualsivoglia effetto giuridico.

In realtà per capire se e in che limiti queste affermazioni siano vere anche oggi, bisogna soffermarci sui codici etici che sono per la loro funzione ed evoluzione simboli di un mutamento di sensibilità. Il tema è in realtà complesso per la molteplicità dei modelli: sotto questo nome si racchiudono, infatti, codici di organizzazioni internazionali, di singoli rami d'industria o categorie, enunciazioni di principi o modelli di organizzazione interna, forme ibride fra codici etici e di condotta oppure una stessa impresa o gruppo ha molteplici documenti etici, che devono essere valutati nel loro complesso. Ad esempio Unicredit Group ha sia un codice etico, che "esprime i principi etici e di deontologia che il Gruppo riconosce come propri e sui quali richiama l'osservanza da parte di tutti coloro che operano per il conseguimento degli obiettivi della Società e del Gruppo", sia un global code of conduct, che "definisce i principi di condotta generale e si applica a tutto il Gruppo. Questo insieme di norme di comportamento su aspetti chiave dell'integrità morale vuole promuovere la cultura della *Compliance* e guidare le azioni tese a promuovere il nostro impegno etico". Tuttavia il tratto fondamentale che li caratterizza è che, indipendentemente dai modelli e dagli scopi che si prefiggono, essi sono atti espressione dell'autonomia privata che suscitano un affidamento nei terzi che a diverso titolo entrano in contatto con la società. Essi integrano tutti rapporti interni ed esterni modellandoli e conformandoli non solo a valori e principi, ma anche a direttive e comandi aventi efficacia giuridica. In questa prospettiva devono essere individuate tre funzioni dell'etica d'impresa che incidono profondamente sul modello e contenuto dei documenti etici:

1. Il testo riproduce la relazione tenuta nel convegno "Rating di legalità, codici etici e merito creditizio", il 27 novembre 2014 a Verona, Palazzo Canossa, nello studio dell'Avv. Lambertini.

la prima riguarda la protezione dell'impresa da forme di responsabilità civile e penale, la seconda è connessa alla promozione della società con la creazione di uno spazio specifico di mercato, la terza, e il migliore esempio è proprio il rating di legalità di cui qui si discute, ha una valenza premiale.

2. Il fine di prevenire o limitare la responsabilità dell'impresa è alle origini dello sviluppo stesso dei codici negli Stati Uniti. Senza voler ripercorrere la loro evoluzione storica², ci si limita a ricordare che, se i primi documenti etici risalgono all'inizio del XX secolo, è solo successivamente alla crisi del '29 che la riflessione sulla opportunità di una loro adozione diviene meditata. L'ulteriore impulso ad una loro diffusione si ha ancora una volta in coincidenza di uno scandalo: fra il 1971 e il 1975 trentaquattro società sono state accusate di aver versato tangenti pari a \$ 93.700.000, soprattutto all'estero. Le conseguenze furono la caduta di tre governi stranieri e l'incrinarsi di relazioni diplomatiche ed economiche con alcuni Stati.

La scelta delle imprese è stata quella di concentrarsi sulla previsione di documenti etici che regolassero il comportamento dei dipendenti e fissassero i principi a cui dovevano ispirarsi. Questi codici erano incentrati soprattutto sui rapporti interni ed erano chiaramente mirati ad evitare che si ripetessero situazioni analoghe a quella sopra ricordata: ci si concentrava, pertanto, su temi come il conflitto di interessi, l'integrità dei documenti societari, il divieto di *insider trading* e di corruzione. Tali funzioni sono ancora oggi fondamentali nei codici etici. Innanzitutto, quando le imprese di un Paese o di un settore iniziano ad affrontare temi etici pongono massima attenzione nel delineare e disciplinare questi aspetti prima di altri più generici o ritenuti più distanti dalla realtà imprenditoriale, come i diritti umani. Essi diventano poi centrali e anche più dettagliatamente regolati nei codici "più maturi".

3. La seconda funzione, e cioè la "pubblicità" dell'impresa attraverso l'uso strategico di programmi a scopo sociale avviati dalla società stessa o già esistenti, oppure l'adesione a principi etici anche mediante accordi con organizzazioni internazionali, è forse quella che ci è più familiare e che incontriamo più spesso nella vita quotidiana. L'idea alla base di queste iniziative è che esse portino vantaggi quasi monopolistici

per l'impresa che le adotta: "to do good to do well" sembra essere il criterio a cui le società oggi si ispirano e che emerge anche da documenti come i bilanci sociali pubblicati ogni anno quale quello di Cattolica Assicurazioni. I critici della CSR invocano l'aleatorietà di questi investimenti e anche l'assenza di un nesso fra profitti/valore del brand e l'eticità dell'impresa. In parte questo è vero, non si può sapere quali iniziative siano veramente vantaggiose, tuttavia non si può non rilevare come presentarsi sul mercato con determinate caratteristiche può influenzare la scelta dei consumatori: per usare l'espressione contenuta in un codice etico "Taking an ethical approach to business under all circumstances guarantees longevity". Alcune ricerche empiriche hanno dimostrato la loro disponibilità a pagare un prezzo più elevato a fronte di un impegno dell'impresa nel perseguire nel rispettare certi principi e ciò spiega il risalto dato nei codici, e non solo, all'adesione a documenti internazionali come il Global compact, le convenzioni dell'ILO, le linee guida OCSE. Infatti il codice del Gruppo Monte dei Paschi espressamente si richiama al rispetto delle "norme e procedure interne, i codici di emanazione esterna cui aderisce (Codici di autodisciplina, Codici di condotta specifici per settore d'attività, Global Compact delle Nazioni Unite, Alleanza europea sulla responsabilità sociale d'impresa, ecc.), le disposizioni contrattuali e gli obblighi di legge e regolamentari vigenti in ogni contesto geografico e ambito d'attività in cui opera." D'altra parte i primi embrionali documenti etici che costituivano più una elencazione dei valori a cui l'impresa si ispirava piuttosto che codici veri e propri nel senso moderno servivano a posizionare la società sul mercato richiamandosi a quei principi che la contraddistinguevano rispetto alle concorrenti. Era così il codice della Johnson & Johnson. Ma questo è anche un aspetto importante ancora nei codes of ethics dei gruppi dove esso ha una funzione identitaria, richiamando quei valori e ideali che sono comuni a tutte le società, che ne sono parte e che le differenziano dalle altre indipendentemente dalle realtà dove operano. Ad esempio il gruppo del lusso LVMH ha un codice di condotta, un codice per i fornitori, un carta ambientale e documenti etici dei singoli brands. Il codice di condotta si caratterizza proprio perché serve ad esprimere i valori e i principi comuni e si aggiunge ai documenti etici dei singoli brand fissando le linee guida. Peraltro l'importanza di un'immagine "etica" o comunque attenta a certi valori di legalità, di rispetto dei diritti umani, tra cui la dignità del lavoro o dell'ambiente può essere valutata facendo il discorso inver-

2. V. FRANCESCA BENATTI, "Etica, impresa, contratto e mercato", Bologna, 2014.

so e cioè muovendo dalla riflessione di quanto possa incidere in negativo uno scandalo che coinvolga proprio questi aspetti. È chiaro che ciò assume maggior rilevanza in tre ipotesi che, a mio parere, sono quelle nelle quali maggior attenzione dovrebbe essere posta nella redazione e implementazione di un codice etico: nei casi di multinazionali o imprese che hanno una catena produttiva delocalizzata o quando l'impresa è direttamente a contatto coi consumatori oppure nelle ipotesi in cui opera in settori particolarmente esposti al rischio: ad esempio nell'industria dei diamanti, tutti i grandi gruppi aderiscono a un codice di categoria che è molto rigido, contendo clausole come questa: "Qualora i Soci Membri riscontrino di aver causato o contribuito a causare effetti negativi in termini di Diritti Umani, devono predisporre o collaborare all'attuazione di processi legittimi che consentano di porre rimedio a tali effetti negativi."

Analoga attenzione va prestata nelle ipotesi in cui l'impresa opera in Stati che hanno difficili condizioni politiche/sociali, come è stato il Sudafrica nel periodo dell'apartheid, dove tutte le società statunitensi che hanno mantenuto le attività nel paese hanno aderito ai Sullivan Principles, ma si pensi anche a tutte le questioni che si pongono sul rispetto dei diritti umani e il sostegno indiretto attraverso investimenti a regimi militari in Africa. Va detto, e qui si vede spesso l'aspetto strategico/cinico del tema, come non vengano sollevati analoghi problemi quando si tratta con Stati di maggior potere economico, ad esempio la Cina.

Come si protegge allora l'immagine? Si rinviene una possibile risposta nella CSR e nei codici etici che, anche se non hanno un effetto positivo, quanto meno impediscono o dovrebbero impedire conseguenze negative. Inoltre, bisogna considerare come, se tutte le imprese con caratteristiche simili adottano un codice etico, non averlo significa trovarsi in una posizione di svantaggio. Questo emerge qualora si osservi come essi vengano generalmente pubblicizzati e diffusi online o vi si faccia costante riferimento nella comunicazione di impresa. Questo aspetto di tutela e valorizzazione dell'immagine emerge anche nel contenuto dei codici con l'utilizzo di formule o slogan enfatici, che rimangano impressi: "Il culto del cliente è l'essenza del comportamento di tutta la società", "L'onestà è la nostra politica", oppure in formule come quella utilizzata dal codice di Banca Intesa "Crediamo che l'estensione dell'accesso al credito alle fasce sociali più deboli rappresenti una leva fondamentale di inclusione sociale, consentendo alle persone di migliorare la propria condizione e di poter esercitare appieno i

propri diritti di cittadinanza." L'elemento strategico emerge bene dall'introduzione del codice della Nike, che dopo aver ripetuto i valori a cui il gruppo aderisce avverte "We are expected to be sensitive to any situations that can adversely impact NIKÈ's reputation and are expected to use good judgment and common sense in the way we all conduct business".

4. Il terzo scopo dell'etica è procurare dei vantaggi all'impresa previsti dalla legislazione comunitaria o italiana per quelle società che rispettano determinati principi o standards o sono in possesso di determinate certificazioni. Questo è esemplificato dal d.lgs 231/2001, ma anche dal rating di legalità che favorisce l'accesso al credito per quelle imprese che hanno alcuni requisiti e che serve a favorire "l'introduzione di principi etici nei comportamenti aziendali ... anche in rapporto alla tutela dei consumatori". L'adesione al codice etico di un'associazione di categoria è considerato fra gli elementi da valutarsi per ottenere due o tre stellette. Credo che possano essere equiparati ai codici di categoria quelli adottati dalle singole imprese purché evidentemente non soltanto di facciata o con il termine inglese di "window dressing".

Questa terza funzione dell'etica, che è anche la più recente, ha trovato impulso nella legislazione comunitaria, ed è nuova e significativa. Infatti, i vantaggi non sono lasciati alla valutazione fuggitiva e aleatoria dei consumatori, ma sono concreti e di aiuto nello svolgimento dell'attività. Vi è una presa d'atto legislativa che l'etica/la legalità vanno premiate, anche perché seguire certe regole e certi principi comporta costi economici effettivi che vanno compensati.

5. Se è difficile valutare la validità dei programmi di CSR implementati, è chiaro che un codice etico per rispondere a queste finalità e quindi essere adeguato a promuovere l'impresa, proteggerla ai sensi del d.lgs 231/01 e costituire un elemento valutabile per il rating di legalità, deve avere determinate caratteristiche e non è sufficiente un'elencazione astratta e retorica di valori e buone intenzioni. È vero che quasi tutti i codici la prevedono, ma essa non è esaustiva e deve comunque essere integrata da disposizioni più concrete e dettagliate. In generale si può affermare che la struttura dovrebbe essere almeno tripartita: una parte deve essere dedicata ai principi generali che serva a illustrare la posizione dell'impresa sul mercato e gli ideali a cui si ispira e per cui si differenzia dalle concorrenti; un'altra alle regole di condotta che non devono essere troppo generiche o specifiche: grande

risalto, infatti, va posto nell'individuazione di esempi a cui il dipendente deve conformare la propria condotta. Infine, l'ultima sezione dovrebbe essere dedicata alle modalità di implementazione e ai sistemi di sanzione per eventuali violazioni. Essendo poi il codice essenzialmente un messaggio, il linguaggio deve porsi a metà strada fra l'aspirazionale e il concreto, fra l'imperativo e il motivazionale.

Un aiuto in proposito viene dalle Linee guida di Confindustria che sono state aggiornate e modificate l'estate del 2014 e che, ponendo il codice etico al centro del modello organizzativo, fissano il contenuto minimo che deve avere in relazione a reati colposi e dolosi per poter costituire una forma di tutela secondo il d.lgs 231/01. Ad esempio sono indicati modelli di clausole relative ai "Principi base relativamente ai rapporti con gli interlocutori dell'ente: Pubblica Amministrazione, pubblici dipendenti e, nel caso di enti concessionari di pubblico servizio, interlocutori commerciali privati".

Si possono indicare alcune clausole. Una definisce gli atti di corruzione "come pagamenti illeciti/elargizione di utilità fatti direttamente da enti italiani o da loro dipendenti, oppure per tramite di soggetti che agiscono per conto di tali enti, sia in Italia che all'estero". Con altre viene chiarito il comportamento da tenersi nei rapporti con la Pubblica Amministrazione, vietando ad esempio "di esaminare o proporre opportunità di impiego e/o commerciali che possano avvantaggiare dipendenti della Pubblica Amministrazione a titolo personale; offrire o in alcun modo fornire omaggi anche sotto forma di promozioni aziendali riservate ai soli dipendenti o attraverso ad esempio il pagamento di spese viaggi; sollecitare o ottenere informazioni riservate che possano compromettere l'integrità o la reputazione di entrambe le parti". Possono anche essere previste clausole che riguardano la necessità di una formazione dei dipendenti dell'impresa.

Va detto che, se queste Linee Guida e tutti codici elaborati dalle associazioni di categoria e a cui la disposizione sul rating di legalità fanno espresso riferimento possono servire come base, un codice etico veramente efficace dovrebbe essere modellato in concreto e quindi avere anche disposizioni riguardanti la realtà di quella specifica impresa e clausole adatte alla situazione fattuale e quindi diverse a seconda che si tratti di una media o grande impresa, di un gruppo, di una multinazionale e ovviamente del settore/contexto in cui opera.

6. Oggi la scelta di utilizzare codici molto generici ri-

sulta rischiosa per diverse ragioni. Non sembra quindi più valido l'argomento tradizionale secondo cui basta avere un codice etico per ottenere vantaggi di immagine o economici. L'evoluzione e la diffusione di questi strumenti ha portato una maggior preparazione e consapevolezza unitamente ad un certo cinismo da parte degli operatori nel valutarli e qualificarli.

Innanzitutto, possono non venire considerati adatti a raggiungere lo scopo che si prefiggono e perciò, ad esempio non essere ritenuti adeguati ai sensi del modello organizzativo delineato dal d.lgs 23/2001. Si può citare la sentenza di merito che afferma la necessità che le cosiddette "linee guida" e il codice etico abbiano caratteristiche di specificità: le previsioni sono del tutto generiche e astratte (spesso, come si dirà, tautologiche rispetto alle norme penali vigenti) senza che sia in alcun modo delineato un chiaro protocollo di lavoro in relazione alle diverse procedure normalmente seguite all'interno di un ente che pure ha quella oggetto esecuzione di appalti anche pubblici. E poi viene ribadito che "Tali possono essere al più quelle delle associazioni di settore, ma i singoli enti debbono adottare modelli specifici"³. Questo è oggi l'indirizzo maggioritario in giurisprudenza, dove si richiede un modello organizzativo e un codice realmente funzionali e adatti alla natura di quell'impresa.

È evidente che nel caso del rating di legalità, essendo il codice solo uno degli elementi e neppure tra i principali che deve essere valutato, le conseguenze negative di un documento solo "cosmetico" – per utilizzare l'espressione di un compianto penalista italiano – saranno inferiori. Esso non verrà preso in considerazione, ma l'impresa potrebbe comunque ottenere due stellettoni – non tre – se risponde agli altri requisiti. I recenti scandali finanziari negli USA hanno dimostrato come, oltre a curare quella che è la redazione di un documento etico efficiente, sia fondamentale disporre meccanismi di enforcement. L'esperienza statunitense ci porta a fare due considerazioni: la prima è che a un valido codice etico non corrisponde necessariamente una condotta etica, se la prassi aziendale è in senso contrario. E qui basta citare il caso Enron, società che aveva uno dei migliori codes of ethics in circolazione completamente disatteso. La seconda è che le corti hanno valutato in modo negativo, considerandolo spesso un'aggravante, l'adozione di un codice solo per migliorare l'immagine nei confronti dell'opinione pubblica.

3. Trib. Bari 18 aprile 2005.

Un ulteriore problema posto da un codice troppo astratto si ha nel fatto che il giudice può utilizzare come parametri di riferimento quelli di altre imprese che operano nel medesimo settore o hanno le stesse caratteristiche. Questo può avvenire sia se non viene adottato il codice, sia se esso è generico o inadeguato. Il rilievo spiega anche le ragioni per cui oggi vi è una tendenza alla standardizzazione dei documenti etici. Qualora tutte le imprese abbiano un documento simile astratto, il giudice potrebbe concretizzare le clausole attraverso le proprie personali riflessioni e visione ideologica, operazione che potrebbe risultare rischiosa per l'impresa.

7. Infine bisogna considerare il tema del complesso rapporto fra management e codice etico anche perché è al management che è demandato il compito di adottare il codice. Va sottolineato che oggi, proprio alla luce di questo mutato clima culturale, vi è una partecipazione sempre più attiva dei vertici e un maggior coinvolgimento di tutti i soggetti operanti nell'impresa nella redazione del documento così come si è progressivamente ampliata la sfera dei soggetti che sono vincolati al rispetto del codice o devono comunque conoscerlo. Un esempio è il codice di Cariverona dove si specifica che “il Codice Etico conforma i comportamenti dei membri degli organi statutari, dipendenti, collaboratori, fornitori, intermediari finanziari e più in generale tutti coloro che operano in nome e/o per conto di Fondazione Cariverona a qualunque titolo senza distinzioni ed eccezioni (*Destinatari del Codice*). Inoltre, in considerazione dell'affinità degli scopi istituzionali, il Codice si applica anche ai componenti degli organi amministrativi e di controllo, ai dipendenti, ai collaboratori, ai fornitori di servizi e/o prestazioni professionali delle società strumentali” e poi vengono qualificati come “*destinatari per conoscenza*” tutti coloro che a vario titolo sono interessati potenzialmente al rispetto del Codice o che la Fondazione ritiene siano informati dei contenuti (ad esempio i beneficiari delle erogazioni)”.

In proposito una questione rilevante è se possa configurarsi una responsabilità degli amministratori per la scelta di non dotare l'impresa di un codice etico. Seppur il tema sembra teorico perché tutte le grandi società ne hanno uno, credo che ne possano ricorrere i presupposti proprio per le funzioni che ha il codice e quindi per i rischi a cui di fatto potrebbe essere esposta l'impresa: se fino a poco tempo fa, i documenti etici erano un elemento di valore aggiunto, oggi sono imprescindibili. Peraltro dovrebbe essere posta atten-

zione anche ad un altro aspetto e cioè all'obbligo di prevedere l'adozione di documenti etici anche per le imprese che sono parte della catena produttiva attraverso, ad esempio, il meccanismo della clausola risolutiva espressa. È evidente, infatti, che il rispetto di determinati principi o regole diventa solo di facciata, qualora il partner principale dell'azienda abbia invece una condotta in violazione di quei medesimi standards: essa non sarebbe comunque protetta di fronte a scandali mediatici e giudiziari del partner. Anche questo è un compito importante del management. Un discorso simile può essere svolto anche con riguardo alla previsione di un codice che sia inadatto rispetto agli scopi e ai dettami legislativi e giurisprudenziali, come accennato prima. Anche qui parzialmente differente sarà l'analisi nell'ipotesi del rating di legalità. Da ultimo, deve essere valutata la violazione di una disposizione del codice quale possibile fonte di responsabilità degli amministratori. Va innanzitutto chiarito che il tema si interseca in modo decisivo con quello dell'interesse sociale e la soluzione dipende anche dalla definizione di come lo si intenda, tenendo presente che di solito il documento non viene approvato dall'assemblea, scelta che oggi sarebbe opportuna e che invece è ancora poco diffusa.

Tale concetto è complesso e discusso, tuttavia sembra potersi affermare come fra i due estremi: il primo quello della shareholders primacy che lo identifica esclusivamente negli interessi degli shareholders, il secondo – la stakeholder theory – che propone di considerare tutti gli stakeholders, oggi stia emergendo a livello dottrinale e giurisprudenziale non solo in Italia, ma anche negli altri paesi di civil law e soprattutto di common law l'enlightened shareholder value theory. Essa postula che le imprese dovrebbero perseguire il profitto degli azionisti e la crescita sostenibile sul lungo periodo ponendo però attenzione anche agli interessi degli stakeholders rilevanti. La migliore espressione di questa tesi si ha nella sezione 172 del Companies Act adottato in Gran Bretagna nel 2006, che mira a “striking a balance between the competing interests of the different stakeholders in order to benefit the shareholders in the long run”.

In questa prospettiva, i codici costituiscono un limite al perseguimento dell'interesse sociale o una “modalità necessaria per realizzarlo che sono imposti dal rispetto dei doveri di lealtà, correttezza e di protezione dei soggetti esterni che interagiscono con la società e della valutazione delle conseguenze economiche o reputazionali ...che può comportare la mancata osservanza di regole di condotta che sono percepite, dal-

la collettività in cui si opera come doverose anche in assenza di specifici divieti e prescrizioni⁴. È inoltre compito degli stessi codici quelli di individuare e gerarchizzare gli stakeholders nei cui confronti ci si impegna e i cui interessi ci si obbliga a considerare. Ad esempio il codice di Eni nella premessa fa espressamente riferimento agli stakeholders: “La complessità delle situazioni in cui Eni si trova ad operare, le sfide dello sviluppo sostenibile e la necessità di tenere in considerazione gli interessi di tutti i legittimi portatori di interesse nei confronti dell’attività aziendale (“Stakeholder”), rafforzano l’importanza di definire con chiarezza i valori e le responsabilità che Eni riconosce, accetta, condivide e assume, contribuendo a costruire un futuro migliore per tutti”; ancora nei principi generali viene ribadito che “Sono adottate forme sistematiche di coinvolgimento degli *Stakeholder*, estendendo il dialogo sui temi della *sostenibilità* e della *responsabilità d’impresa*.”, gli stakeholder, poi, vengono elencati più dettagliatamente nel proseguito del codice. Questo aspetto, che deve essere valutato con cura nella redazione del documento, risulta infatti significativo, perché diviene una scelta stessa dell’impresa decidere, nell’ambito della sua autonomia, quali sono gli stakeholders rilevanti. È vero che in parte è soggetta a pressioni esterne, soprattutto mediatiche, o è influenzata dall’attività che svolge: ad esempio pare vincolante l’inserimento di una clausola a protezione dell’ambiente per un’impresa che opera nel settore energetico o quella che dia rilevanza ai consumatori nell’ambito bancario, ma la società stessa può indicare le modalità e i limiti di questi obblighi. Questa costituisce un’altra ragione per evitare clausole standard o generiche.

Muovendo da queste osservazioni, bisogna chiarire che sono difficilmente valutabili le conseguenze per gli amministratori dell’inadempimento di singole disposizioni del codice. Innanzitutto è fondamentale l’analisi della clausola soprattutto con riguardo alla sua idoneità a fondare un obbligo giuridico. Alcune violazioni, integrando già violazioni di leggi o regolamenti, potrebbero essere frutto di una eventuale responsabilità: così sono solo di stile oppure volte a influenzare il pubblico le clausole con cui viene dichiarato il rispetto di tutte le leggi e regolamenti. Deve essere precisato che, come chiariscono anche alcuni codici, il documento

4. Calandra Bonaura, Funzione amministrativa e interesse sociale, in *L’interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*, In ricordo di Pier Giusto Jaeger, Milano, 2011, p. 106.

etico è più ampio del modello organizzativo. Pertanto vi possono essere violazioni del primo senza che siano infrante regole del secondo. Ad esempio, quando vi è un’infrazione ai sensi del d.lgs 231/01, pare prospettabile una eventuale responsabilità, ovviamente sulla base di un’analisi del fatto concreto. Invece, un’affermazione come l’impresa “is keen to promote the best of local culture and creativity” è solo uno slogan, privo di qualsiasi effetto. Diversi sono, poi, gli impegni a non utilizzare fornitori che impieghino lavoro schiavizzato o minorile o ad adottare tecnologie a tutela dell’ambiente per la loro maggior stringenza e precisione.

La violazione di questo tipo di disposizioni può configurare un’ipotesi di responsabilità degli amministratori. Infatti, benché esse possano comportare costi più elevati e nel breve periodo minori profitti, il loro rispetto permette nel lungo termine di ottenere un’immagine migliore sul mercato, evitando scandali e azioni giudiziarie con notevoli riflessi economici. Efficace in proposito è l’espressione utilizzata dal CEO di una multinazionale: “*In today’s world a TV expose on working conditions can undo years of effort to build brand loyalty*”. Infatti, la crescente importanza dei mass media, la maggior aggressività del giornalismo investigativo e soprattutto il ruolo di internet fanno sì che una vicenda sulle condizioni di lavoro che coinvolge una impresa parte della catena produttiva di una multinazionale venga diffusa in pochissimo tempo e comporti non solo un danno all’immagine del brand con il possibile boicottaggio dei prodotti, la perdita di valore delle azioni, ma anche il rischio di incorrere in procedimenti legali.

Ovviamente la valutazione deve essere effettuata bilanciando gli interessi in gioco e alla luce del principio di ragionevolezza. È chiaro che l’impegno a tutela dell’ambiente non può divenire un obbligo a sperimentare o ad adottare tecnologie costosissime, ma semplicemente si estrinseca in un impiego di tecniche valide, anche se bisogna considerare il tenore letterale clausola perché in alcune ipotesi si afferma l’uso di pratiche ambientali migliori di quelle sul mercato o previste dalla legge. Analogamente quando si afferma l’obbligo esteso anche fornitori e partner di non utilizzare lavoro minorile, ci si vincola a non impiegarlo direttamente, a far introdurre con il meccanismo a cascata questo principio alle imprese parte della catena produttiva, ma non si può certo chiedere la predisposizione di meccanismi di monitoring per tutti subfornitori anche quelli lontanissimi nella catena produttiva: i costi sarebbero elevatissimi e irragionevoli. Forse parzialmente diversa potrebbe essere la soluzione, se

la società garantisca espressamente un determinato comportamento di tutti i suoi fornitori e di tutte le imprese parte della catena produttiva. Questo genere di clausole viene inserito principalmente per scopi di immagine o in risposta a scandali mediatici, ma tradisce spesso una scarsa consapevolezza dello strumento giuridico adottato.

Infine, un possibile argomento a favore della responsabilità degli amministratori per violazione del codice etico deriva dal fatto che, se esso contiene un impegno fermo e verificabile, la sua inosservanza costituisce una pratica commerciale scorretta con tutte le conseguenze previste dal Codice del Consumo. Questo esporrebbe quindi l'impresa al rischio di azioni individuali, di classe, ma anche a quella regolata dall'art. 27 Codice del consumo promossa d'ufficio dall'AGCM o su impulso delle associazioni registrate presso il Ministero delle Attività produttive. Un caso molto recente, e cioè quello delle oche di una nota marca di piumini, è esemplificativo. In seguito ad un'indagine televisiva, che ha determinato un danno economico grave con le azioni crollate il giorno dopo, la società si è difesa richiamandosi anche al codice etico e in particolare al punto 6 che prevede il rispetto degli animali non solo suo, ma anche dei suoi fornitori. Senza entrare nella veridicità o meno dell'episodio e quindi se effettivamente venga effettuata quel tipo di spiumatura, la difesa potrebbe sembrare sbagliata. In primo luogo, l'art 6 sarebbe un'aggravante, perché la sua violazione configurerebbe una pratica commerciale scorretta: se i consumatori avessero saputo dell'utilizzo della tecnica del live-plucking avrebbero potuto comprare un altro piumino. Inoltre vi sarebbe l'aggravante di non aver fissato sistemi di controllo sui suoi fornitori. Vi

sarebbero, quindi, i presupposti per un'azione di classe, con l'avvertimento di tutte le difficoltà in termini di prova e quantificazione del danno, e anche di quella ex art. 27. Non solo: siccome vi è stato il rifiuto di dichiarare chi fossero i fornitori, potrebbe essere anche utilizzata con tale fine l'inibitoria, che potrebbe pure essere utilizzata anche per richiedere la predisposizione di meccanismi di controllo. In tale contesto si potrebbe anche configurare una responsabilità degli amministratori. Questo dimostra anche il rischio che un codice etico può rappresentare: se non vi è una effettiva adesione, esso non è uno strumento di difesa, ma è una aggravante della condotta. È quanto meno una lesione dell'affidamento che viene riposto nell'impresa e che può comportare conseguenze diverse a seconda dei casi.

8. Alla luce di queste brevi riflessioni si può dare una risposta all'interrogativo iniziale e cioè se è vero anche oggi che il fine dell'impresa sia solo quello di fare profitti. Penso essenzialmente di sì, ma vi è stata un'evoluzione degli strumenti con cui lo si crea e bisogna dare atto che l'etica, in tutte le sue forme, ne rappresenta uno dei principali, perché previene forme di responsabilità che comportano anche danni all'immagine con riflessi economici notevoli, aiuta a posizionarsi sul mercato con determinate caratteristiche e permette di ottenere dei vantaggi. In questo contesto, i codici etici non sono più solo "cosmetici", ma hanno, se opportunamente redatti, una funzione centrale nella realtà di un'impresa che voglia essere realmente competitiva anche a livello globale. È cambiato il modo di fare impresa non rendersene conto significa necessariamente restare indietro.



ARIANNA SEGALA

La meraviglia dell'arte professionale: brevi note sulla disciplina della circolazione dei beni culturali

59

La nostra professione, tra i tanti difetti e le numerose ansie che comporta, ha un pregio unico ed indiscutibile: non essere monotona!

Le esigenze dei clienti ci spingono sempre verso l'approfondimento di materie nuove, a volte nemmeno immaginate o prese in considerazioni ai fini di un avviamento professionale.

In questa estate piovosa è arrivata sul mio tavolo a rallegrarmi il lavoro una richiesta di approfondimento in materia di circolazione di beni culturali e, nello specifico, in tema di alienabilità di beni asseritamente culturali di proprietà di cittadini italiani.

Ammetto che la prima (nascosta) reazione è stata di stupore: "ma esiste una disciplina specifica sul tema"? Poiché ovviamente negare l'evidenza fa parte della mestiere, con un largo sorriso e con aria di sufficienza ho accettato l'incarico paventando una sicurezza in materia che certamente non possedevo. E così ho scoperto un mondo e, con esso, una disciplina normativa completa che – in un Paese "di santi, di poeti, di mafiosi e navigatori" – ha in effetti la sua ragione d'essere.

La regolamentazione della circolazione dei beni culturali è contenuta sostanzialmente nel d.lgs. 22.01.2004, n. 42, c.d. Codice dei Beni culturali (d'ora in avanti anche solo Codice) e nelle successive modifiche ed integrazioni.

L'esistenza di un codice unitario a disciplina della materia sembrerebbe una garanzia di organicità e completezza se non fosse che, come sempre, il problema delle leggi in Italia è cercare di interpretarle.

1. La nozione di bene culturale e l'applicabilità della disciplina di cui al codice dei beni culturali

Ai sensi dell'art. 10, d.lgs. 42/2004, i beni culturali vengono distinti a seconda che siano:

- di proprietà pubblica o di enti non aventi scopi di lucro (art. 10, co. 1 e 2)

- oppure di proprietà di qualsiasi altro soggetto (art. 10, co. 3).

L'insieme dei beni che il nostro cliente si dichiarava interessato a vendere, essendo di proprietà di soggetto privato, rientra nella definizione di bene culturale di cui all'art. 10, co. 3, del suddetto decreto che recita: "3. Sono altresì beni culturali, quando sia intervenuta la dichiarazione prevista dall'articolo 13:

- a) le cose immobili e mobili che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico particolarmente importante, appartenenti a soggetti diversi da quelli indicati al comma 1;
- b) gli archivi e i singoli documenti, appartenenti a privati, che rivestono interesse storico particolarmente importante;
- c) le raccolte librerie, appartenenti a privati, di eccezionale interesse culturale;
- d) le cose immobili e mobili, a chiunque appartenenti, che rivestono un interesse particolarmente importante a causa del loro riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte, della scienza, della tecnica, dell'industria e della cultura in genere, ovvero quali testimonianze dell'identità e della storia delle istituzioni pubbliche, collettive o religiose;
- e) le collezioni o serie di oggetti, a chiunque appartenenti, che non siano ricompense fra quelle indicate al comma 2 e che, per tradizione, fama e particolari caratteristiche ambientali, ovvero per rilevanza artistica, storica, archeologica, numismatica o etnoantropologica, rivestono come complesso un eccezionale interesse."

E qui si incontra il primo ostacolo.

Ai sensi dell'articolo citato, da un punto di vista civilistico, i beni appartenenti ai privati possono essere definiti "beni culturali" – ai quali andrà applicata la disciplina di cui al d.lgs. 42/2004 – solo "quando sia intervenuta la dichiarazione prevista dall'articolo 13".

In assenza di tale dichiarazione non potranno essere considerati come tali.

Sul punto non pare possa esistere discussione ed anche la giurisprudenza ha sancito come: *“In mancanza della positiva verifica dell’interesse storico o artistico di cui all’art. 12, d.lg. n. 42 del 2004 o la dichiarazione di interesse di cui al successivo art. 13, i beni contemplati dall’art. 10 commi 1, 3, e 4, d.lg. n. 42 del 2004 non possono essere considerati come beni culturali, perciò assoggettati al regime di tutela previsto dal d.lg. n. 42 del 2004.”*. (T.A.R. Puglia Bari, sez. II, 23/05/2011, n. 754, in *Foro amm. TAR 2011*, 5, 1712 e, nello stesso senso T.A.R. Friuli-Venezia Giulia Trieste, sez. I, 19/12/2011, n. 574, in *Foro amm. TAR 2011*, 12, 3884; T.A.R. Trentino-Alto Adige Bolzano, sez. I, 19/04/2011, n. 163, in *Foro amm. TAR 2011*, 4, 1192).

Come sempre, però, l’unica cosa che non manca in Italia è la fantasia.

E così, se da un punto di vista civilistico vale quanto sopra, in ambito penale la nozione di bene culturale è decisamente più ampia.

“Il reato di omessa denuncia di acquisto di opere di interesse culturale (art. 173 d.lg. 22 gennaio 2004 n. 42) tutela non soltanto il patrimonio storico-artistico-ambientale la cui valenza culturale è oggetto di formale dichiarazione, ma anche i beni protetti in virtù del loro intrinseco valore, indipendentemente dal previo riconoscimento da parte della autorità competente” (Cass. pen., sez. III, 18/10/2012, n. 45841, in *CED Cass. pen. 2012*, rv 253998 e, in senso conforme: Cass. pen., sez. III, 15 febbraio 2005 n. 21400 e Cass. pen., sez. III, 21 ottobre 2008 n. 42516).

Il paradosso è divertente: anche se civilisticamente il cittadino non può vantare il diritto di rivendicare la culturalità di un bene in suo possesso, penalmente può essere accusato di reati aventi ad oggetto tale bene in quanto “bene culturale”!

Ciò detto, lungi dal voler scendere in un approfondimento della disciplina penale di cui chi scrive poco sa, da un punto di vista strettamente civilistico, si può concludere che sino all’intervenuta dichiarazione di interesse culturale da parte del Ministero competente, i beni di un soggetto privato non possono ancora tecnicamente essere definiti quali “beni culturali” ai sensi del d.lgs. 42/2004 ed agli stessi non sarà astrattamente applicabile la disciplina prevista dal Codice. Tale conclusione, peraltro, indurrebbe a ritenere che tutti gli atti di disposizione dei beni posti in essere prima della dichiarazione di cui all’art. 13, devono considerarsi civilisticamente legittimi.

Tale conclusione, tuttavia, pare eccessivamente troppo semplicistica e decisamente poco italiana.

Il nuovo tema da affrontare è quindi il seguente: come si giunge alla citata dichiarazione di interesse culturale da parte del Ministero?

2. Il procedimento per la dichiarazione di interesse culturale

Abbiamo detto che, affinché un bene di un privato possa essere considerato di interesse culturale, è necessario che sia intervenuta la dichiarazione da parte del Ministero di cui all’art. 13 del Codice.

Per giungere a tale risultato l’Autorità competente provvede inizialmente a inviare ai soggetti destinatari una semplice comunicazione formale di avvio del procedimento.

In questa fase, quindi, si è in presenza solo di una mera comunicazione del fatto che la Soprintendenza ha avviato un procedimento avente lo scopo di accertare se i beni di proprietà del cittadino privato siano o meno di particolare interesse culturale.

Ma cosa può fare il titolare dei beni in questo periodo transitorio? A logica, poiché non è ancora intervenuta la dichiarazione di cui all’art. 13 suddetto, parrebbe che lo stesso potesse liberamente disporre dei propri beni nel modo da lui ritenuto più opportuno.

Ovviamente così non è.

Il semplice fatto dell’avvio del procedimento comporta infatti delle conseguenze rilevanti.

La ricezione da parte del cittadino privato della comunicazione di avvio del procedimento implica automaticamente l’applicazione delle misure cautelari previste dal d.lgs. 42/2004 e consistenti in:

i) poteri di vigilanza, controllo ed ispezione sui beni da parte del Ministero; ii) divieto di alterazione, spostamento o intervento sui beni in assenza di autorizzazione.

Una volta ricevuta la notifica di avvio del procedimento, pertanto, il cittadino – anche se non ancora titolare di un bene definito c.d. culturale – non ne può più disporre e deve rimanere inerte (non potendo in alcun modo impugnare la suddetta comunicazione) in attesa dell’esito del procedimento avviato dalla competente Soprintendenza.

3. La circolazione di un bene culturale dichiarato di proprietà di privata. La diversa disciplina tra la circolazione all’interno ed all’esterno del territorio nazionale.

Avviato il procedimento per la dichiarazione di interesse culturale, lo stesso potrà evidentemente concludersi o nel senso di ritenere i beni oggetto di indagine aventi interesse culturale, o nel senso di non ritenerli tali.

In questo secondo caso verranno meno le misure cautelari ed i beni potranno tornare a circolare liberamente senza alcuna restrizione come un qualunque bene di proprietà di un cittadino italiano. Tale caso non interessa la presente analisi.

Quella che invece merita approfondimento è l'ipotesi per la quale il procedimento amministrativo avviato dalla Soprintendenza si concluda con l'emanazione di un provvedimento di dichiarazione di interesse culturale dei beni di proprietà del cittadino privato a cui consegue una specifica disciplina in materia di circolazione dei c.d. beni culturali.

Tale disciplina distingue a seconda che la cessione del bene avvenga all'interno del territorio nazionale, oppure all'esterno dello stesso.

I beni di privati che siano stati dichiarati "beni culturali" possono liberamente essere ceduti in Italia a condizione che gli atti che ne trasferiscono, in tutto o in parte, a qualsiasi titolo, la proprietà o, limitatamente ai beni mobili, la detenzione, siano denunciati al Ministero entro trenta giorni ex art. 59 del Codice.

Dalla data della denuncia, il Ministero o gli altri enti pubblici competenti hanno facoltà di acquistare in via di prelazione i beni culturali alienati a titolo oneroso o conferiti in società, rispettivamente, al medesimo prezzo stabilito nell'atto di alienazione o al medesimo valore attribuito nell'atto di conferimento (art. 60, d.lgs. 42/2004).

Per completezza si precisa che, qualora non fosse possibile l'individuazione del prezzo cessione o qualora si ipotizzasse la cessione di un bene unitamente ad altri per un unico corrispettivo, l'art. 60 del Codice cui si rinvia, prevede un sistema di quantificazione del valore in base al quale il Ministero o gli altri enti pubblici competenti hanno facoltà di acquistare in via di prelazione i beni culturali alienati.

La cessione del bene culturale all'interno del territorio nazionale, pertanto, non pone particolari problemi se non quello di denunciare l'atto di trasferimento al Ministero e quello ulteriore di attendere l'eventuale esercizio da parte dello Stato del diritto di prelazione. Diversa è invece la disciplina relativa alla circolazione di beni culturali al di fuori dal Territorio nazionale.

L'art. 65 del d.lgs. 42/2004 sancisce che "È vietata l'uscita definitiva dal territorio della Repubblica dei beni culturali mobili indicati nell'articolo 10, commi 1, 2 e 3". Il suddetto articolo impone quindi il divieto di esportazione definitiva dei beni di proprietà privata che siano stati dichiarati di interesse culturale, ex art. 10, co. 3, del Codice.

Laddove, quindi, all'esito del procedimento di accer-

tamento, i beni dovessero venire dichiarati "beni di interesse culturale", gli stessi non potrebbero più essere ceduti all'estero.

Ma *quid iuris* con riferimento all'ipotesi di esportazione del patrimonio culturale del privato cittadino che non sia ancora stato dichiarato di interesse culturale, ma che ne rivesta in parte i requisiti?

Prima della dichiarazione di cui all'art. 13 del d.lgs. 42/2004, la cessione all'estero dei beni di proprietà del privato rientranti tra le categorie indicate dal Codice sembrerebbe ammissibile previo ottenimento di una specifica autorizzazione da parte del Ministero, c.d. attestato di libera circolazione, per il cui ottenimento è previsto un procedimento *ad hoc* dall'art. 68 del Codice.

Lungi dal voler spiegare nel dettaglio la disciplina nazionale ed extra nazionale della circolazione dei beni culturali avendo il presente articolo uno scopo meramente divulgativo, si deve tuttavia evidenziare lo *sfavor* mostrato dal legislatore per la dissipazione del patrimonio nazionale verso l'esterno.

4. Problematiche connesse ai profili penali disciplinati dal d.lgs. 42/2004.

Come accennato in precedenza, oltre agli aspetti civilistici, meritano un breve cenno anche i profili penali connessi al tema analizzato.

Il Codice dei beni culturali prevede nella sua parte quarta, oltre ad un titolo I contenente una serie di sanzioni amministrative, anche un titolo II recante la disciplina delle sanzioni penali per la violazione delle norme relativa alla tutela e conservazione dei beni culturali.

Tale circostanza rileva, tra le altre cose, con riferimento agli atti di disposizione dei beni di proprietà privata posti in essere prima del ricevimento della comunicazione di avvio del procedimento per la dichiarazione di interesse culturale.

Stando a quanto detto nei precedenti paragrafi ed in particolare al paragrafo 1, i beni di privati per i quali non sia intervenuta la dichiarazione di interesse culturale di cui all'art. 13, non devono essere considerati "beni culturali" e, conseguentemente, agli stessi non dovrebbe essere applicata la disciplina prevista dal Codice e di conseguenza nemmeno le sanzioni penali previste dalla parte quarta, titolo II.

Tale ragionamento, ampiamente sostenuto dalla dottrina maggioritaria, strettamente aderente al dettato normativo e condiviso da parte della giurisprudenza (Cass. pen., sez. III, 15 ottobre 2013, n. 49325; Cass. pen., sez. III, 3 novembre 2011, n. 13980), non viene

però accolto da altre pronunce della Suprema Corte secondo cui “*il reato di omessa denuncia di acquisto di opere di interesse culturale (art. 173 d.lg. 22 gennaio 2004 n. 42) tutela anche i beni protetti in virtù del loro intrinseco valore, indipendentemente dal previo riconoscimento da parte della autorità competente del loro interesse culturale*” (Cassazione penale, sez. III, 18/10/2012, n. 45841, in CED Cass. pen. 2012, rv 253998 e, in senso conforme: Cass. pen., sez. III, 15 febbraio 2005 n. 21400 e Cass. pen., sez. III, 21 ottobre 2008 n. 42516).

In altre parole, secondo il principio sancito dalla citata giurisprudenza, tutti gli atti di disposizione di beni di proprietà di privati che possono essere considerati di interesse culturale, anche in assenza della formale dichiarazione di cui all'art. 13 del d.lgs. 42/2004 dovrebbero essere denunciati al Ministero e la mancan-

za di tale formalità comporta la responsabilità penale prevista dall'art. 173 del Codice.

In conclusione, la disciplina della circolazione dei beni culturali è particolarmente frizzante e merita un serio approfondimento.

Le brevi note appena redatte vogliono rappresentare, per chi scrive *in primis* e forse anche per chi legge, quel principio di conoscenza che induce alla curiosità di un esame più attento ed all'attuazione pratica di una materia che non è solo affascinante, intrigante, coinvolgente diversi settori del diritto ma, probabilmente, anche bistrattata e desiderosa di attenzioni da parte degli operatori del diritto.



L|A
LAMBERTINI & ASSOCIATI
Studio Legale

L|A
LAMBERTINI & ASSOCIATI
Studio Legale

MILANO
Via Fatebenefratelli 10, 20121

ROMA
Palazzo delle Assicurazioni Generali di Venezia
Piazza Venezia 11, 00187

VERONA
Palazzo Canossa, Corso Cavour 44, 37121

VICENZA
Palazzo Franceschini Piavese, Contrà Porti 24, 36100

VENEZIA
Rama Croce 420/6, 30135



www.studio.lambertini.it • info@studio.lambertini.it

MILANO ROMA VERONA VICENZA VENEZIA

**RATING DI LEGALITÀ,
CODICI ETICI E MERITO CREDITIZIO**

*Giovedì 27 novembre 2014
ore 15.30*

ROMANO ARTONI
Deputy Regional Manager Nord Est
UniCredit SpA

FRANCESCA BENATTI
Università degli Studi di Padova

BETTINA CAMPEDELLI
Consigliere Cattolica Assicurazioni SpA
Università di Verona

GIOVANNI MACCAGNANI
Consigliere Fondazione Cariverona

**PALAZZO CANOSSA, CORSO CAVOUR 44
VERONA**

DAVIDE PACHERA

La prededuzione dei crediti derivanti dalle sentenze di condanna alla refusione delle spese legali

Note a Trib. Milano n. 7095/2014

65

L'applicazione dell'art. 111 l.fall. e, in generale, la prededuzione, costituiscono uno dei temi più discussi, in particolare modo nell'ambito del concordato preventivo. Esiste, infatti, un orientamento minoritario che esclude il riconoscimento della prededuzione nell'ambito della procedura di concordato (cfr. Trib. Padova 11 febbraio 2013, in www.ilcaso.it).

Tale tesi viene argomentata dal mancato richiamo dell'art. 111 l.fall., da parte dell'art. 169 l.fall., il quale nel definire le norme che “si applicano, con riferimento alla data di presentazione della domanda di concordato”, richiama esclusivamente “le disposizioni degli articoli 45, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63 della legge fallimentare”. L'orientamento maggioritario ritiene, invece, applicabile l'art. 111 l.fall. anche al concordato preventivo. Tuttavia, affinché sia riconosciuto il carattere prededucibile non è ritenuto sufficiente che i crediti siano semplicemente sorti dopo l'apertura della procedura di concordato ovvero dopo il deposito della domanda di concordato.

Il credito ammesso in prededuzione deve avere il proprio referente causale in prestazioni che hanno rivestito un'utilità per la massa dei creditori o che abbiano comportato un concreto vantaggio per la procedura. La giurisprudenza di legittimità ha infatti stabilito che “la prededuzione pur essendo ammissibile anche nel concordato preventivo, essa non può avere un'area così ampia nella quale includere qualunque obbligazione, solo perché contratta durante il procedimento, ma dovrebbe riguardare quelle obbligazioni contratte a causa dello svolgimento e della gestione della procedura concorsuale, nell'interesse dei creditori. Tale premessa ha portato ad escludere che obbligazioni possano in via generale ricevere trattamenti soddisfatti differenziati, solo in ragione del tempo della loro formazione” (Cass. sez I, 25.07.2007, n. 16426, in www.iurisdata.it).

Ed ancora, più recentemente è stato confermato che

“il collegamento dei crediti prededucibili con le procedure concorsuali, espressamente previsto dal nuovo testo dell'art. 111, comma 2, L.F., consente di affermare che la prededuzione attua un meccanismo soddisfacente destinato a regolare non solo le obbligazioni della massa sorte all'interno della procedura, ma tutte quelle che interferiscono con l'amministrazione fallimentare ed influiscono per l'effetto sugli interessi dell'intero ceto creditorio: in tal senso depone il duplice criterio cui è subordinato il riconoscimento della prededucibilità al di fuori dei casi in cui essa costituisca il risultato di un'espressa qualificazione di legge, dovendosi ritenere che, attraverso la limitazione del beneficio ai crediti sorti “in occasione o in funzione” di procedure concorsuali, il legislatore abbia inteso riferirsi in via alternativa ad obbligazioni derivanti da attività svolte nell'ambito della procedura o comunque strumentali alle finalità della stessa. Va, infatti, precisato che, al di fuori dell'ipotesi in cui il credito si riferisca ad obbligazioni contratte direttamente dagli organi della procedura per gli scopi della procedura stessa, il collegamento occasionale ovvero funzionale deve intendersi riferito al nesso, non tanto cronologico né solo teleologico, tra l'insorgere del credito e gli scopi della procedura, strumentale in quanto tale a garantire la sola stabilità del rapporto tra il terzo e l'organo fallimentare, ma altresì nel senso che il pagamento di quel credito, ancorché avente natura concorsuale, rientra negli interessi della massa, e dunque risponde allo scopo della procedura, in quanto inerisce alla gestione fallimentare” (, in www.ilcaso.it).

Con la sentenza oggetto del presente commento, il Tribunale di Milano ha dovuto affrontare il tema della prededuzione con riferimento alla particolare fattispecie relativa a crediti derivanti da una sentenza con la quale era stata condannata la società in concordato, a rimborsare le spese legali sostenute dai suoi contraddittori, divenuti in tal modo creditori della procedura.



How to catch a Thunderbird

Find one that's standing still. In full flight this is a most elusive species—with a rare talent for disappearing from the view of lesser cars. It is powered by a Thunderbird 390 V-8 and equipped with features that make it remarkably easy to handle, exceptionally pleasant to ride in.

Although it may remind you of a sports car, particularly in the Sports Roadster version shown here, it still ranks among the world's foremost luxury cars. Interiors have contoured bucket seats, a personal console, deep-foam cushioning, glove-soft upholstery and special

Thunderbird conveniences like the Swing-Away Steering Wheel.

A tradition of superb engineering has resulted in a program of refinement (a list of changes between '62 and '63 alone would make a small book.) As you might expect, Thunderbird—with its exceptionally high resale value—continues to be one of the finest investments in automotive history. May we suggest that you see your neighborhood Ford Dealer? He may have one in his showroom that's standing still.

Thunderbird
unique in all the world 

FOR 48 YEARS THE SYMBOL OF DEPENDABLE PRODUCTS  MOTOR COMPANY

Il riconoscimento della prededuzione di tali crediti, stante la loro particolare entità, avrebbe comportato l'assoluta incapienza dell'attivo concordatario a dare attuazione al piano di concordato e, dunque, il rigetto della domanda di omologa del concordato preventivo. Al fine di stabilire se determinati crediti debbano essere soddisfatti in prededuzione o meno, il Tribunale di Milano, pur avendo ritenuto ammissibile, conformemente all'orientamento maggioritario, l'applicazione della norma di cui all'art. 111 l.fall. al concordato preventivo, si è discostato dall'orientamento maggioritario ed ha ritenuto sufficiente valutare il mero dato temporale del momento in cui i crediti sono sorti, così come la formulazione letterale dell'art. 111 l.fall. ammette, senza ritenere necessaria alcuna ulteriore indagine, in merito all'utilità che il rapporto da cui derivavano tali crediti poteva aver rivestito per la massa dei creditori.

Nel fare applicazione dell'art. 111 l.fall., il Tribunale di Milano, contrariamente all'orientamento sopra illustrato, che aggiunge a quanto previsto dall'art. 111 anche il requisito dell'utilità della prestazione per la massa dei creditori, si è attenuto alla chiara formulazione letterale dell'art. 111 l.fall. che prevede quale unico requisito quello temporale, ossia che si tratti di crediti *"sorti in occasione di una procedura concorsuale"* e, implicitamente, che siano sorti per effetto di un'attività riconducibile o riferibile agli organi della procedura.

Tale interpretazione è del resto coerente con l'art. 161, co VII, l.fall., il quale dispone espressamente che, nell'arco temporale successivo alla predisposizione della domanda di concordato, *"i crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili ai sensi dell'art. 11 l.fall."*. Ancora una volta il dato letterale non lascia margini di dubbio, i crediti sorti per effetto degli atti giuridici compiuti dalla società in concordato sono senz'altro prededucibili, senza che la loro soddisfazione sia sottoposta ad un successivo giudizio discrezionale di utilità per la massa dei creditori.

La posizione del Tribunale di Milano sembra trovare conferma in un recente precedente della giurisprudenza di legittimità, il quale ha stabilito che: *"i criteri cronologico ("in occasione") e funzionale ("in funzione"), utilizzati nell'attuale formulazione dell'art. 111, comma 2, l. fall., per l'individuazione dei crediti prededucibili, devono intendersi quali criteri alternativi ed autonomi. Ai fini dell'individuazione dei crediti prededucibili in quanto sorti "in occasione" di una procedura concorsuale, di cui all'art. 111 co. 2 l.f., la funzionalità rispetto alle esigenze della procedura non può costituire un criterio*

integrativo di quello cronologico della occasionalità, perché tale funzionalità è autonomamente considerata come causa della prededucibilità dei crediti. L'attività degli organi della procedura dà luogo a crediti prededucibili indipendentemente dalla verifica in concreto della funzionalità rispetto alle esigenze della procedura" (Cass., sez. I 24 gennaio 2014, in www.ilcaso.it).

Chiariti quali debbano essere i presupposti teorici per l'applicazione dell'art. 111 l.fall., è necessario stabilire quando un credito possa essere definito *"sorto in occasione di una procedura concorsuale"*.

La particolarità della fattispecie su cui si è pronunciato il Tribunale di Milano è rappresentata dal fatto che la sentenza di condanna, da cui erano derivati i crediti oggetto di verifica, era intervenuta all'esito di un procedimento instaurato anteriormente al deposito della domanda di concordato preventivo.

Nel piano di concordato, la società ricorrente aveva annoverato i crediti in oggetto tra i crediti chirografari.

Il Tribunale di Milano, chiamato ad omologare la domanda di concordato preventivo, ha avvallato la tesi dei creditori oppositori, riconoscendo il carattere prededucibile dei crediti derivanti dalla sentenza che aveva condannato la società in concordato e, per tale ragione, ha giudicato non fattibile il piano di concordato, conseguentemente, ha dichiarato inammissibile la domanda di concordato.

L'elemento fondamentale che è stato oggetto di valutazione, al fine di stabilire se quei determinati crediti potevano dirsi o meno prededucibili, è espresso dalla norma di cui all'art. 168 l.fall., la quale assoggettata alle regole del concorso tutti i crediti che hanno titolo anteriore al decreto di ammissione ovvero quelli le cui ragioni si fondano su una causa che lo preceda.

Ciò significa che quello che rileva ai fini della prededuzione, non è il fatto che il credito derivi da un titolo giudiziale successivo alla data di ammissione della società alla procedura di concordato preventivo, quanto piuttosto che il rapporto giuridico da cui deriva tale credito si sia perfezionato in data anteriore ovvero successiva al deposito della domanda di concordato preventivo e dunque in data anteriore o successiva al momento di produzione degli effetti protettivi ex art. 168 l.fall sul patrimonio della società in concordato.

Se il momento di perfezionamento della fattispecie giuridica da cui trae origine il credito è anteriore, in quel caso il credito sarà soggetto al concorso, diversamente, laddove fosse successivo, il relativo dovrà essere soddisfatto in prededuzione, poiché, ai sensi dell'art. 111 l.fall., si tratta di un credito *"sorto in occasione di una procedura concorsuale"*.

Il Tribunale di Milano ha fatto applicazione di tale principio, definendo con precisione il momento di emersione del credito oggetto di verifica, nella particolare fattispecie del credito derivante da una sentenza di condanna al rimborso delle spese legali, pronunciata dopo l'ammissione della società alla procedura di concordato preventivo ma all'esito di un procedimento giurisdizionale instaurato anteriormente.

Secondo il Tribunale di Milano, *“il momento dell'emersione del credito coincide con il momento della liquidazione dello stesso, potendo il creditore richiedere eventualmente degli acconti, ma non chiedere il pagamento del corrispettivo per i costi legali sostenuti, né chiedere la ripetizione nei confronti della parte soccombente se non per effetto della pronuncia giudiziale che chiude il giudizio ex art. 91 c.p.c.. In particolare questo ultimo aspetto (il fatto che l'addebito del credito per spese processuali a carico della controparte non può che essere oggetto della pronuncia che conclude il procedimento), comporta che il momento dell'emersione del credito nei confronti della controparte, odierna ricorrente, sia quello della condanna alle spese. Né rileva la circostanza che l'attività processuale sia stata svolta in gran parte (anzi quasi esclusivamente) in epoca precedente il deposito della domanda di concordato, perché come si è visto, è la liquidazione il momento dirimente per l'esistenza del credito ()”*

Di contrario avviso il Tribunale di Reggio Emilia, il quale ha ritenuto che il credito vantato in seguito ad un provvedimento giurisdizionale pronunciato dopo l'apertura della procedura concorsuale dovesse ritenersi chirografario, poiché *“seppur contenuto in una pronuncia giudiziale successiva al decreto di ammissione al concordato, trova il proprio fondamento in un fatto costitutivo verificatosi in epoca precedente e, cioè, nell'instaurazione del procedimento monitorio e nelle successive opposizioni, conclusesi con la sentenza di condanna. La condanna alla refusione dei costi del giudizio costituisce il credito che è contenuto nel titolo (successivo) azionato ma esso trova causa (anteriore) in fatti generatori accaduti in precedenza”* (Trib. Reggio Emilia, causa n. 5756/2010 R.G., in www.ilcaso.it).

La sentenza da ultimo citata ha stabilito che il fatto generatore del credito, derivante da una sentenza di condanna alla refusione delle spese legali, sia da identificare nell'instaurazione del procedimento giudiziario, che coincide temporalmente con il momento di proposizione della causa.

A sostegno di tale conclusione non viene, però, offerta alcuna specifica argomentazione.

Il Tribunale di Milano, invece, ha identificato il momento di formazione del credito derivante dalla sentenza di condanna alla refusione delle spese legali, con il momento di liquidazione delle somme da parte del giudice ossia con il momento in cui viene pronunciata la sentenza di condanna.

Ciò trova ragione nel fatto che, solo per effetto della pronuncia della sentenza, che interviene all'esito del procedimento, il credito può dirsi esistente.

Prima di quel momento, quantunque il rapporto processuale sia già in essere, non è ancora sorto alcun credito, né le parti possono dire di vantare tale credito.

Solo all'esito del procedimento e in seguito alla decisione del giudice, potrà essere stabilito qual è la parte soccombente e a quale di loro dovranno essere addebitate le spese legali.

Il fatto generatore del credito non è dunque il procedimento, bensì la sentenza del giudice.

Il diverso argomento su cui si fonda la pronuncia del Tribunale di Reggio Emilia, poc'anzi citata, è rappresentato dal fatto di ritenere che *“il presupposto dell'obbligo di rifondere le spese è [sia] la soccombenza”*.

Invero, ancorché una delle parti fosse soccombente, il giudice non necessariamente dovrebbe condannarla alle spese, poiché valutazioni attinenti al contegno processuale o ad altre particolari circostanze, potrebbero giustificare una pronuncia che disponga la compensazione delle spese legali o la condanna alla refusione di queste ultime della parte non soccombente (cfr. art. 91 c.p.c.).

È, dunque, chiaro che il fatto generatore del credito non è tanto la soccombenza quanto piuttosto la sentenza pronunciata dal giudice, anteriormente alla quale il credito non può dirsi esistente.

Del resto, ciò trova conferma nel fatto che ciascuna delle parti, prima della pronuncia del provvedimento giurisdizionale di condanna non può affermare di vantare alcun diritto di credito nei confronti dell'altra parte, né può pretendere che gli interessi che derivano da tale credito possano essere fatti decorrere dalla data di instaurazione del giudizio.

In conclusione quindi, possiamo affermare che i crediti derivanti da sentenze di condanna alla refusione delle spese legali, pronunciate successivamente alla data di proposizione della domanda di concordato preventivo, dovranno essere soddisfatti in prededuzione, poiché trattasi di crediti sorti in occasione della procedura concorsuale e relativi ad un'attività direttamente riferibile agli organi della procedura di concordato.

LAMBERTO LAMBERTINI

Giovanni Tantini, un amico caro

Giovanni Tantini, Gianni per gli amici, era un uomo spiritoso, elegante, colto.

Minuto e non alto, vestiva all'inglese, con belle giacche dai colori pastello, cravatte lavorate a maglia, camice azzurre.

L'eleganza esteriore corrispondeva ad un abito mentale: inquadrava i problemi giuridici con rigore, insegnava con passione una materia che pochi studenti però avrebbero esercitato nella professione, scriveva con grande competenza su temi originali, riceveva nella sua casa di campagna con la semplicità di chi non ha bisogno di mostrare alcunchè.

Era un uomo colto.

Oltre al diritto, praticava la letteratura e la poesia e

qualche anno fa aveva raccolto il suo pensiero poetico in un libretto piccolo e denso, ben più che gradevole.

Una sorta di autobiografia specchiata nella donna che ha amato e che gli ha dato tutto l'amore possibile. Poche coppie davano l'impressione di una così vissuta unità, come la Cristina e Gianni.

E poi la sua famiglia, composta da figlie affettuose, generi intelligenti ed una selva di nipoti. Quando qualche anno fa portò tutta la tribù a Parigi, si servirono di un pulmino di dimensioni ragguardevoli.

Anche i suoi studi di diritto avevano il fascino sottile dell'originalità: scrivere nel 1990 del finanziamento soci nelle società di capitali era in qualche modo pionieristico e contribuì certamente a suggerire al legi-

69



slatore del 2003 il nuovo regime previsto dall'art. 2467 c.c. per le Srl ed applicato in giurisprudenza anche per le SpA.

Scrivere, qualche anno fa, sull'indipendenza dei sindaci significò raccogliere e filtrare il malessere, non solo teorico, per una cultura etica deficitaria in un paese in cui il conflitto di interessi non è certo una priorità. Il volume è esile di dimensioni, come il suo autore, ma robusto di struttura, come robusto era il sistema giuridico in cui Gianni ha collocato la sua vita di insegnante e di avvocato.

Come libero professionista Gianni ha rappresentato per decenni il diritto commerciale a Verona, sindaco della banca cittadina, avvocato di molti conflitti societari, arbitro imparziale di questioni delicate.

Ma, nonostante gli impegni professionali, Gianni ha sempre privilegiato i suoi studenti e l'università: è anche grazie a lui che a Verona esiste una facoltà di

giurisprudenza qualificata e riconosciuta nel mondo accademico.

Gianni era spiritoso ed il suo ragionare prevedeva sempre un'uscita laterale, spesso umoristica.

Un umorismo lieve, spesso un po' datato e per questo tanto più efficace.

E poi Gianni era anche quello che si prendeva una settimana all'inizio dell'estate per trovare il respiro del mare, veleggiando intorno alle coste italiane o greche. Ed è sulla barca che si è sentito male ed è cominciato l'inizio della fine.

Chi resta lo compiangere per la perdita di un uomo giusto, di un giurista valoroso ed originale, di un amico affettuoso.

Ma, a ben pensare, Gianni ha avuto la bella morte: in vacanza sulla barca, circondato dai suoi, di fronte alla Costiera Amalfitana.

Una bella morte, come è stata bella la sua vita.

STEFANO TROIANO

Gianni e la sua Facoltà

Gianni Tantini ha avuto un ruolo da protagonista nella fondazione della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Verona.

Insieme ad Alberto Burdese, Sebastiano Cassarino, Bona Ciaccia Cavallari, Francesco Galgano, ai quali si aggiunse dopo un anno Alessio Zaccaria, egli fece parte del Comitato ordinatore della futura Facoltà, che, costituito nel giugno 1994 ed insediatosi nel luglio dello stesso anno, concluse i suoi lavori nell'ottobre 1996.

In quegli anni non avevo ancora messo radici a Verona. Vi arrivai solo nel settembre 1997, giovane assistente della cattedra del diritto privato, e tra i primissimi incontri veronesi si stacca ancora nel mio ricordo quel sonoro «Ciao!», franco e caloroso, con cui Gianni Tantini mi accolse nei corridoi di fronte ad una borbottante macchinetta del caffè. Un «Ciao!» accompagnato da una stretta di mano tanto vigorosa quanto compresa tra un sorso tirato all'amarissima bevanda e la voluttuosa boccata regalata all'ennesima sigaretta.

Degli anni della fondazione della Facoltà, e del ruolo che vi ebbe Gianni Tantini, non ho quindi memoria diretta. Ma sfruttando il privilegio che mi è concesso dall'essere stato preside, qualche anno dopo, proprio di quella Facoltà che lui aveva concorso a fondare, mi sono preso la libertà di andare a spulciare le pagine dei verbali che con implacabile minuzia hanno descritto passo dopo passo i lavori del comitato.

Quello dei verbali è un genere letterario a se stante, di cui peraltro Gianni Tantini – assiduo frequentatore qual era di consigli d'amministrazione ed assemblee societarie, oltre che dei ben più noiosi consigli di facoltà – era vero maestro. Di certo è un genere letterario dal fascino pressoché inesistente, ma che talora, almeno a chi ha voglia di leggere tra le pieghe dello stile asettico e polveroso, sa restituire anche gustosi spaccati di vita quotidiana.

E così, sfogliando una pagina datata 28 aprile 1995, si intuisce che, quel dì, il Comitato si trovò di fronte ad un bivio.

Pochi giorni prima il Senato accademico aveva asse-

gnato alla nascente Facoltà di Scienze la gran parte delle risorse disponibili per nuovi posti di professore, sicché di fatto neppure una briciola sarebbe rimasta per l'istituenda Facoltà di Giurisprudenza. Di qui l'alternativa: o rinviare di almeno un anno l'avvio dei corsi o iniziare subito, «confidando nella speranza» (*sic!*) che l'allora Ministero dell'Università «prima o poi, conced(esse) i posti di ruolo occorrenti».

Il Comitato, si apprende sempre da quella pagina, si divise in due: da un lato, la tesi di Burdese e Ciaccia Cavallari, i quali «preoccupati dell'anomalia di una Facoltà, i cui insegnamenti debbano essere affidati tutti a docenti precari», erano dell'idea di rinviarne di un anno l'avvio anche per scongiurare «il rischio di “aprire” una Facoltà, per poi “chiuderla” dopo qualche tempo», se la situazione avesse dovuto protrarsi a lungo; dall'altro, la tesi di Galgano e Tantini, i quali proponevano invece l'avvio immediato, «giacché il ritardo» – dicevano – «potrebbe forse compromettere l'intera iniziativa e comunque deluderebbe le attese della Città, la quale, fra l'altro, da parecchi mesi ha messo a disposizione la sede, sopportandone i relativi costi».

Prevalse, alla fine, grazie al voto decisivo di Cassarino, che autorevolmente presiedeva il Comitato, la tesi dell'avvio immediato, sostenuta, come si è ricordato, anche da Gianni Tantini. E così il 1° novembre 1995 iniziarono i primi corsi di Giurisprudenza a Verona. Dopodiché, poco alla volta, arrivarono anche quei posti in organico che ancora pochi mesi prima erano sembrati un lontano miraggio, e la Facoltà, gradatamente, prese il volo.

Così era Gianni Tantini: quando era in ballo un'iniziativa che gli stava a cuore, non si tirava mai indietro ed era anzi il primo a lanciare, letteralmente, il cuore oltre l'ostacolo.

E tanto l'Università, che per lui significava innanzitutto l'insegnamento, quanto la Città, che era tutt'uno con la sua terra e l'amata campagna, erano due tra le sue principali passioni. Quando dunque si prospettò concreta la possibilità di dare a Verona, fiorente polo



d'impresе, centro d'importanti istituzioni finanziarie ed assicurative, scambio nevralgico nei collegamenti con il centro Europa, una sua facoltà di Giurisprudenza, quelle passioni si congiunsero in una e l'iniziativa trovò in Gianni Tantini un infaticabile capitano di ventura (e sì, perché stavamo quasi per dimenticare l'altra sua grande passione, la barca...).

Fu così anche grazie a lui che verso la nascente Facoltà poté rivolgersi il sostegno, non solo finanziario, della città e che l'iniziativa appena intrapresa poté crescere e consolidarsi nel tempo.

Ma il sostegno di Gianni Tantini a quell'avventura proseguì anche negli anni a venire, e non venne a mancare neanche dopo che nel 2010, solo per i sopraggiunti, faticosi limiti di età, egli dovette lasciare i ruoli – ma non certo le aule, che continuò a frequentare con assidua e immutata passione – dell'università.

Mi piace ricordare come fu anche, se non soprattutto, grazie al suo interessamento se ancora tra il 2009 e il 2011 si raccolse intorno alla Giurisprudenza veronese l'interesse di un drappello di generosi mecenati – una banca e alcuni studi legali attivi in Verona e non solo – che con il loro dono consentirono alla Facoltà di acquisire un'inestimabile collezione di rari libri giuridici antichi, esaudendo così d'un tratto il sogno inconfessato di qualsiasi giurista ed anche un suo, a

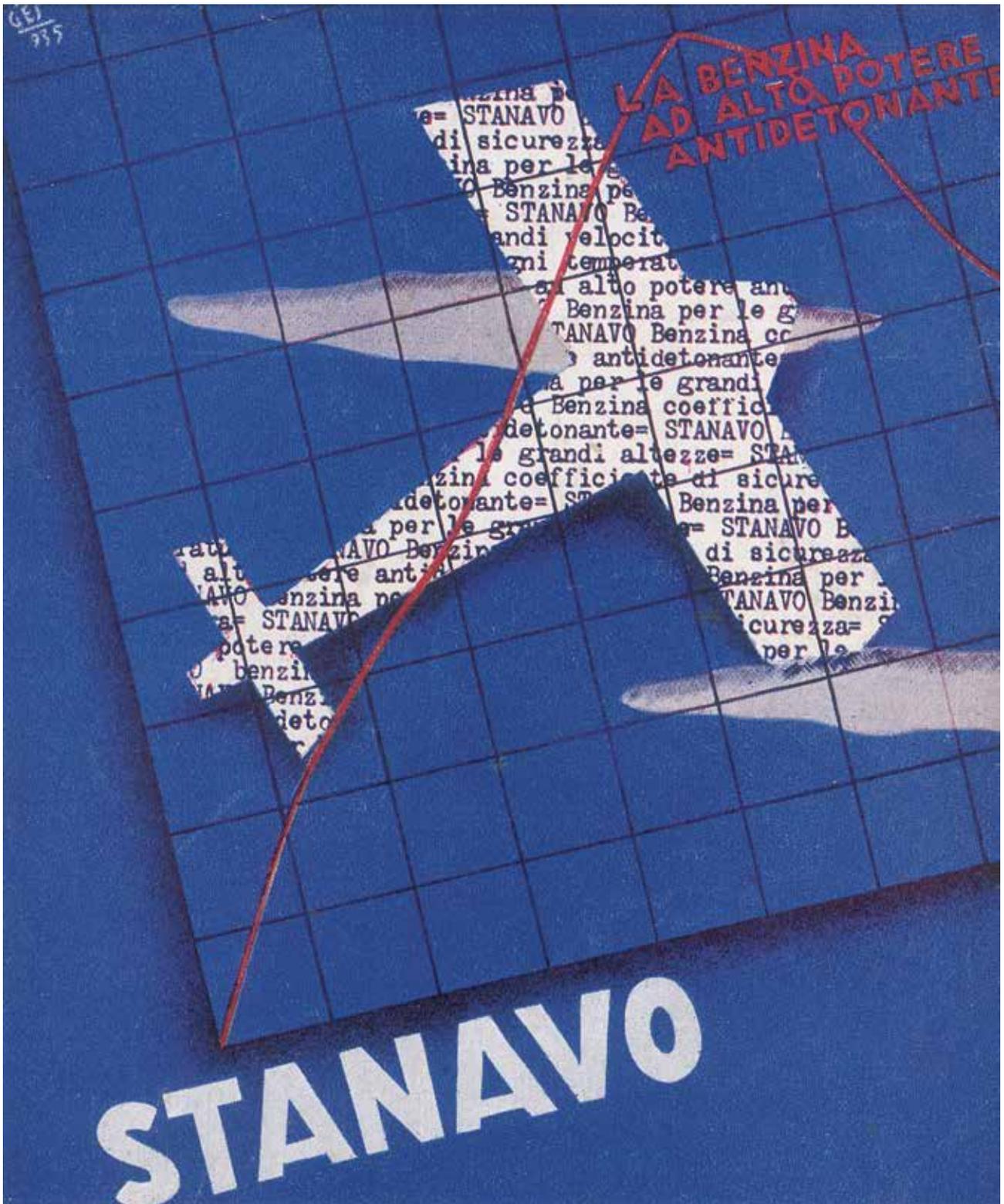
lungo coltivato, desiderio personale. La collezione fu di lì a poco inaugurata, a fine 2011, con la solenne intitolazione di *Bibliotheca Juridica Veronensis* e l'immancabile sua presenza.

Ma già prima, nell'ottobre 2010, in occasione del pensionamento, la sua Facoltà aveva voluto ringraziarlo pubblicamente con un gesto simbolico, proclamandolo *Studii Iuris Veronensis Alumnus Praeclarus*: "alunno», sì, a testimoniare l'umiltà con cui Gianni Tantini si è posto al servizio della sua università, studente tra gli studenti, quegli stessi studenti che fino all'ultimo lo hanno amato come solo si amano coloro che non con le parole ma con l'esempio concreto sanno farsi veri maestri.

Dei tanti elementi che orbitavano intorno al pianeta Gianni Tantini, ne ho dimenticato, però, colpevolmente, uno: la famiglia.

Ecco, di quel caloroso commiato accademico di quattro anni fa, un'immagine più di qualsiasi altra ci ritorna vivida agli occhi: quella di Gianni Tantini che, avvolto nella toga – indumento che solo a malapena si abbinava alla sua sportiva e mai affettata eleganza – ed applaudito con trasporto dai suoi colleghi e studenti, riceveva, sorridente e commosso, l'affettuoso abbraccio dei suoi cari.

D'ora in avanti, è così che ci piacerà ricordarlo.





Ligure Lombarda
le marmellate universali
per i bambini, gli adulti, i vecchi



GIOVANNI AQUARO

Lo studio al piano sotto

La memoria – si sa – è soprattutto un punto di vista. È – se si capisce ciò che intendo – come una sorta di casa, fatta di piccoli e fragili mattoni, spesso arricchiti dal tempo e dalla fantasia. Bisogna prestare attenzione, perché a spostarne anche uno solo, si rischia di far crollare la casa dei ricordi.

Di Giovanni Tantini tutto, o quasi, è stato detto e scritto: padre fondatore della facoltà veronese di diritto, autore di innumerevoli quanto pregevoli scritti, era soprattutto uno di quei pochi di un'altra epoca, mossa dalla nobile concezione dell'avvocatura, da non considerare, come sempre più spesso accade, alla stregua di una impresa – di un meccanismo ben rodato per fare soldi, possibilmente tanti – bensì come una sorta di artigianato di altissimo valore, al pari di come, indossato – come amava ripetere – il *perruque* dell'arbitro, aveva il culto della terzietà, della certezza del diritto e, soprattutto, del rigoroso esercizio della funzione cui era chiamato.

Tutto o quasi è stato scritto – dicevo – su questo gran signore che della cultura, dell'arte e della libertà di pensiero aveva fatto un modo di vivere, del buon gusto un sistema di vita. Schivo, ironico e al tempo stesso gentile, era elegante di dentro e di fuori.

Il fatto però è che, oltre a tutte queste cose, per me il

Professore – come anche dopo essere passati al tu ho continuato sempre a chiamarlo, ricevendone in cambio un ciao del quale andavo più orgoglioso che d'un titolo – è stato, per lungo tempo, soprattutto il mio vicino di casa: il mio appartamento sopra, il suo studio al piano immediatamente sotto.

E non basterebbe ora tutto lo spazio di questa rivista per riordinare gli aneddoti, talvolta sferzanti, che – con *aplomb* tutto inglese – era solito raccontare quando, per coincidenza d'orari, capitava che m'affacciassi, al termine d'una giornata di lavoro, all'ingresso del suo studio. Ed è proprio nel suo studio – a pesarci bene quasi una specie di laboratorio –, nel quale alla fine mi aveva pure riservato una piccola stanzetta al fianco della sua, che mi piace ricordare il Professore. Seduto nella penombra, la scrivania ingombra di appunti e libri, le mani incrociate dietro la testa, a ragionare, tra uno sbuffo di fumo e un armeggiare di curapipe, del suo prossimo saggio o, più banalmente, d'un atto in scadenza.

Un luogo a sé – in una città a me nuova, tanto incline alla gentilezza quanto regolata da una gerarchia sottile, non ufficiale, ma ben conosciuta da tutti e composta da confini invalicabili che nessuno si sognerebbe mai di attraversare – nel quale, per un attimo, ho avuto la fortuna d'affacciarmi.



TOMMASO DALLA MASSARA

Breve storia di un'iniziativa vana (...ma non del tutto)

1. Un problema conosciuto

Quando ti capita di scrivere per *Lambaradan* puoi dare per certo che chi legge “sa bene di cosa stai parlando” quando tocchi il tema della circolazione delle partecipazioni; e dunque non occorre dilungarsi troppo a raccontare i problemi che incontra chi, acquisite quote di s.r.l. oppure azioni di s.p.a., voglia promuovere un giudizio per far valere i diritti che gli spettano in relazione a difetti collegabili alla partecipazione oggetto di cessione, nei termini assai incalzanti che vengono imposti dall'art. 1495 c.c.

In effetti, l'art. 1495 c.c. – che appartiene al regime generale della vendita – fissa in otto giorni dalla scoperta l'onere di denuncia del difetto, nonché in un anno dalla consegna il termine di prescrizione per l'azione. Si tratta di termini, come ho appena detto, generali: il che significa che nell'attuale assetto normativo, qualora si comperi una partecipazione societaria oppure un qualsiasi bene materiale (un'auto o un chilo di patate), nulla cambia per l'acquirente in relazione al profilo della prescrizione.

D'altro canto, è ben immaginabile che il legislatore del codice del 1942 tenesse a riferimento le vendite di beni tangibili e facilmente verificabili, molto più che le vendite di partecipazioni: sicché a fare da paradigma, anche per le vendite dei mercati finanziari, era e continua ad essere proprio una disposizione pensata direttamente per i beni materiali, il cui scopo era quello di non lasciare per troppo tempo l'affare nell'incertezza.

Ma è chiaro che i difetti collegati all'acquisto di una partecipazione tendono invece a palesarsi in tempi più lunghi rispetto a quelli indicati nell'art. 1495 c.c.; e ciò comporta il rischio che l'acquirente veda sfumare le proprie speranze di tutela per effetto della cesoia della prescrizione, senza dunque che vi sia stato neppure il tempo per avvedersi del difetto lamentato. Come reagisce il mondo degli operatori del diritto di fronte a questi problemi?

Per lo più negandone l'esistenza: e così si continuano

a predisporre contratti con garanzia convenzionale di durata ultrannuale (di solito intorno ai cinque anni) e la prassi degli arbitrati è orientata a ritenere validi tutti gli accordi con cui si stabiliscano termini di prescrizione più lunghi di quelli fissati dalla legge; tutto ciò – si badi bene – in contrasto con il principio di inderogabilità della prescrizione fissato nell'art. 2936 c.c. Ma la posizione delle nostre corti ordinarie è sempre stata ben meno incline a fare salvi i diritti del compratore.

Per esempio, ha destato non poche preoccupazioni, negli ambienti di chi opera nel *market capital*, la sentenza della Corte di Milano del 17 settembre 2008, che ha ribadito l'idea secondo cui le cosiddette *business warranties* devono essere inquadrate entro la garanzia legale disciplinata in materia di vendita, con applicazione dunque del termine prescrizione annuale di cui all'art. 1495 c.c., non derogabile dalle parti per l'espressa previsione dell'art. 2936 c.c.

Si badi bene che il problema non rimane confinato entro i profili, molto tecnici o addirittura di nicchia, di un tema strettamente riservato agli addetti ai lavori: ne va invece – come detto – della competitività del *market capital* italiano.

Finisce per entrare in crisi, se non si ripensa il sistema generale delle regole (o della loro interpretazione), la competitività stessa del paese allo sguardo degli investitori; e, particolarmente, degli investitori stranieri che siano intenzionati all'acquisto di partecipazioni sul mercato italiano.

Come intervenire rispetto a una situazione potenzialmente così disincentivante?

2. Uno sforzo ottimistico

Fatte due parole su questi argomenti con Colleghi e amici, si è messa in moto una macchina che con un certo slancio civico ha confezionato un'iniziativa legislativa diretta a superare l'*impasse* normativa.

Così, l'anno scorso abbiamo messo a disposizione della

Commissione Giustizia alla Camera una proposta di legge.

Si è trattato di una bella esperienza, perché a giocare il ruolo dei “piccoli Giustiniani” alla fine ci si appassiona: assieme a un gruppetto di avvocati specialisti di M&A, di professori che hanno scritto specificamente in argomento e di parlamentari-avvocati armati di voglia di approfondire problemi tecnici piuttosto intricati, abbiamo ragionato su varie possibilità.

In ipotesi, la prima strada era quella di un intervento all'interno del tessuto del regime delle società (in specie sugli artt. 2355 c.c. e 2469 c.c.), per precisare espressamente in quella sede la possibilità di un termine convenzionale, dunque in deroga alle strettoie fissate nel codice civile; altra via era quella di un intervento sull'art. 1487 c.c. sulla garanzia convenzionale; altra possibilità ancora era quella di un intervento legislativo *ad hoc* sulla prescrizione in tema di cessione di partecipazioni.

Scegliendo quest'ultima, abbiamo provato a scrivere una Sezione IV-bis, intitolata *Della vendita di azienda e di partecipazioni sociali*, nella quale si precisasse, all'art. 1547-bis (*Vendita di azienda*), che “*nella vendita di azienda il termine di prescrizione dell'azione di cui all'art. 1495 c.c. è di cinque anni*”, e poi, all'art. 1547-ter (*Vendita di partecipazioni sociali*), che “*nella vendita di partecipazioni sociali i diritti derivanti dai patti relativi alla consistenza e alle caratteristiche del patrimonio, nonché alle prospettive reddituali e alla situazione economica e finanziaria della società si prescrivono in cinque anni*”. Non vi voglio trattenere sul senso tecnico di questa proposta (dunque neppure sulla scissione delle due fattispecie, in relazione all'azienda e alle partecipazioni): in poche parole, il vero problema era quello di scrivere qualcosa che avesse una ‘tenuta’ alla luce del principio di inderogabilità della prescrizione di cui all'art. 2936 c.c.

Oggi possiamo dire che quella proposta – che ha trovato buona eco nell'ambiente dell'M&A¹ – è stata quest'estate di fatto superata dall'intervento della Corte di Cassazione che ha ribaltato lo scenario giurisprudenziale precedente, così rimettendo un po' in ordine le cose.

Fatica sprecata, dunque, quella fatta con la Commissione Giustizia?

Forse non del tutto: preferiamo pensare che parlare del

1. Si veda per esempio, per una riflessione sulla proposta, M. SPERANZIN – A. TINA, *Una recente proposta legislativa in tema di trasferimento di azienda e di partecipazioni sociali*, in *Le società*, 2014, 261 ss.

problema non abbia fatto male e che i giudici forse abbiamo prestato un po' di ascolto al dibattito innescato.

3. La sentenza della Cassazione del luglio scorso: signori si cambia...

Con la sentenza del 24 luglio 2014, n. 16963, la Cassazione ha statuito che, nell'ambito della vendita di partecipazioni sociali o quote, se le parti prevedono contrattualmente un indennizzo per il caso in cui, successivamente alla conclusione del contratto, si verificano perdite o sopravvenienze passive nella società oggetto della cessione, il diritto a far valere tale indennizzo è soggetto al termine di prescrizione ordinaria decennale; quindi non si applicano, viceversa, i termini di cui all'art. 1495 c.c., previsti per le fattispecie di cui agli artt. 1490 e 1497 c.c., in quanto in relazione a tali fattispecie si prevede che il difetto del bene venduto preesista al momento della conclusione del contratto. La Corte osserva che la natura di vizio redibitorio e mancanza di qualità essenziali o promesse è ontologicamente differente rispetto alla natura del difetto che si contesta ove emergano perdite e sopravvenienze passive. Queste ultime rappresentano eventi relativi alla consistenza patrimoniale e alla redditività della società che possono manifestarsi in tempi successivi al perfezionarsi del contratto, incidendo sul valore di mercato e sull'adeguatezza del prezzo pattuito.

Sul presupposto di ciò, si comprende la conclusione della Suprema Corte nel senso che l'obbligo del venditore di tenere indenne l'acquirente rispetto al rischio connesso ai suddetti eventi, in forza del pagamento della *indemnity* prevista per l'ipotesi in cui quei medesimi eventi si verificano, configura un'obbligazione accessoria al contratto di compravendita, volta a garantire l'esito economico dell'operazione, sotto il profilo della causa in concreto e in specie dell'attuazione del sinallagma funzionale; si tratta pertanto di un'obbligazione che è soggetta alla prescrizione ordinaria decennale.

Emerge chiara l'innovatività della sentenza della Suprema Corte.

Si delinea un impianto concettuale piuttosto coraggioso, a fronte dell'antico – nondimeno sempre urgente – problema della ristrettezza dei termini ex art. 1495 c.c., entro i quali al compratore sarebbe imposto di agire per far valere il suo diritto all'indennizzo pattuito in contratto, ove il difetto fosse qualificato ai sensi dell'art. 1497 c.c.

A margine, vale la pena ancora una volta ribadire che,

allo sguardo della giurisprudenza tradizionale che aveva tenuto ferma la qualificazione *sub specie* art. 1497 c.c., nessuna pattuizione intesa a fissare un più lungo termine di azione si sarebbe potuta giudicare efficace, a fronte dell'inderogabilità del regime della prescrizione imposto dall'art. 2936 c.c.

Orbene, la soluzione adottata dalla sentenza del 24 luglio nel senso dell'allungamento del termine di prescrizione, mercé la scelta radicale di fuoriuscire dalla sequenza concettuale degli artt. 1497-1495 e 2936 c.c., per adottare invece l'idea dell'autonomia dell'obbligazione accessoria, è senza dubbio apprezzabile.

Anche se – aggiungerei – ogni rigidità rappresenta un limite. Così, si potrebbe obiettare che il termine decennale è in molti casi troppo lungo (e dunque da un eccesso di brevità si passa oggi, d'un tratto, a un eccesso di lunghezza). Ma su questo punto, a fronte del principio di cui all'art. 2936 c.c., poco c'è da fare: ogni termine di prescrizione è un termine fisso e quindi, per definizione, incapace di accompagnare le esigenze di ciascuno specifico assetto d'interessi.

Ciò indurrebbe a svolgere una riflessione di carattere generale sulla prescrizione, oggetto di ampia rimediatazione in Francia come in Germania negli ultimi anni: ma il discorso prenderebbe la differenza direzione di una nuova proposta *de iure condendo* (verrebbe da aggiungere però che ... per ora basta così).

Guardiamo allora un po' meglio all'impianto concettuale delineato dai giudici della Suprema Corte.

Rimangono alcune rilevanti zone d'ombra, rispetto alle quali uno sforzo merita urgentemente di essere compiuto.

Anzitutto, dalla motivazione della sentenza sembra doversi ricavare che il nuovo assetto – in estrema sintesi: obbligazione autonoma/prescrizione decennale – riguarda soltanto le c.d. *business warranties* (se per tali si intendono le garanzie in ordine a caratteristiche patrimoniali, reddituali, finanziarie etc.), mentre non riguarderebbe anche le c.d. *legal warranties* (sotto tale denominazione ricomprendendo le garanzie convenzionali che fanno corpo unico con quelle previste dalla legge in ordine alle caratteristiche del bene venduto: bene che è e rimane la partecipazione, pur soltanto rappresentativa del patrimonio sociale).

A valle di ciò, si aprirebbe pertanto una divaricazione nel trattamento delle differenti *Representations & Warranties*: in ipotesi di c.d. *business warranties* il termine di prescrizione sarebbe di dieci anni, mentre in relazione alle *legal warranties* i termini resterebbero quelli brevi dell'art. 1495 c.c.

Tale conclusione si fonda sulla considerazione posta

al centro della propria decisione dalla Suprema Corte secondo cui le c.d. *business warranties* rappresentano eventi relativi alla consistenza patrimoniale e alla redditività della società che possono manifestarsi in tempi successivi al perfezionarsi del contratto, incidendo sul valore di mercato e sull'adeguatezza del prezzo pattuito. A rigore, opposta invece dovrebbe essere la conclusione (in ordine all'applicabilità dei termini brevi di cui all'art. 1495 c.c.) quando si sia a cospetto di difetti del bene venduto preesistenti al momento della conclusione del contratto.

Una vera e propria faglia si aprirebbe allora all'interno delle pattuizioni nel complesso predisposte in relazione all'insieme del contratto di cessione, dovendosi discernere, da un lato, quelle che rimangono sottoposte al termine di cui all'art. 1495 c.c. e, dall'altro, quelle che invece sono a esso sottratte per rifluire nel termine ordinario decennale.

Ma siamo certi che sia necessariamente così?

4. La proposta di lettura della sentenza della Cassazione

L'attenzione merita di essere portata sul profilo davvero centrale all'interno della ricostruzione proposta dalla Suprema Corte: faccio riferimento alla qualificazione giuridica dell'obbligazione autonoma e accessoria di cui la Suprema Corte ravvisa il nascere in forza della garanzia convenzionale; e si tratta proprio ed esattamente dell'obbligazione rispetto alla quale la Corte stabilisce che il termine di prescrizione sia decennale.

Orbene, la ricostruzione che emerge dalle parole utilizzate nella sentenza sembra significativamente superare l'opinione – affermata in dottrina² – in base alla quale sarebbe da vedersi il sorgere di un'obbligazione con funzione sostanzialmente assicurativa, avuto riguardo al risultato della vendita. Nella motivazione della sentenza del 24 luglio si nota invece una spiccata e maggiore autonomizzazione di quell'obbligazione rispetto alle caratteristiche del bene venduto, dunque con radicale distacco rispetto al blocco di disciplina fondato sugli artt. 1490, 1497 e 1495 c.c.

La Corte sceglie di individuare il fondamento dell'obbligazione, piuttosto che nel collegamento con i carat-

2. Per tutti, M. SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di 'controllo' e garanzie contrattuali*, Milano, 2006, e A. TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, Milano, 2007.

teri del bene venduto (sebbene si tratti di collegamento soltanto mediato, del tutto filtrato, stante la presenza dell'obbligazione assicurativa), nella causa in concreto, in specie sotto il profilo dell'attuazione del sinallagma contrattuale. Più precisamente, l'obbligazione si orienterebbe alla realizzazione dell'equilibrio delle prestazioni a carico della parti.

Non è questione soltanto di sfumature linguistiche. Si comprende che quest'impostazione discende dalla preoccupazione dei Giudici di tenersi ben discosti dai rischi e dalle difficoltà collegabili al fatto che la partecipazione è bene di secondo grado, sicché la quota o l'azione rifletterebbero solo indirettamente – per il valore che queste assumono – i difetti emergenti nei beni che alla cessione della partecipazione sono collegabili.

Siamo allora giunti al punto decisivo: pare a me che l'obbligazione debba dirsi del tutto riplasmata per il fatto di avere quale unico oggetto, direttamente e senza più le difficoltà legate alla funzione assicurativa, il *quantum* corrispondente all'indennizzo prefissato; inoltre, quell'obbligazione è sottoposta a una condizione sospensiva: più esattamente, l'esigibilità dell'obbligo di pagamento è sottoposta al verificarsi degli eventi (futuri e incerti) descritti in contratto, proprio quelli in grado di evidenziare uno squilibrio contrattuale.

La proposta ricostruttiva appena avanzata renderebbe, a mio parere, la costruzione giuridica finalmente perspicua e lineare.

Anzitutto, la ricostruzione in termini di obbligazione pecuniaria sottoposta a condizione sospensiva consentirebbe di ritenere che ogni evento futuro e incerto possa essere versato all'interno della condizione: in particolare, potrebbero essere poste in condizione tutte le *Representations and Warranties*, senza doversi calare nella pericolosa distinzione tra *business warranties* e *legal warranties* o comunque tra garanzia in ordine a difetti preesistenti al momento della conclusione del contratto e garanzia rispetto a perdite e sopravvenienze passive.

Oggetto del giudizio di verifica è dato da tutto ciò che rientra nelle *Representations and Warranties*: una volta che venga a esistenza la condizione, e ciò accade nella misura in cui quanto detto nelle R&W si realizzi (per esempio, emerga una difettosità relativa al patrimonio preesistente o sopravvenuta, qualche criticità reddituale o finanziaria, sia preesistente che sopravvenuta), allora scatta l'obbligo di corresponsione della *indemnity*.

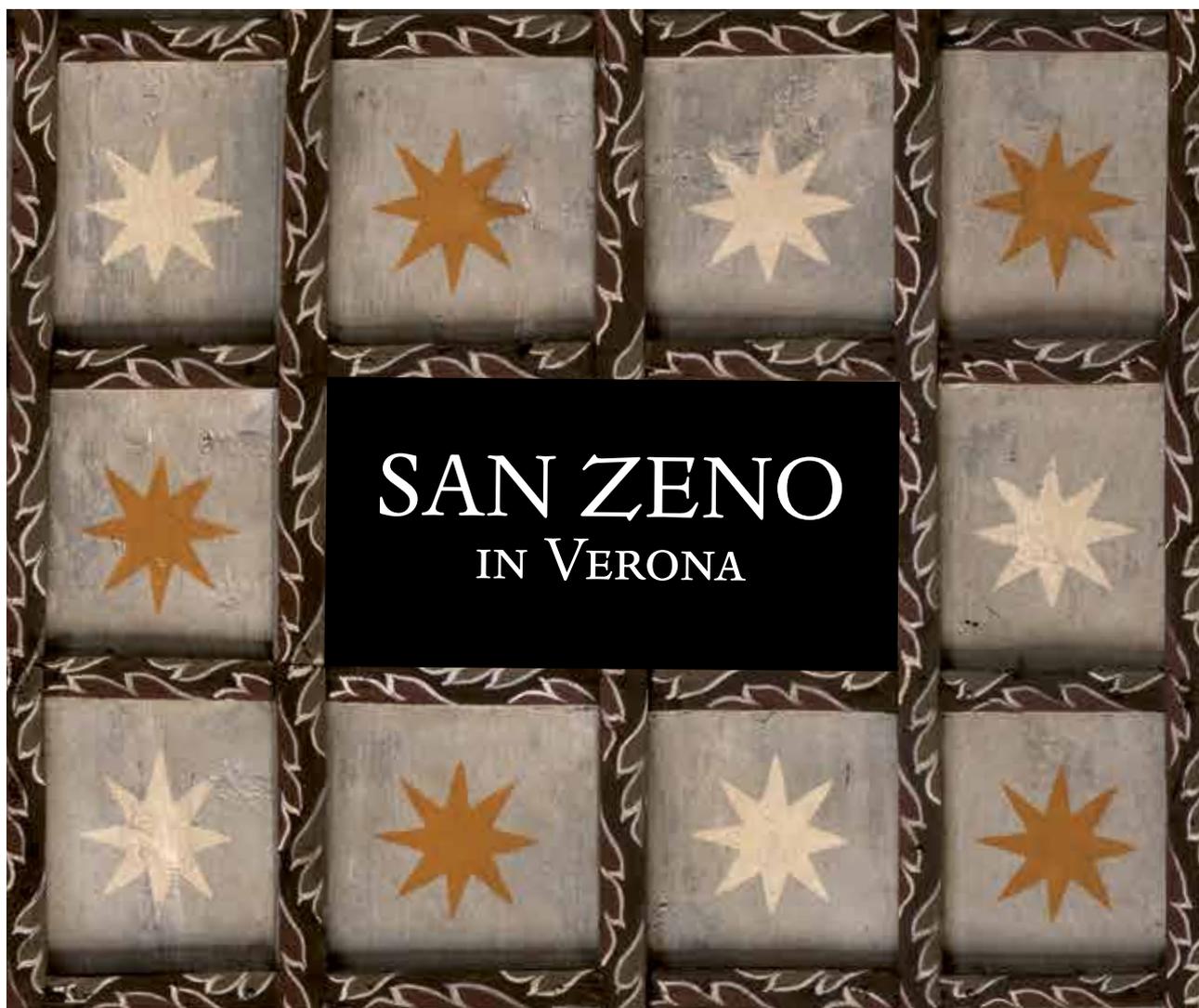
Da ciò consegue che l'intera disciplina sarebbe riasorbita entro il campo di applicazione della sentenza in commento; non si dovrebbe distinguere in base al criterio 'cronologico' sopra evidenziato, ma sempre – almeno quando le parti abbiano deciso di affidarsi a una garanzia convenzionale con previsione di un'*indemnity* – meriterebbe di essere applicato il termine ordinario decennale.

Ulteriore precisazione derivante dall'opzione ricostruttiva qui propugnata è così riassumibile: è del tutto chiaro che sulla base della garanzia convenzionale sarebbe proponibile soltanto la domanda diretta a ottenere l'indennità pattuita; non sarebbe invece invocabile in alcun modo un'azione diretta alla risoluzione del contratto ovvero al suo esatto adempimento, giacché – come detto – l'obbligazione ha per oggetto solo e soltanto il pagamento della somma (un *dare di certa pecunia*), sottoposto a condizione sospensiva.

Ciò non toglie che, quanto ai rimanenti profili, resterebbero però a disposizione del compratore tutti i rimedi collegabili alla natura sinallagmatica del contratto: così, nella misura in cui possa ravvisarsi un *aliud pro alio*, sarebbe ovviamente invocabile l'art. 1453 ss. c.c., come pure l'art. 1460 c.c.

Ebbene, questo è quel che penso ad oggi: occorre però dire che sul tema sto ancora lavorando e conto di chiudere uno scritto entro poche settimane.

Forse non tutte le idee saranno apparse qui 'a punto', ma mi pareva che valesse la pena di raccontarvele: tutto sommato, in una rivista che si chiama *Lambaradan* qualche approssimazione potrà essere tollerata.



SAN ZENO IN VERONA

Il complesso di San Zeno rappresenta uno dei principali fulcri della vita culturale, religiosa e artistica della città di Verona. Le progressive fortune di questo insediamento, che accolse una delle realtà benedettine più rilevanti del Nord della penisola italiana, si riverberano nella straordinaria quantità di opere d'arte e nelle complicate stratificazioni architettoniche occorse in ben oltre un millennio di vita.

Per i tipi di Cierre è uscito un volume di grande formato che, attraverso un appassionante percorso per immagini, vuole narrare la storia e, al contempo, mostrare le ricchezze artistiche del complesso abbaziale, accumulate nel corso dei secoli grazie alla perizia virtuosa degli artefici e alla sensibilità della loro committenza. Alternando inquadrature d'insieme e sguardi ravvicinati, che consentono di vedere per la prima volta dettagli spesso inaccessibili, il volume restituisce un ritratto inedito della basilica dedicata al santo patrono, simbolo di Verona e punto d'incontro di un articolato tessuto sociale fra medioevo ed età moderna.

Gli autori, Tiziana Franco e Fabio Coden, sono docenti di Storia dell'Arte Medievale presso l'Università di Verona. Basilio e Matteo Rodella sono fotografi esperti in pubblicazioni storico-artistiche.

*Formato del volume: 30 x 40 cm,
344 pagine, 170 fotografie a colori.*

*Testo italiano e inglese stampato in carattere Dante,
su carta Tatami delle cartiere Fedrigoni di Verona,
in 800 esemplari numerati. Legatura con copertina
cartonata rivestita in seta e cofanetto rigido.*

Prezzo: 490,00 €



Cierre edizioni

via Ciro Ferrari 5, 37066 Sommacampagna, Verona
• tel. 045 8581572 •
www.cierrenet.it • edizioni@cierrenet.it

Le start up innovative tra dato normativo e prassi contrattuale

parte prima

82

Sommario

1. Gli attori del mondo start-up;
2. Il dato normativo;
3. Deroghe al diritto societario;
 - 3.1. Creazione di categorie di quote;
 - 3.2. Offerta al pubblico di quote;
 - 3.3. Operazioni sulle proprie partecipazioni;
 - 3.4. Emissione di strumenti finanziari partecipativi;
4. Il ruolo del Notaio tra Statuto e Patti parasociali;
 - 4.1. Categorie di quote;
 - 4.2. Operazioni sulle proprie partecipazioni;
 - 4.3. Strumenti finanziari partecipativi;
 - 4.4. Offerta al pubblico di quote;
5. Tipologie di clausole.

1. Gli attori del mondo start-up

La figura delle imprese start-up innovative è stata introdotta dal decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179¹

1. Il presente contributo costituisce un approfondimento della Relazione al Convegno dal titolo *“La società a responsabilità limitata: dalle recenti novità normative alle problematiche legate alla crisi d’impresa”*, tenutosi il 22 Maggio 2014 a Bologna, a cui hanno partecipato, in veste di Relatori l’A. del presente scritto (*Start up innovative in forma di s.r.l. e categorie di quote*) nonché Carlo Alberto Busi (*Questioni in materia di costituzione di srl*), Elena Tradii (*Le operazioni sul capitale nella s.r.l. con capitale inferiore a euro 10.000,00 e nella srls*), Federico Tassinari (*L’usufrutto di quota*), Francesco Cirianni (*L’esclusione del socio moroso o per cause statutarie: tecniche di attuazione*), Jacopo Sodi (*Il sequestro e il pignoramento della quota: la legittimazione all’esercizio dei diritti sociali*), Marco Maltoni (*Questioni in merito alla liquidazione del socio receduto*) e Filippo Zabban (*Clausole in materia di circolazione delle quote: in particolare, i patti di covendita*).

** Si ringraziano gli Avvocati d’affari Andrea Messuti (dello Studio Lega Colucci e Associati di Milano), Francesco Torelli (dello Studio Legale Bird & Bird di Milano) ed Andrea Iovino (di BLF Studio Legale, Bologna-Milano), per il materiale for-

(il secondo decreto sulla “Crescita”), convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, che, disciplinandone le “misure per la nascita e lo sviluppo” (così come denominata la sezione IX, articoli 25-32), prevede varie agevolazioni al fine di promuovere la fase di avviamento e di consolidamento delle imprese che esercitino attività tecnologicamente innovative in conformità alla sua *ratio*.

Richiamando l’art. 25, co. 1, del decreto-legge n. 179/2012, si tratta infatti di disposizioni “dirette a favorire la crescita sostenibile, lo sviluppo tecnologico, la nuova imprenditorialità e l’occupazione, in particolare giovanile” e volte “contestualmente a contribuire allo sviluppo di una nuova cultura imprenditoriale, alla creazione di un contesto maggiormente favorevole all’innovazione, così come a promuovere maggiore mobilità sociale e ad attrarre in Italia talenti, imprese innovative e capitali dall’estero”.

Trattasi di un pacchetto di misure “variegate” e per lo più “derogatorie” che vanno dal diritto del lavoro al diritto tributario, dal diritto tributario al diritto societario nonché al diritto fallimentare.

Per capire questo pacchetto di agevolazioni a favore delle cc.dd “start up”, non può non farsi un breve cenno a quello che è lo scenario “economico” in cui operano le cc.dd. “start up” e a chi sono i soggetti protagonisti di questo scenario.

nitomi, di grande utilità per la stesura del presente scritto, in particolare per la redazione dei paragrafi 4 e 5.

Per un primo commento a tale decreto v., per esempio, CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Notiziario del 23 ottobre 2012*, note a cura di RUOTOLO-BOGGIALI. Sul punto v. anche BENAZZO, *La s.r.l. start-up innovativa, Le nuove leggi civili commentate*, n.1, 2014, Cedam, pag. 101 seg.; CAPELLI, *L’equity based crowdfunding e i diritti del socio*, V Convegno annuale dell’Associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale “*Orizzonti del diritto commerciale*”, *“L’impresa e il diritto commerciale: innovazione, creazione di valore, salvaguardia dei valori in crisi”*, Roma, 21-22 febbraio 2014.

Semplificando al massimo, i protagonisti sono gli startupper, gli incubatori, i finanziatori ed i professionisti: * i cc.dd. “startupper” sono coloro che hanno “la nuova idea imprenditoriale”; si tratta di soggetti e che solitamente hanno un ottimo profilo tecnico/informatico – digitale, soggetti tendenzialmente genialoidi proiettati nel futuro che, faticano a trovare “sbocchi” nel nostro Paese e quindi sono mentalmente pronti ad emigrare all'estero; solitamente sono degli ingegneri, spesso ricercatori universitari che hanno però il limite di avere sì l' “idea innovativa” senza avere però capacità imprenditoriali, nel senso di non possedere quella visione imprenditoriale che li aiuti ad organizzare l'idea per farne così un'impresa.

* i cc.dd. “incubatori” sono delle società di capitali (private – o anche pubbliche –), che funzionano come una sorta di “chiocciola”, che cova le cc.dd. “start up”, venendo in aiuto degli startupperes ed, in un certo senso, insegnando a questi ultimi a divenire imprenditori. In questi incubatori si insegna a fare impresa, si danno lezioni di finanza, di marketing, di bilancio, etc..

* i cc.dd. “finanziatori” (oppure i cc.dd. “investitori”); si distinguono tra angels e venture capitalists:

** i cc.dd. “angels” hanno un range di finanziamento che va da un minimo di 50.000 Euro, fino ad arrivare a circa 1.000.000 di Euro. Sono questi a dare i quattrini per avviare l'impresa; il loro obiettivo non è di certo filantropico, ma di investimento, di guadagno. La quota che solitamente acquisiscono i cc.dd. “angels” è una quota di minoranza che non va oltre il 20%. Di solito questi angels sono delle persone che conoscono il settore in cui opera la start up ovvero ex manager che capiscono di impresa. Il rischio imprenditoriale è forte perchè tutto nasce da un'idea, non si sa bene quale sia il risultato che conseguirà questa idea che diventa impresa e quindi si può sì guadagnare, ma anche perdere l'intero investimento.

** l'investitore, quando investe oltre ad 1.000.000 di Euro, si configura come “venture capitalist”, il quale può coesistere con l'angel e acquisisce una quota di minoranza che solitamente si attaglia attorno al 30%; * vi sono poi i professionisti, che possono essere commercialisti, avvocati d'affari, notai, che possono avere un ruolo molto importante. Un ruolo, in un certo senso, di quadratura del cerchio. Specie per quanto riguarda il notaio, la funzione è quella di libratore, di dare equilibrio al contrasto di interessi in gioco: da una parte c'è il socio di maggioranza (il fondatore), che vuole creare un'impresa di successo, volendone mantenere il controllo, dall'altra vi è l'investitore (socio di mino-

ranza) che vuole guadagnare dall'investimento. Ecco dunque che il notaio deve conciliare, equilibrare questi interessi in modo da “fare squadra”. Fondamentale, infatti, è creare un *team* armonico tra i fondatori e gli investitori; le novità normative, specie nel diritto societario, che vedremo (ad esempio la possibilità di emettere categorie di quote) mirano a facilitare proprio questa coesione.

2. Il dato normativo

Tornando al dato normativo, la definizione di impresa start-up innovativa è contenuta nell'art. 25, co. 2, del decreto-legge n. 179/2012 ai sensi del quale la start-up innovativa è:

- la società di capitali di diritto italiano
- la società cooperativa di diritto italiano
- una *Societas Europaea*, residente in Italia ai sensi dell'art. 73, D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917,

le cui azioni o quote rappresentative del capitale sociale non sono quotate su un mercato regolamentato o su un sistema multilaterale di negoziazione e che sono in possesso dei (e conservano i) requisiti di cui all'art. 25, co. 2, del decreto-legge n. 179/2012².

Tale disposizione prevede requisiti obbligatori cumulativi e requisiti obbligatori alternativi che la società deve possedere (e conservare) per acquisire (e mantenere – sia pure temporaneamente, ex art. 31 -) la qualifica di start-up innovativa e quindi beneficiare del regime di favore per essa previsto.

Quanto requisiti obbligatori cumulativi, la società:

- * deve essere costituita e svolgere attività d'impresa da non più di quarantotto mesi
- * deve avere la sede principale dei propri affari e interessi in Italia
- * non può avere – a partire dal secondo anno di attività della start-up innovativa- il totale del valore della produzione annua, così come risultante dall'ultimo bilancio approvato entro sei mesi dalla chiusura dell'esercizio, superiore a cinque milioni di euro
- * non deve distribuire utili e (se preconstituita da non

2. Considerando che l'art. 25, co. 4, del decreto-legge n. 179/2012, definisce quali start-up a vocazione sociale le start-up operanti in via esclusiva nei settori indicati all'art. 2, co. 1, del decreto legislativo 24 marzo 2006, n. 155, è evidente che lo scopo di lucro non è un requisito necessario per godere delle agevolazioni previste dal secondo decreto sulla Crescita.

- più di quattro anni) non deve averne distribuito
- * deve avere, quale oggetto sociale esclusivo o prevalente, lo sviluppo, la produzione e la commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico³
- * non deve essere stata costituita per effetto di una fusione o scissione o a seguito di cessione d'azienda o di ramo d'azienda⁴

Quanto ai requisiti obbligatori alternativi, la società "deve anche soddisfare almeno uno dei seguenti requisiti, che sono diretti a qualificare in modo specifico la dimensione innovativa dell'attività svolta dalla società"⁵:

- le spese in ricerca e sviluppo devono essere uguali o superiori al quindici⁶ per cento del maggiore valore fra costo e valore totale della produzione
- impiego come dipendenti o collaboratori a qualsiasi titolo, in percentuale uguale o superiore al terzo della forza lavoro complessiva, di personale in possesso di titolo di dottorato di ricerca o che sta svolgendo un dottorato di ricerca presso un'università italiana o straniera, oppure in possesso di laurea e che abbia svolto, da almeno tre anni, attività di ricerca certificata presso istituti di ricerca pubblici o privati, in Italia o all'estero, ovvero, in percentuale uguale o superiore a due terzi della forza lavoro complessiva, di personale in possesso di laurea magistrale ai sensi dell'art. 3 del regolamento di cui al decreto del Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca 22 ottobre 2004, n. 270⁷

3. Sarebbe opportuna una precisazione dei concetti di "prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico" al fine di una corretta applicazione della disciplina normativa in materia di start-up innovative.

4. L'art. 25, co. 2 lett. a), del decreto-legge n. 179/2012, prevedeva che "i soci, persone fisiche, detengono al momento della costruzione e per i successivi ventiquattro mesi, la maggioranza delle quote o azioni rappresentative del capitale sociale e dei diritti di voto nell'assemblea ordinaria dei soci". Tale requisito è venuto meno per effetto del decreto-legge 28 giugno 2013, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 99 (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 196 del 22 agosto 2013), che ha soppresso la citata lett. a), consentendo pertanto l'applicazione delle agevolazioni anche a società interamente partecipate da persone giuridiche.

5. Così *Circolare Assonime* n. 11 del 6 maggio 2013 pag. 14.

6. A seguito del decreto-legge 28 giugno 2013, n. 76, *cit.* Il testo originario prevedeva il venti per cento.

7. A seguito del decreto-legge 28 giugno 2013, n. 76, *cit.*, che ha esteso l'applicazione della normativa anche alle società aventi almeno i due terzi della forza lavoro in possesso della laurea magistrale.

- la società deve essere titolare o depositaria o licenziataria di almeno una privativa industriale relativa ad un'invenzione industriale, biotecnologica, ad una topografia di prodotto a semiconduttori o a una nuova varietà vegetale ovvero sia titolare dei diritti relativi ad un programma per elaboratore originario registrato presso il Registro pubblico speciale per i programmi per elaboratore⁸, purché tali privative siano direttamente afferenti all'oggetto sociale e all'attività d'impresa⁹.

Al fine di poter beneficiare delle disposizioni in materia start-up innovative introdotte dal decreto-legge n. 179/2012, la società, oltre a possedere i requisiti indicati, deve anche ottenere l'iscrizione nell'apposita sezione speciale del Registro delle Imprese.¹⁰

A tal fine, ai sensi dell'art. 25, co. 9, del decreto-legge n. 179/2012), la sussistenza dei requisiti per l'identificazione dell'impresa start-up innovativa è attestata mediante apposita autocertificazione prodotta dal legale rappresentante e depositata presso l'ufficio del Registro delle Imprese.

Se il possesso dei requisiti previsti dalla legge è il presupposto necessario di tale iscrizione e se quest'ultima è comunque necessaria per usufruire delle relative misure di favore, in un'ottica "notarile" la (in-)sussistenza dei requisiti non incide sulla legittimità dell'atto costitutivo ma, alla fine, è funzionale all'acquisizione della qualifica di start-up innovativa¹¹.

Il legislatore ha inteso consentire l'applicazione della normativa in oggetto anche alle società preesistenti purché ricorrano determinati presupposti:

- a) possesso dei requisiti di legge e
- b) iscrizione nell'apposita sezione speciale del Registro delle Imprese.

Ex art. 25, co. 3, del decreto-legge n. 179/2012), infatti, le società già costituite alla data di entrata in vigore della legge di conversione (19 dicembre 2012)

8. Tale Registro è tenuto dalla Siae ex art. 103, co. 4, della legge 22 aprile 1941, n. 633, come modificato dal decreto legislativo 29 dicembre 1992, n. 518.

9. Il decreto-legge 28 giugno 2013, n. 76, *cit.*, ha infatti integrato tale requisito alternativo comprendendo nelle private anche la titolarità di diritti relativi ad un programma per elaboratore originario registrato

10. In merito al regime pubblicitario delle start-up innovative v. art. 25, commi 8-16, del decreto-legge n. 179/2012.

11. In questo senso v. MALTONI-SPADA, *L'impresa start up innovativa costituita in società a responsabilità limitata*, reperibile dal sito www.cavererespondere.it, quindi pubblicata in Rivista del Notariato - LXVII, I, pag. 1113 e seg.. Sul punto v. anche BENAZZO, *cit.*, pag. 114.

ed in possesso dei requisiti previsti sono considerate start-up innovative se depositano presso l'Ufficio del Registro delle Imprese una dichiarazione sottoscritta dal rappresentante legale che attesti il possesso dei requisiti richiesti.

Alla luce di quanto disposto dal citato art. 25, co. 3¹², trattandosi di società già costituite, la temporaneità della normativa di favore va rapportata alla data di costituzione della società, per cui la disciplina di cui alla Sezione IX del decreto-legge n. 179/2012 si applica:

- fino al 20 ottobre 2016, se la società è stata costituita a partire dal 20 ottobre 2010 e fino al 18 dicembre 2012;
- fino al 20 ottobre 2015, se la società è stata costituita a partire dal 20 ottobre 2009 e fino al 19 ottobre 2010;
- fino al 20 ottobre 2014, la società è stata costituita entro i quattro anni precedenti a partire dal 20 ottobre 2008 e fino al 19 ottobre 2009.

Nell'ambito delle finalità enunciate dall'art. 25, co. 1, del decreto-legge n. 179/2012, il legislatore ha introdotto anche la definizione di "incubatore di start-up innovative certificato" per indicare la società di capitali – avente le medesime caratteristiche tipologiche della start-up innovativa, sopra indicate¹³ – "che offre servizi per sostenere la nascita e lo sviluppo di start-up innovative" e quindi che favorisce e guida le imprese start-up innovative nella fase di avvio e di crescita. L'incubatore certificato deve possedere i seguenti requisiti:¹⁴

12. L'art. 25, co. 3, del decreto-legge n. 179/2012 dispone infatti che: "Le società già costituite alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto e in possesso dei requisiti previsti dal comma 2, sono considerate start-up innovative ai fini del presente decreto se entro 60 giorni dalla stessa data depositano presso l'Ufficio del registro delle imprese, di cui all'articolo 2188 del codice civile, una dichiarazione sottoscritta dal rappresentante legale che attesti il possesso dei requisiti previsti dal comma 2. In tal caso, la disciplina di cui alla presente sezione trova applicazione per un periodo di quattro anni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, se la start-up innovativa è stata costituita entro i due anni precedenti, di tre anni, se è stata costituita entro i tre anni precedenti, e di due anni, se è stata costituita entro i quattro anni precedenti."

13. L'art. 25, co. 5, del decreto-legge n. 179/2012: "Ai fini del presente decreto, l'incubatore di start-up innovative certificato, di seguito: «incubatore certificato» è una società di capitali, costituita anche in forma cooperativa, di diritto italiano ovvero una *Societas Europaea*, residente in Italia ai sensi dell'articolo 73 del decreto della Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917 ...".

14. Come disposto dall'art. 25, co. 5, *cit.*

- "a) dispone di strutture, anche immobiliari, adeguate ad accogliere start-up innovative, quali spazi riservati per poter installare attrezzature di prova, test, verifica o ricerca;
- b) dispone di attrezzature adeguate all'attività delle start-up innovative, quali sistemi di accesso in banda ultralarga alla rete internet, sale riunioni, macchinari per test, prove o prototipi;
- c) è amministrato o diretto da persone di riconosciuta competenza in materia di impresa e innovazione e ha a disposizione una struttura tecnica e di consulenza manageriale permanente;
- d) ha regolari rapporti di collaborazione con università, centri di ricerca, istituzioni pubbliche e partner finanziari che svolgono attività e progetti collegati a start-up innovative".

Il possesso di tutti tali requisiti è autocertificato dall'incubatore di start-up innovative mediante dichiarazione sottoscritta dal rappresentante legale, al momento dell'iscrizione alla sezione speciale del Registro delle Imprese, sulla base di indicatori e relativi valori minimi stabiliti con decreto del Ministero dello Sviluppo Economico¹⁵;

- "e) ha adeguata e comprovata esperienza nell'attività di sostegno a start-up innovative, la cui sussistenza è valutata ai sensi del comma 7".

Il possesso di tale requisito è autocertificato dall'incubatore di start-up innovative mediante dichiarazione sottoscritta dal rappresentante legale presentata a Registro delle Imprese, sulla base di valori minimi stabiliti con decreto del Ministero dello Sviluppo Economico¹⁶ con riferimento agli indicatori elencati dallo stesso art. 25, co. 7, del decreto-legge n.179/2012¹⁷.

I commi 6 e 7 dello stesso articolo regolano l'autocertificazione dei requisiti richiesti ai fini della qualifica di incubatore certificato.

15. V. decreto 21 febbraio 2013.

16. Si rinvia alla nota precedente.

17. Indicatori ex art. 25, co. 7, del decreto-legge n. 179/2012:
- "a) numero di candidature di progetti di costituzione e/o incubazione di start-up innovative ricevute e valutate nel corso nell'anno;
 - b) numero di start-up innovative avviate e ospitate nell'anno;
 - c) numero di start-up innovative uscite nell'anno;
 - d) numero complessivo di collaboratori e personale ospitato;
 - e) percentuale di variazione del numero complessivo degli occupati rispetto all'anno, precedente;
 - f) tasso di crescita media del valore della produzione delle start-up innovative incubate;
 - g) capitali di rischio ovvero finanziamenti, messi a disposizione dall'Unione europea, dallo Stato e dalle regioni, raccolti a favore delle start-up innovative incubate;

Come per le imprese start-up innovative, anche per gli incubatori certificati costituisce presupposto necessario per l'applicazione delle relative agevolazioni l'iscrizione nell'apposita sezione speciale del Registro delle Imprese.

Una volta iscritti in detta sezione speciale, le start-up innovative e gli incubatori certificati godono delle agevolazioni¹⁸ inerenti al profilo fiscale, anche ai fini degli adempimenti relativi alle iscrizioni nel Registro delle Imprese¹⁹, ai rapporti di lavoro subordinato, agli incentivi all'investimento in start-up innovative nonché delle deroghe al diritto societario di cui all'art. 26 del decreto-legge n.179/2012.

Trattandosi di misure agevolative funzionali ad incentivare l'avvio ed il consolidamento delle imprese start-up innovative, la disciplina introdotta dal secondo decreto sulla "Crescita" si connota per la sua temporaneità. Ex art. 31, co. 4, del decreto-legge n.179/2012 infatti "in ogni caso, una volta decorsi quattro anni dalla data di costituzione, cessa l'applicazione" della disciplina prevista nella sezione IX dello stesso decreto per cui, decorso il termine fissato dalla legge, la società sarà cancellata dall'apposita sezione speciale del Registro delle Imprese e, perdendo la qualifica di start-up innovativa, continuerà ad essere una società disciplinata dalle norme ordinarie.

Argomentando dalla lettera di tali disposizioni, è deducibile che la società, pur essendo sempre costituita come società "ordinaria", assume la qualifica di start-up innovativa a seguito dell'iscrizione nell'apposita sezione speciale del Registro delle Imprese (iscrizione ulteriore a quella nella sezione ordinaria), mentre perde tale qualifica in virtù del decorso del termine di legge decorrente dalla data di iscrizione dell'atto

h) numero di brevetti registrati dalle start-up innovative incubate, tenendo conto del relativo settore merceologico di appartenenza".

18. Tra l'altro, si veda, per esempio, l'art. 31, co.1, del decreto-legge n. 179/2012, il quale, disponendo che la start-up innovativa "non è soggetta a procedure concorsuali diverse da quelle previste dal capo II della legge 27 gennaio 2012, n. 3", rende applicabili, in luogo delle procedure concorsuali ordinarie, le disposizioni in materia di composizione delle crisi da sovraindebitamento.

19. Ex art. 25, co. 8, del decreto-legge n. 179/2012: "Per le start-up innovative di cui ai commi 2 e 3 e per gli incubatori certificati di cui al comma 5, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura istituiscono una apposita sezione speciale del registro delle imprese di cui all'articolo 2188 del codice civile, a cui la start-up innovativa e l'incubatore certificato devono essere iscritti al fine di poter beneficiare della disciplina della presente sezione".

costitutivo nel Registro delle Imprese²⁰. L'inizio e la fine della start-up innovative sono quindi segnati dalle formalità pubblicitarie, benché ancorate ad adempimenti distinti.

È evidente che, se prima del decorso dei quattro anni, la società perde uno dei requisiti prescritti per la qualificazione di start-up innovativa, cesserà anticipatamente l'applicazione della disciplina agevolativa e continuerà ad operare la disciplina ordinaria, che risulta "sospesa e derogabile" finché permane lo status di impresa start-up innovativa.

3. Deroghe al diritto societario

Nell'intento di incentivare la nascita e lo sviluppo delle start-up innovative il legislatore ha introdotto rilevanti deroghe al diritto societario, anche consentendo, con particolare riferimento all'impresa start-up in forma di società a responsabilità limitata, di prevedere clausole tali da far perdere "temporaneamente" elementi tipizzanti lo stesso modello s.r.l.²¹.

20. Sulla decorrenza dei quattro anni non dalla data dell'iscrizione nella sezione speciale del Registro delle Imprese appositamente istituita per le start-up innovative bensì dalla data dell'iscrizione dell'atto costitutivo nella sezione ordinaria del Registro delle Imprese v. anche *Circolare Assonime* n. 11 *cit.*, pag. 52. Nello stesso solco, v. anche MALTONI e SPADA, *cit.*, pag. 1115. Secondo tali illustri AA., una "fondamentale certezza interpretativa" consisterebbe nella circostanza "che la presenza o l'assenza dei requisiti di legge non interferisce con il piano della legittimità dell'atto costitutivo"; circa "la temporaneità delle esenzioni", gli stessi AA. Aggiungono che essa "risulta nitidamente dall'art. 31, 4° comma, a tenore del quale «l'applicazione della disciplina della presente sezione» cessa «in ogni caso, una volta decorsi quattro anni dalla costituzione»". Sul punto v. anche BENAZZO, *cit.*, pag. 114, secondo cui "l'operatività delle esenzioni e dunque anche l'efficacia di eventuali deroghe inserite nello statuto della incorporanda s.r.l. start-up innovativa sarebbero (e resterebbero) condizionate all'iscrizione nella sezione speciale", portando con sé una "ulteriore innovazione sul piano normativo" consistente in una "«privatizzazione del sistema dei controlli» (anche) di interesse pubblico".

21. Sulla nuova disciplina della srl a seguito della riforma del 2003 cfr., per esempio, CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, Padova, 2007; ROSAPEPE, *Appunti su alcuni aspetti della nuova disciplina della partecipazione sociale nella s.r.l.*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2003, pag. 479 e seg.; PERRINO, *La rilevanza del socio nella s.r.l.: recesso, diritti particolari, esclusioni*, ivi, pag. 810 e seg.; SALVATORE, *L'organizzazione corporativa nella nuova s.r.l.: amministrazione, decisioni dei soci e il ruolo dell'autonomia statutaria*, in *Contratto e impresa*, 2003, pag. 1342 e seg.

Prima di esaminare le deroghe specificamente relative alla s.r.l., è opportuno accennare alle disposizioni che sono applicabili a tutte le società che, ai sensi dell'art. 25, co. 2, del decreto-legge n. 179/2012, possono assumere la qualifica di start-up innovative.

In tema di riduzione del capitale sociale per perdite, l'art. 26, co. 1, del decreto-legge n. 179/2012, posticipa al secondo esercizio successivo il termine stabilito dagli artt. 2446, co. 2, e 2482 bis, co. 4, c.c. entro il quale la perdita deve risultare diminuita a meno di un terzo²².

Nel caso di perdite che riducano il capitale sociale al di sotto del minimo legale, e quindi nelle ipotesi previste dagli artt. 2447 e 2482 ter c.c., "l'assemblea convocata senza indugio dagli amministratori, in alternativa all'immediata riduzione del capitale e al contemporaneo aumento del medesimo a una cifra non inferiore al minimo legale, può deliberare di rinviare tali decisioni alla chiusura dell'esercizio successivo. Fino alla chiusura di tale esercizio non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, primo comma, punto n. 4), e 2545-duodecies del codice civile. Se entro l'esercizio successivo il capitale non risulta reintegrato al di sopra del minimo legale, l'assemblea che approva il bilancio di tale esercizio deve deliberare ai sensi degli articoli 2447 o 2482-ter del codice civile". Pur non negando la diversità dei contesti, si può osservare un parallelismo con la deroga alle disciplina della riduzione del capitale per perdite prevista dal decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 134.

Come il legislatore, al fine di favorire l'accesso tempestivo alle soluzioni concordate della crisi d'impresa, ha introdotto nella legge fallimentare l'art. 182 sexies, sospendendo gli obblighi di ricapitalizzazione e rendendo inoperante la causa di scioglimento della società di cui agli artt. 2484, co. 1, n. 4), e 2545 duodecies c.c.²³, così, in considerazione della fase iniziale

delle imprese start-up (fase nella quale una ridotta capitalizzazione potrebbe comportare un'erosione del capitale sociale per effetto di perdite rilevanti²⁴), ha dettato una peculiare disciplina in tema di riduzione del capitale per perdite al fine di incentivare l'avvio di tali imprese²⁵.

e sesto, e 2482 ter del codice civile. Per lo stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, n. 4, e 2545 duodecies del codice civile".

Sull'argomento v., per esempio, *Circolare Assonime* n. 4 del 7 febbraio 2013, pag. 40 e seg.; Consiglio Notarile dei Distretti Riuniti di Firenze, Pistoia e Prato, Orientamento "Crisi d'impresa e disciplina degli obblighi di mantenimento del patrimonio netto".

24. Esula dalle presenti osservazioni l'indagine sulla possibilità di prevedere, per il caso di perdite, un regime di favore con riferimento alla fase di iniziale di tutte le società e non solo delle start-up

25. Sul punto v. CAGNASSO, *Note in tema di start up innovative, riduzione del capitale e stato di crisi (Dalla "nuova" alla "nuovissima" s.r.l.)*, V Convegno annuale dell'Associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale "Orizzonti del diritto commerciale", "L'impresa e il diritto commerciale: innovazione, creazione di valore, salvaguardia del valore della crisi", Roma, 21-22 febbraio 2014. L'A. glissa elegantemente – pur ammettendolo sbrigativamente – sul fatto che tra la disciplina prevista espressamente in materia di start up innovative e quella fallimentare sussistano profili di comunanza, per concentrarsi su quelle che, a suo dire, sarebbero "le profonde differenze di scenari" in cui si collocano rispettivamente le disposizioni di cui all'art. 26, comma 1, d.l. 179/2012, da un lato, e quella di cui all'art. 182 sexies, l.f., dall'altro. In questo ultimo caso, infatti, "il legislatore fallimentare ha ritenuto prevedere una sorta di cautela per l'intervallo tra l'accertamento della perdita e il deposito della domanda, imponendo agli amministratori di gestire la società in un'ottica liquidatoria e quindi applicando la stessa regola che vale nell'intervallo di tempo tra l'accertamento della sussistenza di una causa di scioglimento e l'avvio di una fase di liquidazione con la nomina dei liquidatori (...)", aggiungendo la circostanza per cui "la gestione della società durante la procedura è soggetta alle regole enunciate dall'art. 167 l.f., per cui il debitore conserva sì l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, ma sotto la vigilanza del commissario giudiziale (...)". Si ricorda inoltre, in questa sede che l'A., dopo aver ribadito come "le scelte dettate per le start up, (...), si inseriscono in un contesto non solo differente da quello previsto in caso di concordato", [pag. 9] ricorda inoltre come queste "trov[i]no applicazione a società non soggette alle normali procedure concorsuali e in particolare al fallimento, anche ove avessero i requisiti soggettivi sia sotto il profilo dell'oggetto sia sotto quello delle dimensioni. Pertanto una start up, che astrattamente rientrasse tra i soggetti fallibili, non sarebbe sottoposta a tale procedura, pur se in stato di insolvenza e, d'altra parte, non potrebbe ricorrere alle regole in tema di concordato preventivo o di accordi di

22. Ex art. 26, co. 1, parte prima, del decreto-legge n. 179/2012, "nelle start-up innovative il termine entro il quale la perdita deve risultare diminuita a meno di un terzo stabilito dagli articoli 2446, comma secondo, e 2482 bis, comma quarto, del codice civile, è posticipato al secondo esercizio successivo".

23. L'art. 182 sexies della Legge fallimentare prevede che "dalla data del deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo, anche a norma dell'articolo 161, sesto comma, della domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182 bis ovvero della proposta di accordo a norma del sesto comma dello stesso articolo e sino all'omologazione non si applicano gli articoli 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482 bis, commi quarto, quinto



Con riferimento specifico alle srl, con la finalità di estendere alcuni istituti propri della spa anche alle imprese start-up innovative costituite nella forma di srl²⁶.

Passiamo dunque ad analizzare le singole deroghe:

3.1. Creazione di categorie di quote

* L'atto costitutivo della start-up innovativa costituita in forma di società a responsabilità limitata, ex art. 26, co. 2, del decreto-legge n. 179/2012, **“può creare categorie di quote fornite di diritti diversi e, nei limiti imposti dalla legge, può liberamente determinare il contenuto delle varie categorie anche in deroga a quanto previsto dall'art. 2468, commi secondo e terzo, del codice civile”**. Nella srl la regola generale, sancita dall'art. 2468, co. 2, c.c. è quella della proporzionalità tra partecipazione sociale e diritti sociali, in ossequio al principio di parità di trattamento dei soci. Resta comunque salva, per effetto dell'art. 2468, comma 3 c.c., la possibilità di attribuire “a singoli soci” “particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili”. Senza soffermarsi sulla tematica dei diritti particolari²⁷, basti ricordare che, come emerge

ristrutturazione con conseguente sospensione della regola «ricapitalizza o liquida» dettata per esse”. L'A. conclude detta pregevole osservazione considerando (giustamente) che “una start up che abbia perduto il capitale sociale ed anzi abbia un capitale negativo, non venendo in considerazione tale principio potrebbe continuare l'esercizio dell'attività d'impresa pur se in «in stato di insolvenza» e pur in una situazione di aggravamento del medesimo, senza che i creditori possano richiedere il fallimento della stessa, almeno per il periodo in cui vale la disciplina derogatoria.”.

26. V. Relazione di accompagnamento del disegno di legge di conversione.

27. Sui diritti particolari cfr., per esempio, MAUGERI, *Quali diritti particolari per il socio di società a responsabilità limitata?*, in *Rivista delle Società*, 2004, pag. 1483 e seg.; SANTUS-DE MARCHI, *Sui particolari diritti del socio nella nuova s.r.l.*, in *Rivista del Notariato*, 2004, pag. 75 e seg.; DACCÒ, *I diritti particolari del socio nelle s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. Campobasso*, diretto da Abbadessa-Portale, 2007, pag. 395 e seg.; MALTONI, *La partecipazione sociale*, in *La riforma della società a responsabilità limitata*, 2007, pag. 210 e seg.; CAVANNA, *Partecipazione e «diritti particolari» dei soci*, in *Le nuove s.r.l.*, opera diretta da Sarale, Bologna, 2008, pag. 101 e seg.; BIANCHI-FELLER, *Commento sub art. 2468 c.c.*, in *Società a responsabilità limitata*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti-Bianchi-Grazzi-Notari, Milano, 2008, pag. 320; SALVATORE, *Diritti particolari dei soci: i diritti particolari*, in *FONDAZIONE ITALIANA PER IL NOTARIATO, S.r.l.: pratica, casi e crisi*, Milano, 2009, pag. 38 e seg.; ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, Milano, 2010, pag. 516 e seg.; CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Studio n. 138-2011/I, I diritti*

dalla relazione di accompagnamento al decreto legislativo n. 6/2003, lo stesso legislatore della riforma ha ritenuto “coerente con le caratteristiche personali del tipo societario della società a responsabilità limitata da un lato non prevedere la possibilità di categorie di quote, che implicherebbe una loro oggettivazione e quindi una perdita del collegamento con la persona del socio richiesta dal primo comma, lett. a), art. 3 della legge di delega, dall'altro consentire ... che l'atto costitutivo preveda l'attribuzione a singoli soci, quindi in considerazione della loro posizione personale, particolari diritti concernenti sia i poteri nella società sia la partecipazione agli utili”.

Su tale impianto normativo, che presuppone una correlazione necessaria tra il contenuto del particolare diritto e la persona del socio (cui viene attribuito quel diritto) in considerazione della sua identità e delle sue qualità personali, si innesta la previsione di cui all'art. 26, co. 2, del decreto-legge n. 179/2012 che consente all'autonomia privata la creazione di categorie di quote²⁸.

Da un lato, dunque, possono essere attribuiti diritti particolari che ineriscono alla persona del singolo socio e non alla di lui partecipazione²⁹; dall'altro, è ammessa l'introduzione, sia pure “transitoria”, data la temporaneità della disciplina derogatoria in esame, di categorie di quote, da intendersi come creazione di una pluralità di quote dotate di diritti uguali (tra loro) ma diversi da quelli previsti dalla disciplina ordinaria. Sfumando la distinzione tra i tipi societari ed avvicinando la srl alla spa con il conseguente rilievo della centralità della quota rispetto alla persona del socio, la deroga in esame induce ad interrogarsi sui limiti che l'autonomia privata incontra nella determinazione del contenuto delle categorie di quote. Con l'avvertenza che il punto verrà trattato diffusamente nel paragrafo 4.1. del presente articolo, per ora ci si può limitare ad osservare che, se l'intenzione del legisla-

ti particolari del socio. *Vicende della partecipazione tra regole legali ed autonomia statutaria* (est. Guglielmo-Silva); CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Studio n. 242-2011/I, I diritti particolari del socio. Ambito oggettivo d'applicazione e fattispecie* (est. Guglielmo-Silva).

28. Sulla questione dell'ammissibilità di categorie di quote nella srl v., per tutti, ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit., pag. 521. Cfr. sul tema anche BLANDINI, *Categorie di quote, categorie di soci*, Milano, 2009, pag. 203 e seg.: secondo l'A. non sono ipotizzabili nella srl le categorie di quote ma categorie di soci.

29. In questo senso v. anche CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Studio n. 138-2011/I*, cit.

re è stata quella di estendere alle start-up innovative srl istituti propri della spa, possono essere richiamati anche i limiti che la legge impone all'autonomia statutaria nella determinazione del contenuto delle azioni delle varie categorie ai sensi dell'art. 2348, co. 2, c.c.³⁰ Tali limiti sono:

- il principio per cui tutte le azioni appartenenti ad una medesima categoria conferiscono uguali diritti (art. 2348, co. 3, c.c.);
- il divieto del patto leonino (art. 2265 c.c.);
- il principio per cui possono emettersi azioni a voto plurimo (art. 2351, co. 4, c.c.) ma con un massimo di tre voti³¹;
- il diritto di impugnativa delle delibere assembleari (art. 2377 c.c.);
- il principio di nomina assembleare dell'organo amministrativo (art. 2383, co. 1, c.c.) – per la srl è da tener conto ovviamente della configurabilità di un diritto particolare ex art. 2468, co. 3, c.c.;
- il principio di integrità del capitale sociale (art. 2346, co. 5, c.c.);
- i diritti inderogabili dei soci.

Nella determinazione del contenuto delle categorie di quote devono altresì essere rispettate le norme inderogabili in tema di srl (si pensi, per esempio, al divieto di incorporare le partecipazioni sociali in azioni ex art. 2468, co. 1, c.c.; alla proporzionalità del diritto di voto alla partecipazione sociale ex art. 2479, co. 5, c.c.)³².

30. MAGLIULO, *Le categorie di azioni e strumenti finanziari nella nuova s.p.a.*, Milano, 2004, pag. 75 e seg.

31. L'art. 2351, comma 4, come novellato dall'art. 20, comma 8-bis, d.l. 24 giugno 2014, n. 91, conv. con modif. in l. 11 agosto 2014, n. 116, che elimina il tradizionale divieto del voto plurimo, così recita: “salvo quanto previsto dalle leggi speciali, lo statuto può prevedere la creazione di azioni con diritto di voto plurimo anche per particolari argomenti o subordinato al verificarsi di particolari condizioni non meramente potestative. Ciascuna azione a voto plurimo può avere fino a un massimo di tre voti.”. Sul punto, e in particolare sulle ragioni dell'intervento normativo, v. BUSANI e SAGLIOCCA, *Azionisti prepotazione favoriti, Il socio con voto plurimo lo conserva anche dopo l'ingresso sul mercato*, in *Il sole 24 ore*, Norme e tributi, 3 settembre 2014, pag. 37; v. anche il contributo del Notaio Federico Tassinari, *Le azioni a voto plurimo nelle società non quotate*, ad oggi inedito, pubblicato per ora in seno alla Associazione di cultura giuridica “Insignum”.

32. Si veda, in particolare, la massima n. 138 del CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, la quale ammette il voto plurimo: “L'atto costitutivo delle s.r.l. può derogare, per tutte o alcune delle decisioni di competenza dei soci, al principio di proporzionalità del diritto di voto sancito dall'art. 2479, comma 5, c.c.

Ciò può avvenire: (i) con clausole applicabili in via generale

Tenendo conto della distinzione tra la possibilità di attribuire “diritti diversi” ad una serie di quote e la possibilità di attribuire “diritti particolari” a singoli soci, i nuovi spazi riconosciuti all'autonomia negoziale dovranno comunque considerare anche la regolamentazione della coesistenza (nell'ambito di una stessa srl) tra categorie di quote e diritti particolari³³.

La diversità tra categorie di quote e “diritti particolari” si riflette anche sul profilo della sorte dei diritti diversi in caso di circolazione della quota di partecipazione. Quanto ai diritti particolari ex art. 2468, co. 3, c.c., tali prerogative, come affermato dalla dottrina prevalente anche sulla base dell'inerenza alla persona del socio³⁴, qualora l'atto costitutivo non disponga diversamente,:

- in caso di trasferimento dell'intera partecipazione sociale, si estinguono;
- in caso di trasferimento parziale, rimangono attribuiti per intero al socio cedente.

Relativamente invece alla quota cui sono attribuiti diritti diversi, il trasferimento di detta quota non comporta l'estinzione dei diritti ad essa connessi che quindi si trasferiscono senza che sia necessario il consenso unanime degli altri soci.

* Ex art. 26, co. 3, del decreto-legge n. 179/2012, l'atto costitutivo della start-up innovativa costituita in forma di società a responsabilità limitata “*anche in de-*

e astratta a tutti i soci (ad esempio: tetto massimo di voto, voto scalare, voto scaglionato, voto capitaro, etc.), nonché (ii) con clausole che attribuiscono a taluni soci particolari diritti che comportano una “maggiorazione” del diritto di voto (ad esempio: voto plurimo, casting vote, voto determinante, etc.) o che lo limitano (ad esempio: voto limitato, voto condizionato, etc.); non trovando in ogni caso applicazione il limite e il divieto di cui all'art. 2351, comma 2, ultimo periodo, e comma 4, c.c.

Le clausole sub (i), applicabili in via generale e astratta a tutti i soci, costituiscono normali clausole “statutarie”, la cui introduzione, modificazione e soppressione può essere decisa, salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, con la maggioranza richiesta dall'art. 2479-bis, comma 3, c.c. Le clausole sub (ii), invece, danno luogo a diritti particolari ai sensi dell'art. 2468, comma 3, c.c., e possono essere introdotte, modificate e soppresse, salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, solo con il consenso unanime di tutti i soci.” Tale massima, ad una prima lettura “dirompente”, trova ora “legittimazione” nel nuovo quadro di riferimento normativo.

33. Cfr. MELONI, *Start up innovative, i labili confini dei modelli societari*, in *Il Sole24ore*, 21 luglio 2013

34. V., per tutti, CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Studio n. 138-2011/I*, cit.. Sul punto cfr. anche Orientamento I.I.10 del Comitato Triveneto dei notai in materia di atti societari; Massima n. 39 del Consiglio Notarile di Milano.

roga all'articolo 2479, quinto comma del codice civile, può creare categorie di quote che non attribuiscono diritti di voto o che attribuiscono al socio diritti di voto in misura non proporzionale alla partecipazione da questi detenuta ovvero diritti di voto limitati a particolari argomenti o subordinati al verificarsi di particolari condizioni non meramente potestative”.

In deroga alla regola generale posta dall'art. 2479, co. 5, c.c., secondo cui ogni socio ha diritto di partecipare alle decisioni previste dal medesimo art. 2479 c.c. ed il suo voto vale (inderogabilmente) in misura proporzionale alla sua partecipazione, l'autonomia privata può creare per le start-up innovative in forma di srl categorie di quote che non attribuiscono diritti di voto o che attribuiscono diritti di voto in misura non proporzionale alla partecipazione³⁵ ovvero diritti di voto limitati a particolari argomenti. L'autonomia privata è altresì legittimata ad introdurre categorie di quote che attribuiscono ai soci diritti di voto subordinati al verificarsi di particolari condizioni non meramente potestative con la conseguenza che il mancato verificarsi della condizione sospensiva o il verificarsi della condizione risolutiva determina la conversione delle categorie di quote in partecipazioni sociali ordinarie.

La lettura dell'art. 26, co. 3, sopra citato, richiama certamente gli artt. 2350-2351 c.c. dettati in materia di spa. Tuttavia, in tema di diritto di voto non sono previsti espressamente per le start-up innovative i limiti di cui all'art. 2351 c.c. secondo cui:

a) relativamente alle azioni senza diritti di voto o che attribuiscono diritti di voto limitati a particolari argomenti, o categorie di azioni che attribuiscono ai soci diritti di voto subordinati al verificarsi di particolari condizioni non meramente potestative, il valore di dette quote “non può complessivamente superare la metà del capitale sociale” (v. art. 2351, co. 2, c.c.);

b) relativamente alle azioni a voto plurimo (art. 2351, co. 4, c.c.), queste possono essere emesse con il limite massimo di tre voti³⁶.

Muovendo dalla *ratio* di tali limiti, *ratio* da ravvisare nella necessità che vi sia proporzionalità tra rischio e potere (per cui chi ha una maggiore partecipazione al capitale sociale e più rischia, ha maggiore potere deci-

sionale), si potrebbe sostenere che detti limiti possano operare anche per le srl³⁷.

3.2. Offerta al pubblico di quote

* L'art. 26, co. 5, del decreto-legge n. 179/2012 dispone che, in deroga a quanto previsto dall'articolo 2468, co. 1, c.c., “*le quote di partecipazione in start-up innovative costituite in forma di società a responsabilità limitata possono costituire oggetto di offerta al pubblico di prodotti finanziari, anche attraverso portali per la raccolta di capitali di cui all'articolo 30 del presente decreto, nei limiti previsti dalle leggi speciali*”.

Tale deroga fa venir meno una connotazione tipica della srl che la distingue dal modello della spa e che rappresenta un limite invalicabile per l'autonomia privata.

L'art. 2468, co. 1, c.c. dispone infatti che le partecipazioni dei soci non possono essere rappresentate da azioni né costituire oggetto di offerta al pubblico di prodotti finanziari.

Quanto al divieto di incorporazione delle partecipazioni in azioni, come è noto, trattasi di una conseguenza del criterio personalistico di divisione del capitale sociale nella srl, diversamente dal criterio astratto-matematico caratterizzante la spa, ove il capitale sociale (nominale) è diviso in parti omogenee e standardizzate. Nella srl, pertanto, in applicazione del predetto criterio, che fa leva sulla persona del socio, il capitale sociale è diviso in parti secondo il numero dei soci per cui il numero iniziale delle quote corrisponde al numero dei soci che partecipano alla costituzione della società e ciascun socio diventa titolare di un'unica partecipazione³⁸. Dalla natura unitaria della partecipazione (a differenza delle azioni che sono entità tra loro autonome e distinte) e dal divieto di rappresentarla in azioni deriva che le partecipazioni di srl non possono in nessuna caso essere incorporate in documenti destinati a circolare in conformità alle regole dei titoli di credito³⁹.

Quanto al divieto di offerta al pubblico di prodotti fi-

37. In merito a tale problematica v. più diffusamente *infra*, § 4.1. del presente articolo.

38. Così CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2 *Diritto delle società*, 2006, pag. 553.

Nello stesso v. anche REVIGLIONE, *Commento sub art. 2468*, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da Cottino-Bofante-Cagnasso-Montalenti, Bologna, 2004, pag. 1798 e seg..

39. Sul punto v., per tutti, REVIGLIONE, *Commento sub art. 2468*, cit., pag. 1800. Sulla possibilità di rilasciare un “certificato di quota” v., per esempio, anche BIANCHI-FELLER, *Commento sub art. 2468 c.c.*, in *Società a responsabilità limitata*, cit., pag. 311.

35. Sull'ammissibilità del voto non proporzionale nella s.r.l., v. la massima n. 138 del Consiglio notarile di Milano (nota 31).

36. Sull'ammissibilità del voto plurimo a seguito dell'entrata in vigore del d.l. 24 giugno 2014, n. 91, conv. con modif. in l. 11 agosto 2014, n. 116, v. *supra*, nota 31.

nanziari⁴⁰ di cui all'art. 2468, co. 1, c.c., la scelta del legislatore si giustifica nella volontà di impedire l'ingresso in società di soci non imprenditori⁴¹.

Tali divieti ostacolano la raccolta di ingenti capitali di rischio.

Nel tentativo di facilitare il reperimento di risorse finanziarie imputabili a capitale di rischio e quindi di rafforzare l'impresa start-up, il decreto-legge n. 179/2012, pur ribadendo il divieto di rappresentare le partecipazioni in azioni, prevede una deroga al divieto di offerta al pubblico ammettendo che le quote di start-up innovative in forma di srl possano costituire oggetto di offerta al pubblico degli investitori e, nel contempo, introduce nel decreto-legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 l'art. 50 quinquies relativo alla gestione di portali per la raccolta di capitali⁴².

3.3. Operazioni sulle proprie partecipazioni

* Ai sensi dell'art. 26, co. 6, del decreto-legge n. 179/2012, nelle start-up innovative costituite in forma di società a responsabilità limitata **“il divieto di opera-**

40. V. art. 1, co. 1, lett. t), del Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria).

41. V., sul punto, SANTONI, *Le quote di partecipazione nella s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum G.F. Campobasso, cit., pag. 379 e seg.

42. Sull'equity crowdfunding v. Regolamento Consob n. 18592/2013, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 162 del 12 luglio 2013.

Sul c.d. crowdfunding in generale, v., per esempio, BOLLETTARI, *Il crowdfunding: la raccolta del capitale tramite piattaforme on-line nella prassi e nella recente legislazione*, in *“Il Nuovo Diritto delle Società”* n. 2/2013, pag. 9 e seg.. Il crowdfunding (finanziamento della folla, dall'inglese “crowd” – folla + “funding” – donazioni) costituisce un giro d'affari che lo scorso anno è stato stimato in 5 miliardi di dollari. Consiste in una sorta di “colletta on-line” e si distingue tra donation-based e reward-based da una parte, e equity crowdfunding dall'altra, dove quest'ultima – raccolta di capitali di rischio per start up giovani – mediante l'utilizzo di una piattaforma (un sito che contiene un annuncio) è in grado di assicurare ad un (giovane) progettatore di raccogliere gli investimenti necessari per lanciare la sua idea, a patto che lo stesso fissi, preventivamente, una soglia minima da raggiungere (c.d. pledge) ed un termine di scadenza; è previsto un compenso per la persona che, con un (piccolo) contributo, può vedersi (in proporzione) assegnato o un gadget o un prodotto ideato dalla stessa impresa economicamente supportata. Per un'analisi approfondita sul punto v. CAPELLI, *L'equity based crowdfunding e i diritti del socio*, cit., il cui contributo ripercorre l'evoluzione del fenomeno in parola e quelli che sono gli aspetti operativi sui quali si concentrano i soggetti interessati a tale raccolta di capitale.

zioni sulle proprie partecipazioni stabilito dall'articolo 2474 del codice civile non trova applicazione qualora l'operazione sia compiuta in attuazione di piani di incentivazione che prevedano l'assegnazione di quote di partecipazione a dipendenti, collaboratori o componenti dell'organo amministrativo, prestatori di opera e servizi anche professionali”.

Per evitare l'annacquamento del capitale sociale, l'art.2474 c.c. dispone che “in nessun caso la società può acquistare o accettare in garanzia partecipazione proprie, ovvero accordare prestiti o fornire garanzia per il loro acquisto o la loro sottoscrizione”⁴³.

Il decreto-legge n. 179/2012 ammette eccezioni al divieto di cui all'art. 2474 c.c. qualora ricorrano i presupposti indicati dal citato art. 26, co. 6, e quindi qualora l'operazione sia compiuta in attuazione di piani di incentivazione che prevedano l'assegnazione di quote di partecipazione a dipendenti, collaboratori o componenti dell'organo amministrativo, prestatori di opera e servizi in senso ampio.

Con tale previsione la disciplina delle partecipazioni di srl viene avvicinata a quella delle azioni, non escludendosi un'integrazione analogica della disciplina in materia di start-up con il regime delle operazioni sulle azioni proprie⁴⁴.

3.4. Emissione di strumenti finanziari partecipativi

* Ex art.26, co. 7, del decreto-legge n. 179/2012, **“l'atto costitutivo di cui all'articolo 25, comma 2, e degli incubatori certificati di cui all'articolo 25, comma 5 può altresì prevedere, a seguito dell'apporto da parte dei soci o di terzi anche di opera o servizi, l'emissione di strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o anche di diritti amministrativi, escluso il voto nelle decisioni dei soci ai sensi degli articoli 2479 e 2479-bis del codice civile”**⁴⁵.

Nonostante la lettera di tale disposizione non sembra circoscriverne l'ambito di applicazione, la norma posta è da riferire esclusivamente all'impresa start-up innovativa srl, valendo per le spa l'art. 2346, co. 6, c.c.⁴⁶.

43. Cfr. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, cit, pag. 885 e seg.

44. V. MALTONI-SPADA, *L'impresa start up innovativa costituita in società a responsabilità limitata*, cit.

45. Ai sensi dell'art. 31, co. 4, del decreto-legge n. 179/2012, le clausole eventualmente inserite nell'atto costitutivo ai sensi dei commi 2, 3 e 7 dell'art. 26 “mantengono efficacia limitatamente alle quote di partecipazione già sottoscritte e agli strumenti finanziari partecipativi già emessi”.

46. MAGLIULO, *Le categorie di azioni e strumenti finanziari nella nuova s.p.a.*, cit.

che, introdotto dalla riforma del diritto societario del 2003, consente appunto alla società di reperire apporti (comunque non imputabili a capitale) per lo svolgimento della propria attività.

Come per la spa gli strumenti finanziari non possono es-

sere dotati del diritto di voto generalizzato nell'assemblea dei soci, così l'art. 26, co. 7, del decreto-legge n. 179/2012 esclude che gli strumenti finanziari emessi dalla start-up innovativa srl conferiscano il diritto di voto, essendo riservato ai soci il potere decisionale⁴⁷.

47. Un interrogativo posto dall'art. in commento riguarda l'operatività dei limiti di cui all'art. 2483, co. 2, c.c. in tema di titoli di debito, la cui sottoscrizione è riservata ad "investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale a norma delle leggi speciali". Così MALTONI-SPADA, *L'impresa start up innovativa costituita in società a responsabilità limitata*, cit.,

Il ricorso *ex art. 2409 c.c.* è rinunciabile dalle parti senza che su di esso debba intervenire una pronuncia d'ufficio da parte del Tribunale adito

Note a Appello Catania 22.08.2014

Le incertezze nella ricostruzione dogmatica dell'art. 2409 c.c. si avvertono in modo particolarmente evidente nell'esame dei suoi presupposti processuali.

È esperienza comune, confermata del resto dalle decisioni pubblicate nei repertori giurisprudenziali, la disparità di soluzioni date alle singole questioni, anche negli stessi uffici giudiziari ed anche in momenti temporalmente ravvicinati.

Si ha, anzi, l'impressione non solo dell'uso di una pluralità di modelli ricostruttivi generali dell'istituto, ma anche dell'utilizzazione, nella medesima decisione, di frammenti tra loro contraddittori di modelli diversi.

Ciò lo si riscontra, in particolare, con riferimento all'istituto della rinuncia agli atti, applicata al procedimento *ex art. 2409 c.c.*

Non è affatto pacifico che la rinuncia al ricorso *ex art. 2409 c.c.*, da parte di chi lo abbia inizialmente proposto, segni necessariamente la sorte del procedimento, imponendo al giudice di porvi termine con una declaratoria di estinzione o con una pronuncia di non luogo a provvedere.

A tale conclusione si oppone, in generale, chi valorizza il carattere indispensabile degli interessi in gioco, la natura di semplice denuncia (e non di vera e propria azione) dell'atto da cui trae origine il procedimento, il potere inquisitorio di cui è contrassegnato l'operare del giudice e la circostanza che il tribunale sia svincolato dall'obbligo di rispettare il principio di corrispondenza tra il richiesto ed il pronunciato (L. Nazzicone, in nota Trib. Trieste 29 marzo 1995, in *Foro it.*, 1995, I, 2263).

Sul versante opposto, oltre a chi in generale nega o attenua la già ricordata valenza pubblicistica del proce-

dimento, si schierano coloro i quali sottolineano l'assenza di qualsiasi potere d'impulso d'ufficio attribuito in proposito dalla legge al tribunale (a differenza di quel che accadeva, ad esempio, nella procedura di dichiarazione di fallimento), e ne traggono argomento per sostenere che, venuta meno l'iniziativa dei soci di minoranza o del pubblico ministero denunciante, viene perciò stesso meno anche il potere-dovere del giudice di emettere qualsiasi pronuncia in ordine ai fatti denunciati (Trib. Udine 30.03.1990, in *Foro it.*, 1990, I, 2039; V. Vitro', *Controllo giudiziario e provvedimenti cautelari nelle società di capitali*, Milano, 1992, 278 c.c.; Trib. Catania 12/12/1988, in *Giur. comm.*, 1990, 776).

Tale tesi individua a fondamento della tutela un interesse disponibile, cioè l'interesse particolare dei soci di minoranza alla corretta amministrazione della società e riconduce il procedimento *ex art. 2409 c.c.* alla volontaria giurisdizione.

I sostenitori di tale tesi negano la natura inquisitoria e officiosa del procedimento evidenziando la necessità di una denuncia o richiesta per la sua introduzione, circostanza che sottenderebbe l'applicazione del principio della domanda.

In base a questo ragionamento, questi Autori ritengono applicabile in via analogica il disposto dell'art. 306 c.p.c., con dichiarazione di estinzione in caso di rinuncia da parte dei soci ricorrenti, qualora il P.M. non abbia fatto propria l'azione.

Il provvedimento della Corte d'Appello di Catania, qui esaminato, avvalsa la tesi appena illustrata.

In particolare, afferma che: "*Nel procedimento di controllo giudiziario previsto dall'art. 2409 c.c., la mancanza di un'espressa disposizione di legge, deve escludersi la*



procedibilità d'ufficio e deve ritenersi che l'interesse generale e pubblicistico alla regolarità dell'amministrazione delle società di capitali sia motivo che giustifica l'attribuzione anche al pubblico ministero della legittimazione a intervenire ed a promuovere il procedimento [...] ma non costituisca ragione di deroga eccezionale al principio generale secondo cui il giudice civile non può pronunciarsi in difetto di domanda della parte interessata ... In conformità alle regole ordinarie di natura generale, anche in questo particolare procedimento il tribunale può esercitare esclusivamente funzioni di giurisdizione e, in quanto è privo di un potere di impulso ufficioso, non può pertanto procedere quando il soggetto legittimo che l'abbia promosso abbia perso la sua necessaria legittimazione ovvero vi abbia fatto incondizionata rinuncia. La rinuncia al diritto estingue l'azione in quanto incide sull'esistenza del diritto fatto valere e preclude ogni ulteriore tutela giurisdizionale e la stessa prosecuzione del procedimento (Corte Appello Milano 25.11.1998)".

La Corte d'Appello di Catania ha ritenuto corretta la tesi seguita dalla Corte d'Appello di Milano, poiché essa troverebbe "conferma nella modifica legislativa del 2003 con la quale il provvedimento in esame si è orientato nella direzione di un più incisivo riconoscimento degli interessi privatistici sottesi al fenomeno economico dell'esercizio di impresa in forma associata e ciò in considera-

zione della modifica dell'oggetto del procedimento, reso più circoscritto, dalla restrizione dell'ambito applicativo e della limitazione della legittimazione del P.M. riservata alle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio. In particolare, in virtù dell'attuale disciplina, il pubblico ministero non può promuovere per società che non sono aperte al mercato, il procedimento di cui all'art. 2409 c.c."

Le argomentazioni espresse dalla Corte d'Appello di Catania sono state sostenute anche dalla dottrina maggioritaria.

Ed infatti, successivamente alla riforma del 2003, si è osservato che "le modifiche introdotte (...), con particolare riferimento alla esclusione della legittimazione del p.m. alla proposizione della denuncia e la esplicita previsione, contenuta nell'art. 2409 co. 3 c.c., della possibilità di sospendere il procedimento a seguito della spontanea sostituzione di amministratori e sindaci, costituiscono chiara manifestazione della già segnalata propensione alla privatizzazione del procedimento in esame e offrono ulteriori argomenti a favore della tesi della ammissibilità della rinuncia al ricorso" (sub. art. 2409 c.c. Commentario al codice civile, a cura di P. Cendon, Giuffré, p. 149).

Il punto, tuttavia, è ancora oggi controverso in dottrina, essendo diffusa la tesi per cui "si potrebbe ancora



oggi far leva sulla concorde opinione, secondo cui il ricorso con le sue istanze non limita il potere del tribunale, per dedurne che sostanzialmente esso rappresenta una condizione per l'intervento del giudice, il quale assume poteri di ufficio che non possono essere condizionati, o addirittura fermati, dal mutare della volontà del ricorrente. Se si condividesse questa impostazione, ne dovrebbe derivare la conseguenza della irrinunciabilità del predetto ricorso" (Marchetti, *Commentario alla riforma delle società*, sub art. 2409 c.c., p. 313).

La giurisprudenza maggioritaria, sia di merito che di legittimità, riconduce, invece, il ricorso di cui all'art. 2409, al modello della volontaria giurisdizione, con la conseguente ammissibilità della rinuncia da parte del socio denunciante: "L'art. 2409 c.c. ha demandato a una minoranza (qualificata) di soci e al p.m. il potere di impulso del procedimento, che è del tutto assimilabile al diritto di azione, tale tesi (pur contrastata da altra giurisprudenza, secondo cui nel procedimento di controllo giudiziario il collegio non sarebbe vincolato al principio della domanda; appare più adente al dettato normativo in quanto: a) anche i procedimenti in camera di consiglio è, di regola, necessaria l'iniziativa del soggetto interessato (posta dall'art. 737, secondo cui i provvedimenti da pronunciarsi in camera di consiglio "si chiedono con ricorso; b) detta regola corrisponde a quella analoga prevista per

i procedimenti contenziosi dell'art. 99 c.p.c. e dal successivo art. 112 c.p.c.; c) il procedimento ha il fine principale di salvaguardare l'interesse dei soci di minoranza e solo in via indiretta l'interesse pubblico ad un corretto funzionamento della società; e anche se la applicabilità dell'art. 112 c.p.c. al procedimento di cui all'art. 2409 c.c. ha dei correttivi, nel senso che spettano al giudice più ampi poteri di indagine e di valutazione, rispetto a quelli postulati dalle parti, ciò tuttavia non comporta che possa prescindere dal principio della necessità della domanda; d) è, inoltre, ammissibile la rinuncia al procedimento di cui all'art. 2409 c.c. da parte dei soci che l'hanno promosso" (App. Catanzaro, 14/05/2004, in *In iure praesentia* 2004, 2, 65).

Si può quindi ritenere che "la denuncia di cui all'art. 2409 c.c. è ammessa a tutela dell'interesse della società e dà vita ad un procedimento di amministrazione di interessi privati, definito di volontaria giurisdizione, il quale comporta un'attività oggettivamente amministrativa, connotata dalla modificabilità e revocabilità dei provvedimenti i quali, se pure incidenti sui diritti di terzi come gli amministratori, cui, dunque, è consentita la partecipazione al procedimento a tutela del loro interesse legittimo, non decidono in ordine ad alcun rapporto di diritto sostanziale fra i soci denunzianti ed i terzi, con la conseguenza che tali provvedimenti non sono ricorribili per cassazione,



tranne per la parte in cui rechino condanna alle spese, ancorché comportino la nomina di un ispettore o decidano questioni inerenti alla regolarità del procedimento” (Cass. civ. sez. I, 29/12/2011, n. 30052, in *Giust. civ. Mass.* 2011, 12, 1908; in senso conforme, Cass. civ. sez. I, 21/03/2007, n. 6804 e Cass. civ. sez. I, 17/05/2005, n. 10349).

A parere di chi scrive la posizione della Corte d’Appello di Catania è senz’altro condivisibile, salvo una precisazione che induce a ritenere in parte diverse le ragioni che possono condurre a ritenere rinunciabile il ricorso ex art. 2409 c.c.

La rinuncia agli atti del giudizio, quale figura generale (art. 306 c.p.c.), non comporta disposizione della situazione giuridica soggettiva sostanziale (così come sostiene invece il Tribunale di Milano con il precedente fatto proprio dalla Corte d’Appello di Catania), ma solo l’estinzione del procedimento, che potrà essere riproposto dal rinunciante.

Non sussiste dunque, dal punto di vista teorico, correlazione necessaria tra disponibilità dell’interesse sostanziale tutelato e disponibilità del procedimento: ad un interesse sostanziale indisponibile potrà corrispondere un procedimento disponibile o indisponibile e così pure ad un interesse sostanziale disponibile potrà corrispondere un procedimento disponibile od indisponibile.

Sul piano processuale appare corretto dedurre la rinunciabilità del ricorso ex art. 2409 c.c.: a) dall’esigenza dell’affidamento dell’iniziativa processuale (originaria) ad un soggetto diverso dal giudice; b) dall’esi-

genza del monopolio di parte nell’allegazione del fatto; c) l’esigenza del monopolio di parte nell’iniziativa probatoria; d) dall’esigenza della corrispondenza tra chiesto e pronunciato; e) dall’assenza di qualsiasi potere d’impulso d’ufficio attribuito in proposito dalla legge al tribunale.

Da ciò ne deriva che il procedimento non può avere natura inquisitoria e, conseguentemente, per effetto della rinuncia delle parti, non potrà che concludersi con una declaratoria di estinzione ovvero di non luogo a provvedere.

Il carattere dispositivo del ricorso ex art. 2409 c.c. comporta che la rinuncia formalizzata nella fase di reclamo determina non solo l’estinzione del procedimento di controllo giudiziario, ma il contestuale ripristino della situazione anteriore alla proposizione della denuncia “mediante la revoca dei provvedimenti precedentemente adottati dal Tribunale” (App. Salerno, 20/06/2001, in *Foro. It.* II, 2001, 3383. In senso conforme, App. Milano, 05/05/1975, in *Giur. comm.*, 1975, II, 765, secondo la quale “la rinuncia al ricorso, manifestata dal denunciante davanti alla Corte d’Appello a seguito del reclamo proposto dall’amministratore revocato dal tribunale, comporta la revoca dei provvedimenti emanati dal tribunale stesso, salvi i diritti dei terzi e il compenso all’amministratore giudiziario”).

Anche la Corte d’Appello di Catania ha assunto un’identica determinazione, che trova coerente conferma nella tesi dell’ammissibilità della rinuncia al ricorso poc’anzi illustrata.

()

Con autonomo reclamo, depositato il 28.7.2014, [REDACTED] già componenti del collegio sindacale della [REDACTED] impugnavano il medesimo provvedimento e con istanza depositata il 29.7.2014 chiedevano sospendersi la provvisoria esecutività dello stesso.

Fissata la comparizione delle parti, in ciascuno dei due procedimenti di reclamo si costituiva [REDACTED], quale procuratore generale di [REDACTED], che dichiarava di rinunciare al procedimento introdotto con istanza proposta ai sensi dell'art. 2409 cc. chiedeva dichiararsi estinto il procedimento e revocarsi i provvedimenti reclamati.

All'udienza i difensori dei reclamanti producevano accettazioni da parte di questi ultimi della rinuncia formulata dalla parte reclamata, [REDACTED], nella qualità, e aderivano alle richieste della stessa.

Si costituiva in [REDACTED] in persona degli amministratori giudiziari, che si rimetteva alle decisioni della Corte.

Disposta la riunione dei procedimenti, la Corte riservava di decidere sulla richiesta d'estinzione del procedimento e di revoca del provvedimento reclamato.

La questione sottoposta a questa Corte attiene all'ammissibilità della rinuncia da parte del socio promotore dell'istanza di cui all'art. 2409 cc, che, come modificato dall'art. 1 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, recita, al primo comma, «*Se vi è fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possano arrecare danno alla società o a una o più società controllate, i soci che rappresentano il decimo del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, il ventesimo del capitale sociale possono denunziare i fatti al tribunale con ricorso notificato anche alla società. Lo statuto può prevedere preventuali minori di partecipazione*» ed all'ultimo «*I provvedimenti*

Con autonomo reclamo, depositato il 28.7.2014, [REDACTED] già componenti del collegio sindacale della [REDACTED] impugnavano il medesimo provvedimento e con istanza depositata il 29.7.2014 chiedevano sospendersi la provvisoria esecutività dello stesso.

Fissata la comparizione delle parti, in ciascuno dei due procedimenti di reclamo si costituiva [REDACTED], quale procuratore generale di [REDACTED], che dichiarava di rinunciare al procedimento introdotto con istanza proposta ai sensi dell'art. 2409 cc. chiedeva dichiararsi estinto il procedimento e revocarsi i provvedimenti reclamati.

All'udienza i difensori dei reclamanti producevano accettazioni da parte di questi ultimi della rinuncia formulata dalla parte reclamata, [REDACTED], nella qualità, e aderivano alle richieste della stessa.

Si costituiva la [REDACTED] in persona degli amministratori giudiziari, che si rimetteva alle decisioni della Corte.

Disposta la riunione dei procedimenti, la Corte riservava di decidere sulla richiesta d'estinzione del procedimento e di revoca del provvedimento reclamato.

La questione sottoposta a questa Corte attiene all'ammissibilità della rinuncia da parte del socio promotore dell'istanza di cui all'art. 2409 cc, che, come modificato dall'art. 1 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, recita, al primo comma, «*Se vi è fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società o a una o più società controllate, i soci che rappresentano il decimo del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, il ventesimo del capitale sociale possono denunziare i fatti al tribunale con ricorso notificato anche alla società. Lo statuto può prevedere percentuali minori di partecipazione*» ed all'ultimo «*I provvedimenti*



previsti da questo articolo possono essere adottati anche su richiesta del collegio sindacale, del consiglio di sorveglianza o del comitato per il controllo sulla gestione, nonché, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, del pubblico ministero; in questi casi le spese per l'ispezione sono a carico della società >>.

Vu, altresì, stabilito, per l'ipotesi in cui si ritenga rinunciabile la detta istanza, se il procedimento ormai instaurato possa proseguire ovvero si estingua.

Sotto la vigenza della formulazione precedente del citato articolo - che prevedeva, diversamente da quella attuale, l'iniziativa del pubblico ministero senza limitazioni alle società aperte al mercato - la giurisprudenza e la dottrina prevalenti ritenevano che l'istanza in esame fosse rinunciabile e che, in mancanza di autonoma iniziativa del p.m. per il prosieguo dell'azione, il venir meno della domanda comportasse l'estinzione del procedimento e la revoca dei provvedimenti eventualmente assunti.

Vi erano comunque delle voci contrarie.

Come osservato in dottrina, la presenza attiva, in termini di legittimazione, del pubblico ministero, quale portatore di interessi pubblici e, più specificamente nella materia societaria, dell'interesse pubblico alla corretta amministrazione delle società per azioni, ha da sempre indotto a fornire interpretazioni della norma contrastanti tra loro.

Tra la molteplicità di indirizzi si riscontra quanto meno un dato di uniformità: la legittimazione in capo ad un soggetto, portatore di interessi apparentemente «esterni» alla compagine sociale e comunque più generali, non vale ad escludere la rilevanza «interna» della misura quale strumento, residuale e tipico, di tutela degli interessi della minoranza o delle minoranze all'interno delle società di capitali. Diversamente, si è osservato, si attiverrebbe a svalutare non solo il dato testuale (conferendo alla legittimazione dei soggetti portatori del decimo del capitale sociale una posizione per così dire marginale rispetto a quella del pubblico ministero, dimenticando tra l'altro l'organizzazione stessa della norma), svuotando di contenuto anche sostanziale quegli interessi, ma, in una certa misura, a ricomprendere nell'interesse pubblicistico alla corretta amministrazione delle

società di capitali lo stesso interesse di certi strati della compagine sociale (che non necessariamente e comunque si identificano con quelli della minoranza o delle minoranze), strati che ritrovano in altre parti dell'ordinamento precisa titolarità e dignità.

Il fondamento giuridico della norma dovrebbe riposare, secondo la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria, nell'esigenza di tutela dell'interesse «privatistico» della minoranza e dei creditori sociali che si combina, in varia misura ed a vario titolo a seconda delle correnti di pensiero, con l'interesse, più generale, e dagli indubbi contorni pubblicistici, alla corretta amministrazione delle società.

Proprio la natura privatistica dell'interesse tutelato rende, quindi, disponibile, secondo l'opinione prevalente, la sorte del ricorso proposto (Corte Appello Catanzaro, 14.5.2004; Corte Appello Salerno, 28.6.2001; Corte Appello Napoli, 18.2.1998; Trib. Udine, 30.3.1990; Corte Appello Catania, 12.12.1988).

Secondo l'opinione minoritaria, invece, la prevalenza dell'interesse di natura pubblica comporta l'indisponibilità e quindi l'irrinunciabilità dell'istanza in esame (Trib. Milano, 24.11.1988).

Questa Corte ritiene di dover aderire all'orientamento prevalente in base alla considerazione che «*Nei procedimenti di controllo giudiziario previsti dall'art. 2409 cc, in mancanza di un'espressa disposizione di legge, deve escludersi la procedibilità d'ufficio, e deve ritenersi che l'interesse generale e pubblicistico alla regolarità dell'amministrazione della società di capitali sia motivo che giustifica l'attribuzione anche al pubblico ministero della legittimazione a intervenire ed a promuovere il procedimento ... ma non costituisca ragione di deroga eccezionale al principio generale secondo cui il giudice civile non può pronunciarsi in difetto di domanda della parte interessata ... in conformità alle regole ordinarie di natura generale, anche in questo particolare procedimento il tribunale può esercitare esclusivamente funzioni di giurisdizione e, in quanto è privo di un potere di impulso ufficioso, non può pertanto procedere quanto il soggetto legittimato che l'abbia promosso abbia perso la sua necessaria legittimazione ovvero vi abbia fatto*

incondizionata rinuncia. La rinuncia al diritto estingue l'azione in quanto incide sull'esistenza del diritto fatto valere e preclude ogni ulteriore tutela giurisdizionale e la stessa prosecuzione del procedimento >> (Corte Appello Milano, 25.11.1998).

Alla luce delle superiori considerazioni, si ritiene di non poter emendare l'argomento posto a sostegno della irrinunciabilità del ricorso proposto dal socio, in base al quale l'interesse alla corretta amministrazione delle società è valutabile ex officio dal tribunale anche in difetto di iniziativa da parte del pubblico ministero.

La soluzione prescelta trova, peraltro, conferma nella modifica legislativa del 2003 con la quale il procedimento in esame si è orientato nella direzione di un più incisivo riconoscimento degli interessi privatistici sottesi al fenomeno economico dell'esercizio di impresa in forma associata; e, ciò, in considerazione della modifica dell'oggetto del procedimento, reso più circoscritto, della restrizione dell'ambito applicativo e della limitazione della legittimazione del P.M. riservata alle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio.

In particolare, in virtù dell'attuale disciplina, il pubblico ministero non può promuovere, per società come la Sili spa che non sono aperte al mercato, il procedimento di cui all'art. 2409 cc

A maggior ragione va, allora, condiviso l'orientamento di cui sopra.

Ne consegue che il ricorso de quo può essere rinunciato dalla parte istante e, in applicazione della disciplina dell'art. 306 cpc, stante l'intervenuta accettazione da parte dei reclamanti, il procedimento dallo stesso scaturito va dichiarato estinto e vanno revocati i provvedimenti assunti ed, in particolare, quello reclamato.

In ordine alle spese processuali nulla va disposto in quanto le parti hanno dichiarato che le stesse sono state tra le medesime regulate (fatto salvo, in ogni caso, il diritto al compenso degli amministratori giudiziari per l'attività svolta).

P.Q.M.

Dichiara estinto il procedimento e revoca il decreto del Tribunale di Catania. Sezione Specializzata
in materia di impresa, depositata in data 18.7.2014.

Nulla sulle spese.

Così deciso in Catania, il 22.8.2014, nella camera di consiglio della sezione ferite della Corte di
Appello.

IL PRESIDENTE
dot. Guido Russo

CORTE DI APPELLO DI CATANIA
DEPOSITARIO ES CANCELLERIA
Catania, 22/08/2014



Il Cancelliere
Bartolotta

E.I.

Pmi, la corsa a ostacoli verso i fondi comunitari

Il pieno utilizzo delle risorse europee darebbe ossigeno al tessuto imprenditoriale italiano. Ma carenze amministrative delle aziende, scarsa informazione sui bandi e la ritrosia delle banche a concedere prestiti hanno finora soffocato la ripresa

LUIGI DELL'OLIO

Le piccole e medie imprese generano all'incirca la metà del Pil europeo e nell'ultimo decennio hanno creato l'80% di tutti i nuovi posti di lavoro nel Vecchio Continente, eppure continuano a soffrire nell'accesso ai finanziamenti. Un limite che non riguarda solo il tradizionale canale bancario, ma anche le somme messe a disposizione dai soggetti pubblici. Questo nonostante i numerosi bandi, soprattutto su iniziativa delle attività comunitarie. Una delle priorità fondamentali individuate da Europa 2020, la strategia di crescita dell'Ue per il medio periodo, consiste proprio nel facilitare l'accesso delle Pmi ai finanziamenti. Così sono stati messi a punto servizi ad hoc che vanno dalla consulenza al tutoraggio per rendere più facile la vita a realtà imprenditoriali che spesso non possono contare su budget e professionalità interne capaci di intercettare le opportunità offerte dai bandi.

Secondo **Francesco Stocco**, avvocato dello studio **Lambertini & Associati**, le ragioni delle difficoltà di accesso ai fondi europei da parte delle aziende italiane sono da rinvenirsi soprattutto in ragioni culturali: «Vi è una scarsa propensione del piccolo/medio imprenditore e del consulente a imbarcarsi verso territori non del tutto esplorati». Anche se l'esperto vede possibile un cambio di rotta: «Come ogni fenomeno del genere, è immaginabile un suo superamento in un prossimo futuro», sottolinea.

Per **Irene Picciano**, socio dello studio **De Berti Jacchia Franchini Forlani**, la carenza dei bandi nel nostro Paese è tra le cause degli scarsi risultati in termini di utilizzo dei fondi strutturali. «Il problema del basso utilizzo di queste risorse è dunque duplice: per un verso carenze amministrative e gestionali (di programmazione e bandi per gestire gli stanziamenti ma anche legati alla complessa rendicontazione) e per l'altro scarsa

informazione e divulgazione». Secondo **Picciano**: «Occorrerebbe una diffusione più capillare su base territoriale delle opportunità offerte dal nuovo ciclo di programmazione, attraverso un'azione concertata tra amministrazioni, enti e realtà produttive coinvolte con l'obiettivo di assicurare una maggiore partecipazione degli operatori potenzialmente interessati ad accedere ed usufruire dei finanziamenti». Il tutto considerando le differenti caratteristiche tra le diverse aree della Penisola.

Così l'utilizzo dei fondi strutturali per l'attuazione della Strategia di Lisbona resta su livelli contenuti. «Per dare alcune idee sui numeri, al dicembre 2012 la spesa certificata era ferma al 37% e, solo grazie a un'intensa attività svolta nel corso del 2013, tutti i 52 programmi operativi dei fondi strutturali hanno superato i target di spesa evitando la perdita di risorse legata alla scadenza del 31 dicembre 2013», aggiunge **Picciano**. In totale la spesa ha raggiunto il 52,7% delle risorse programmate, a fronte di un obiettivo minimo di spesa per il 2013 pari al 48,5%.

Credito ai piccoli

Il cambio di rotta nelle strategie della Bce annunciato a inizio giugno da **Mario Draghi** promette di sbloccare l'accesso al credito per le piccole e medie imprese. Secondo gli analisti, i benefici non verranno tanto dall'ulteriore taglio dei tassi ufficiali (0,15% oggi, ma già il precedente 0,50% costituiva il minimo storico eppure le banche non giravano il denaro all'economia reale, per il timore delle insolvenze), quanto dal fatto che d'ora innanzi i finanziamenti agevolati alle banche dell'Eurozona saranno legati a un aumento delle erogazioni, da parte di queste ultime, a beneficio di famiglie e piccole-medie imprese. Già a partire da settembre, gli istituti di credito italiani potranno acce-



FBV

espansione

Edizione del: 01/07/14
Estratto da pag.: 68
Foglio: 2/3

Sezione: EVIDENZE

dere a somme fino a 60 miliardi complessivi per rispondere alle richieste dell'economia reale. Per poter dare alle aziende di credito italiane maggiore accesso a questa opportunità, dato che tutti i prestiti erogati dalla Bce sono concessi a fronte di un collaterale presentato dagli istituti, la Banca d'Italia ha introdotto nuove garanzie per le banche. In sostanza, Via Nazionale si assume i rischi della nuova procedura che permette alle banche della Penisola di conferire in garanzia alla Bce dei portafogli di prestiti bancari. Questo dovrebbe consentire di raddoppiare l'effetto garantito dalla misura introdotta dalla Banca centrale europea.

Le decisioni della Bce, che ha disposto un interesse negativo per il deposito dei fondi presso la banca centrale, e la forte politica di rifinanziamento delle banche mediante collateralizzazione di posizioni verso le Pmi, vengono viste da Stocco come misure in grado di cambiare lo scenario di fondo. In realtà l'Italia si era già mossa da tempo in questa direzione: «La nuova disciplina dei

mini bond e delle cambiali finanziarie, da un lato, e l'estensione della legge sulla cartolarizzazione ai titoli Abs avente come sottostante, appunto, minibond e cambiali finanziarie, dall'altro lato, mirano a cambiare le cose», sottolinea l'avvocato.

Il nodo dei costi

Stocco sottolinea, poi, la persistenza di un altro ostacolo, costituito dagli elevati costi di intermediazione necessari per strutturare un'operazione di finanziamento attraverso l'utilizzo dei fondi comunitari. Un esempio chiarisce meglio il punto. «Si prendano in considerazione i fondi per la microfinanza dell'European Investment Fund: questi sono erogati a vantaggio di un primo intermedia-

rio nazionale (con funzione di global arranger) che procede all'erogazione a vari intermediari di secondo livello (sub intermediary) che a loro volta erogano il finanziamento al cliente finale», spiega. «Ogni passaggio della fi-

liera ha un costo pari a un tasso di circa il 250 bppa (basis Point per annum, ossia lo spread di credito sopra i tassi di mercato, ndr), così da determinare un costo complessivo su una media del 700/800 bppa non competitivo rispetto al tradizionale finanziamento bancario». Vanno poi considerati i covenant (clausole richieste dalle banche alle imprese finanziarie, pena il ritiro del credito) e gli impegni informativi che, a cascata, sono previsti a carico dell'intermediario e del cliente finale, che rendono l'operazione di finanziamento alquanto articolata sotto il profilo della sua gestione. «Bisognerà puntare a una riduzione della filiera di intermediazione e a una semplificazione degli oneri accessori e informativi relativi all'utilizzo dei fondi», sottolinea Stocco. «In questo senso il passaggio di disintermediazione attuato dall'Italia può rappresentare un valido punto di partenza per un nuovo percorso». >>

Nel 2013, speso il 52,7%
delle risorse programmate

Con pochi bandi i fondi
si disperdono



Peso: 68-88%, 69-44%, 70-86%

028-311-888

Telpress

Servizi di Media Monitoring

Il presente documento è ad uso esclusivo del committente

Sezione: EVIDENZE

UN TAGLIO PER AVERE PIÙ SOLDI

L'ulteriore riduzione dei tassi della Bce (0,15%), decretata da Mario Draghi a inizio giugno vuole sbloccare la liquidità per le piccole e medie imprese



UNA FILIERA LUNGA
 «Troppi intermediari rendono poco competitivi i finanziamenti comunitari», argomenta l'avvocato Francesco Stocco



PRIMO PASSO: INFORMARE
 «Far conoscere al tessuto produttivo i bandi è il primo passo per lanciare questo strumento», dice Irene Picciano dello studio De Berto Jacchia Franchini Forlani



Peso: 66-88%,69-44%,70-86%

Il presente documento è ad uso esclusivo del committente.

039-116-080

106

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti

parte prima

Sommario: (1.) l'Origine del nuovo istituto. Il difficile avvio e le tappe successive. 1.1.) La versione originaria. 1.2.) L'evoluzione della normativa. (2) La descrizione della fattispecie e la natura giuridica. 2.1.) La classificazione dell'istituto. 2.1.1.) Variante del concordato preventivo? 2.1.2.) Procedura concorsuale? 2.1.3.) Accordi, concordato preventivo, piano attestato. (3) La componente negoziale. 3.1.) I possibili contenuti e la classificazione. 3.2.) La forma e la causa. 3.3.) Gli elementi accidentali e la patologia. (4) I presupposti. 4.1.) Il presupposto soggettivo. 4.2.) Il presupposto oggettivo. (5) Le condizioni. 5.1.) la percentuale di adesioni. 5.2.) Il trattamento dei creditori estranei. (6) Il procedimento. 6.1.) La pubblicazione dell'accordo. 6.1.1.) Gli effetti per i creditori. 6.1.2.) Gli effetti per il debitore: a) Finanziamenti interinali; b) Pagamenti anticipati; c) Sospensione delle regole sulla conservazione del capitale. 6.2.) Il giudizio di omologa. La domanda. 6.2.1.) Il piano e la relazione dell'attestatore. 6.2.2.) I requisiti, professionali e di indipendenza dell'attestatore. Il compenso e le responsabilità 6.2.3.) Le interferenze tra il giudizio di omologa e il fallimento. 6.2.4.) La competenza e il rito. 6.2.5.) Le opposizioni e gli interventi. 6.2.6.) la fase decisoria, il decreto e il reclamo. 6.3.) Gli effetti del decreto di omologa. 6.3.1.) L'esenzione dall'azione revocatoria. 6.3.2.) L'esenzione da responsabilità penale. 6.3.3.) La pre – deducibilità dei crediti dei finanziatori. I finanziamenti c.d. funzionali (o “ponte”). 6.3.4.) Gli effetti fiscali; a) Le sopravvenienze attive e la riduzione di crediti per perdite. Le rateazioni; b) La tassazione del decreto di omologa. 6.4.) Gli effetti della mancata omologa della domanda. (7) L'anticipazione della tutela interdittiva. 7.1) I presupposti della inibitoria. L'istanza e il procedimento. 7.2) La natura giuridica del c.d. pre – accordo. 7.3) Il decreto di accoglimento e il prosieguo. (8) La transazione fiscale (e previdenziale). 8.1.) I soggetti. Gli oggetti e le limitazioni. 8.2.) La formazione del negozio. Gli effetti. (9) La fase esecutiva. 9.1.) Gli inadempimenti. 9.2) L'esecuzione “disallineata”.

1. L'origine del nuovo istituto. Il difficile avvio e le tappe successive

L'atto di nascita degli accordi, com'è noto, è nel decreto – legge 15 marzo 2005, n. 35, conv. l. 14 maggio 2005, n. 80 che inaugurò la stagione della riforma della legge fallimentare realizzata nel triennio 2005/2007¹ nel cui contesto il nuovo istituto va inquadrato.

Tale progetto riformatore si basò su numerosi obiettivi intermedi indirizzati al risultato finale del superamento delle rilevanti criticità della legge fallimentare sintetizzate nella constatazione, generalmente condivisa, della inadeguatezza della disciplina allora vigente (anche con riguardo alla necessità di tutela delle esigenze di risanamento delle imprese) quale causa di fattori di penalizzazione delle imprese, del mercato e del risparmio.

Intese perseguire l'ammodernamento del sistema normativo anche nella prospettiva di adeguamento ai nuovi precetti costituzionali in tema di giusto processo inseriti nell' art. 111 Cost., la rimozione della eccessiva rigidità degli istituti destinati alla soluzione concordata delle crisi, il contenimento della durata delle procedure e il miglioramento delle loro potenzialità di soddisfazione delle ragioni dei creditori e di conservazione dell'impresa.

1. Seguirono il d. lgs 9 gennaio 2006, n. 5 e il d. lgs. 12 settembre 2007 n. 169 (c.d. “correttivo”).

Tra gli istituti concorsuali oggetto della riforma quello introdotto con l'art. 182 bis l. fall. registra un probabile primato di attenzioni “manutentive” da parte del legislatore: nel breve volgere di alcuni anni, e con impennate nel 2010 e nel 2012, ha beneficiato di consistenti integrazioni e rilevanti modifiche della disciplina oltre che di semplici ritocchi.

E' nutrita la elencazione dei successivi provvedimenti legislativi che concorrono a delineare l'attuale disciplina degli accordi: il citato d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169 (art. 16, 4° co.); il d. l. 31 maggio 2010, n. 78 conv. l. 30 luglio 2010, n.122 (art. 48); il d. l. 6 luglio 2011, n. 98 conv. l. 15 luglio 2011, n. 111 (art. 23, 43° co.); il d. l. 22 giugno 2012, n. 83 conv. l. 7 agosto 2012, n. 83 (art. 33).

In tale prospettiva, si scelse di avviare un percorso di ispirazione privatistica opposto a quello originario, rivelatosi nel tempo insufficiente ed inadeguato, ridimensionando gli aspetti pubblicistici delle procedure e potenziando i ruoli, i poteri e le facoltà dei soggetti privati coinvolti nelle procedure stesse.

Il nuovo *trend* risultò connotato, per un verso, dalla riduzione degli ambiti dei poteri c.d. amministrativi degli organi giurisdizionali e degli stessi oggetti dei loro poteri cognitori nelle soluzioni negoziali delle crisi, per altro verso, dall'aspettativa di importanti contributi attesi come frutto dell'opera degli altri organi (e delle stesse parti private) muniti di funzioni e poteri accresciuti in misura corrispondente alla riduzione degli ambiti delle attribuzioni dei giudici.²

L'assetto comportò un fiducioso quanto imponente investimento negli istituti destinati alle soluzioni negoziali delle crisi delle imprese, la cui disciplina costituì parte rilevante delle innovazioni, ispirate ad un accentuato *favor* concordatario: vennero profondamente modificate le discipline dei concordati (fallimentare e preventivo) e venne ampliata la platea degli istituti concorsuali mettendo a disposizione degli operatori le nuove figure degli accordi di ristrutturazione (art. 182 *bis* l. fall.) e del piano attestato di risanamento (art. 67, 3° co. lett. d), quali strumenti di chiara impronta privatistica situati in prospettiva di crescente de - giurisdizionalizzazione del settore.

1.1. La versione originaria

Con l'introduzione nell'ordinamento degli accordi il legislatore intese valorizzare gli aspetti positivi della esperienza dei concordati stragiudiziali³ e conte-

2. Con riguardo alla nuova disciplina del fallimento possono essere qui ricordate alcune innovazioni espressive della piena applicazione dei principi di terzietà ed imparzialità del giudice: è soppressa l'iniziativa officiosa per la dichiarazione di fallimento già prevista nell'art. 6 ed in altre disposizioni connesse della legge fallimentare; il gravame contro la sentenza dichiarativa di fallimento va proposto avanti alla Corte d'Appello; il giudice delegato di cui viene reclamato un provvedimento non può far parte del collegio che esamina il gravame; il giudice delegato che autorizza il curatore a stare in giudizio non può trattare la causa autorizzata; il giudice delegato che ha formato lo stato passivo non può far parte del collegio avanti al quale vengono proposte le impugnazioni; al giudice delegato non compete più il potere di adottare le misure cautelari già previste dall'art. 146 l. fall.

3. La vasta diffusione del ricorso ai concordati stragiudiziali, in particolare nell'ultimo decennio del secolo scorso, fu agevolata, com'è noto, dalla constatazione della vocazione liquidatoria del fallimento, dalla rigidità delle procedure minori

stualmente neutralizzarne le gravi contro indicazioni⁴, sulla scorta delle concordi indicazioni propositive già da tempo formulate dalla dottrina e dagli operatori in vista della individuazione di un percorso idoneo a coniugare le caratteristiche positive delle procedure stragiudiziali con le garanzie di equilibrata tutela di tutti gli interessi in gioco fornite dagli strumenti propri delle soluzioni giudiziali.⁵

La disciplina della prima ora conteneva la struttura essenziale dell'istituto: a) possibilità offerta al debitore di perseguire la ristrutturazione (nel senso di modificazione qualitativa e/o quantitativa) della propria posizione debitoria mediante la stipula di convenzioni con i creditori prima dell'instaurazione di un procedimento giudiziario e senza dover rispettare il principio della *par condicio creditorum*; b) imposizione degli oneri di raccogliere consensi da creditori rappresentanti almeno il 60% del passivo e di provvedere alla pubblicazione nel registro delle imprese; c) previsione di regolare pagamento dei creditori estranei; d) predisposizione, a garanzia di creditori e terzi, di un procedimento di omologa avanti al tribunale, da avviare con ricorso del debitore corredato, oltre che dalla documentazione aziendale, dalla relazione di un esperto attestante la attuabilità dell'accordo con particolare riferimento alla idoneità ad assicurare il prescritto trattamento dei creditori estranei. Ai creditori era attribuito il vantaggio della esenzione dalla revocatoria di atti, pagamenti e garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo omologato.

Ma l'affrettato intervento legislativo risultò deludente rispetto alle attese suscitate dallo *standard* delle

(insufficienti nonostante il c.d. uso alternativo fattone) e dalla inadeguatezza di tutte le procedure nella gestione delle crisi dei gruppi di imprese. Le soluzioni stragiudiziali, poi, presentavano indubbi vantaggi tra i quali la riservatezza, la rapidità ma soprattutto la flessibilità e la varietà degli strumenti utilizzabili nelle diverse situazioni.

4. La necessità di ottenere i consensi di tutti i creditori e l'assenza di misure protettive esponevano al rischio che durante le trattative venissero assunte iniziative volte a provocare la dichiarazione di fallimento o ad aggredire il patrimonio del debitore con misure esecutive o cautelari. La prospettiva della dichiarazione di fallimento in caso di insuccesso del tentativo evidenziava i rischi dell'esperimento di azioni revocatorie, della incriminazione per i reati di bancarotta (in particolare, preferenziale) e per abusiva concessione di credito (con l'aggiunta delle conseguenti responsabilità civili), della perdita dei crediti dei soggetti apportatori di nuova finanza in quanto non assistiti da alcuna forma di pre - deduzione.

5. A. Jorio, *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa tra <privatizzazione> e tutela giudiziaria*, in *Fall.* 2005, 1453 ss.

proposte per l'incertezza degli stessi presupposti oggettivo e soggettivo, per la equivocità, tra l'altro, della locuzione "regolare pagamento" riferita ai creditori estranei e per la insufficienza delle previsioni relative all'esperto ed al contenuto della sua relazione (oltre che per imprecisioni lessicali⁶) ma, soprattutto, per l'inadeguatezza della lacunosa disciplina a perseguire il soddisfacimento delle stesse esigenze in vista delle quali era stata auspicata l'introduzione del nuovo istituto, dato che l'unica "provvidenza" concessa fu la esenzione dall'azione revocatoria di cui all'art. 67, 3° co. lett. e), risultando così ignorati gli aspetti relativi alle esigenze di protezione del patrimonio del debitore e di incentivazione dell'apporto di nuova finanza nonché ai rischi delle responsabilità per reati fallimentari in caso di successiva dichiarazione di fallimento. Per tali ragioni il ricorso agli accordi fu particolarmente esiguo.⁷

1.2. L'evoluzione della normativa

Venne, quindi, diffusamente percepita la necessità di

6. In particolare, nella versione originaria il soggetto legittimato è indicato come "il debitore" e si fa riferimento al deposito di una "dichiarazione". Sono noti i commenti a suo tempo suscitati ed i successivi ritocchi operati. Ma tali imprecisioni meritano di essere ricordate perchè rimandano alla fonte alla quale i frettolosi redattori del nuovo articolo si ispirarono. Si tratta del testo dello schema di d.d.l. di riforma delle procedure concorsuali elaborato dalla commissione ministeriale istituita con d. m. 27 febbraio 2004 (cd commissione Trevisanato) ed in particolare dell'art. 30 (Procedura semplificata di omologazione del piano). La norma disciplinava una particolare variante della procedura di composizione concordata della crisi (artt. 13 ss.) caratterizzata dalla accettazione del piano proposto dal ricorrente da parte di creditori qualificati portatori della maggioranza (di somma) dei crediti e dal soddisfacimento integrale dei creditori non aderenti, circostanza oggetto di valutazione prognostica in sede di omologazione sulla scorta di una relazione sottoscritta da esperto della materia e di eventuale parere di altro esperto nominato dal Tribunale. In tale articolo l'indicazione del ricorrente come debitore non poneva alcun problema esegetico alla luce della indicazione dei soggetti legittimati all'accesso ricavabile dalla definizione di cui all'art. 2 e dalla previsione di cui all'art. 14. Il termine "dichiarazione" che figurava nel citato art. 30 richiamava il documento contenente la descrizione dello stato di crisi dell'impresa con la indicazione delle cause da depositarsi unitamente al ricorso per ammissione alla procedura, ma non aveva alcun senso nella nuova norma.

7. G. Faucegna, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge n. 80/2005 in Fall.* 2005, 1445 ss.; S. Ambrosini, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi* Bologna, 2012, 32 ss.

aumentare la competitività dell'istituto rispetto alle altre forme di composizione concordata delle crisi d'impresa per assicurargli l'occupazione dello spazio di operatività per il quale erano state pensate le sue caratteristiche individualizzanti. Il percorso attuativo è stato quello di colmare evidenti lacune, recepire le indicazioni della dottrina e della giurisprudenza nella prospettiva della più efficace soluzione di problematiche incontrate nella sperimentazione dell'istituto, dotarlo delle nuove potenzialità ideate anche per il concordato preventivo.

Nel succedersi delle tappe di tale cammino l'arricchimento della disciplina è stato contrassegnato dall'insierimento di caratteri fortemente incidenti sulla fisionomia stessa dell'istituto in costante progressione verso un approdo di segno diverso da quello di partenza e che va oltre il semplice perseguimento degli obiettivi a suo tempo proposti al legislatore della riforma dalla dottrina e dagli operatori.

Il primo intervento, effettuato con il citato d. lgs. n. 160/2007, si segnala soprattutto per l'innovazione relativa all'esordio dell'*automatic stay*, oltre che per la indicazione dei presupposti oggettivo (stato di crisi dell'impresa) e soggettivo (imprenditore commerciale), per la qualificazione dell'esperto autore della relazione, per l'estensione agli accordi della possibilità di accesso alla transazione fiscale e per ritocchi di minore importanza.

Di impatto notevolmente maggiore furono le novità recate dal d. l. n. 78/2010 e dalla legge di conversione (n. 122/2010) citati con le quali venne portato avanti il programma di risposta alle esigenze iniziali non ancora soddisfatte, attraverso il consistente incremento delle misure protettive del patrimonio del debitore realizzato con l'introduzione del c. d. pre - accordo, l'attribuzione del trattamento di pre - deduzione ai finanziamenti funzionali ed a quelli esecutivi (entro gli originari limiti soggettivi riguardanti i finanziatori) e, per il caso di successiva dichiarazione di fallimento, l'esenzione dai reati di bancarotta in relazione a pagamenti ed operazioni compiute in esecuzione dell'accordo omologato.⁸

Ma è con il d. l. n. 83/2012 e la legge di conversione (n. 134/2012) che gli accordi raggiungono il più alto livello di funzionalità grazie ad innovazioni, caratte-

8. L'impegno del legislatore ha dato buoni frutti nella fase iniziata con le innovazioni introdotte dal c.d. decreto correttivo, nel corso della quale si è registrato un rilevante aumento del ricorso agli accordi da parte di gruppi di imprese di dimensioni medio - grandi.

rizzate dalla accentuazione del *favor* concordatario ed il più delle volte parallele a quelle contestualmente dettate per il concordato preventivo, sulla disciplina dei profili di maggior rilievo⁹ come, per accennare qui solo ai più significativi, i finanziamenti interinali, i pagamenti anticipati, la sospensione delle regole codicistiche in tema di conservazione del capitale sociale, la (breve) moratoria imposta ai creditori estranei, i profili fiscali, la possibilità di passare dalla domanda di concordato con riserva agli accordi e dal pre – accordo al concordato, con salvezza degli effetti maturati.

Altre innovazioni, come si vedrà meglio nel prosieguo della trattazione, riguardano la precisazione che il pagamento dei creditori estranei dev'essere integrale (non più semplicemente, regolare), l'ampliamento dell'oggetto della relazione dell'esperto qualificato che deve anche attestare la veridicità dei dati aziendali. Reffuiscono sulla disciplina degli accordi le disposizioni relative alla garanzia di indipendenza dell'attestatore e l'esplicitazione dell'onere di redigere e depositare un piano destinato a contenere l'indicazione di mezzi, tempi e modi di realizzo della programmata regolazione della crisi. Quanto ai profili fiscali, si rileva che la integrazione dei testi delle disposizioni tributarie che disciplinano la materia delle sopravvenienze attive da riduzione dei debiti (a vantaggio del debitore, art. 88, 4° co. d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917) e delle perdite sui crediti (a beneficio dei creditori, art. 101, 5° co. stesso d.p.r.) avvicina il regime degli accordi a quello del concordato.

Dal complesso di tali disposizioni emerge la disciplina attualmente vigente dell'istituto, che verrà di seguito approfondita con la analitica trattazione dei profili essenziali.

9. Peraltro, per una sorta di eterogenesi dei fini, a causa del concomitante potenziamento della funzionalità del concordato, gli accordi, proprio quando hanno raggiunto la sommità della curva che ne esprime la virtuosa evoluzione, rischiano di “essere fagocitati da un concordato preventivo onnivoro che nella sua sempre più dilagante flessibilità può aspirare a sovrapporsi anche a quelle situazioni di crisi per le quali apparirebbe più adatto l'accordo di ristrutturazione” (M. Fabiani, *Nuovi incentivi per la regolazione concordata della crisi d'impresa* in *Corr. giur.* 2012, 1268). Tale condivisibile conclusione, basata, in buona parte, sulle potenzialità della domanda di concordato con riserva, può forse essere ora ridimensionata a seguito delle modifiche notevolmente restrittive apportate al testo dell'art. 161 l. fall. dall'art. 82 d. l. 21 giugno 2013, n. 69 conv. L. 9 agosto 2013, n. 98.

2. La descrizione della fattispecie e la natura giuridica

In prima approssimazione si può richiamare quanto più sopra osservato con riguardo al nucleo essenziale dell'istituto quale emerge sin dalla configurazione originaria.

Risulta, già, evidente (e si consoliderà in virtù delle innovazioni via via introdotte) la natura bi – fasica¹⁰ degli accordi: sulla base negoziale si innesta la fase procedimentale, in un contesto di preponderanza genetica e strutturale della prima e di co – essenzialità del procedimento di omologa.

Del pari agevole è la individuazione della causa che coincide con la funzione di regolazione della crisi dell'impresa a mezzo della ristrutturazione, e cioè della modificazione qualitativa e/o quantitativa, della situazione debitoria. Il risanamento dell'impresa, funzione co – essenziale del piano attestato, negli accordi è soltanto eventuale.

2.1. La classificazione dell'istituto

Prima della disamina dei vari profili delle componenti testé indicate viene comunemente affrontata la questione della natura giuridica dell'istituto e della sua collocazione nel panorama del diritto concorsuale.

Si pone il quesito se gli accordi siano un sotto – tipo del concordato preventivo e, in caso di soluzione negativa, se possano essere qualificati come procedura o semplice istituto concorsuale.

2.1.1. Variante del concordato preventivo?

L'esame della versione originaria dell'art. 182 *bis* dette vita a due opposte correnti di pensiero: una che vedeva (e vede) nel nuovo istituto una variante del concordato preventivo¹¹ ed una decisamente orientata

10. Nel testo originario la configurazione bi – fasica è nettamente sbilanciata in favore della componente negoziale e l'omologa si presta ad essere considerata come semplice *condicio juris* della produzione dell'effetto di esenzione dall'azione revocatoria di cui all'art. 67, 3° co. lett. e) l. fall.

La dottrina sottolinea a più riprese la “complessità duale” dell'istituto ed un autore (M. Fabiani, *L'ennesima riforma della legge fallimentare. L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordatarie* in *Fall.* 2010, 895) giungerà, in tempo successivo, a considerarla “innaturale” in conseguenza delle innovazioni introdotte dal citato d. l. n. 78/2010.

11. A. Pezzano *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis legge fallimentare: una occasione da non perdere*, in *Dir. Fall.* 2006, II, 683; A. Castiello D'Antonio, *Riflessi disciplina-*



a qualificare gli accordi come fattispecie negoziale di stampo squisitamente privatistico, ed estranea al perimetro delle procedure concorsuali, in considerazione dell'assoluta preminenza della componente contrattuale sul segmento procedimentale.¹²

E' nettamente prevalsa la opinione favorevole alla autonomia degli accordi, unanimemente recepita dalla giurisprudenza di merito (che affrontò il problema, in particolare, nella prospettiva di scrutinare la pretesa pre deducibilità, a sensi dell'art. 111, 2° co. l. fall., di crediti sorti in funzione dell'accesso all'istituto)¹³ e sostenuta, oltre che dai fautori della natura prettamente negoziale dell'istituto, anche da assertori della sua inclusione tra le procedure concorsuali.¹⁴

La ricostruzione maggioritaria, da un lato, svaluta gli argomenti basati sulla collocazione topografica della norma¹⁵ e su dati lessicali, di per sè non significativi

ri degli accordi di ristrutturazione e dei piani attestati, in *Dir. Fall.*, 2008, I, 607. Di recente anche: P. Valensise, *Sub art. 182 bis*, in A. Nigro, M. Sandulli, V. Santoro (a cura di), *La legge fallimentare dopo le riforme*, III, Torino, 2010.

A conforto della prima ricostruzione vennero valorizzati gli elementi ricavabili dalla collocazione della nuova norma nel contesto della disciplina del concordato, dai riferimenti a norme dettate per questa procedura, dalla rubrica del titolo III della legge fallimentare (che accomuna i due istituti), oltre che da un passaggio della relazione ministeriale di accompagnamento del d.l. n. 35/2005 (nel quale, per la verità, è riscontrabile una certa confusione di concetti quando si indica il concordato come comprensivo di eventuali accordi stragiudiziali in funzione della ristrutturazione dell'impresa). In maniera più puntuale i sostenitori della tesi si sono successivamente giovati delle numerose disposizioni via via introdotte per completare la disciplina degli accordi avvicinandola a quella del concordato a partire da quelle portate dal d. lgs. n. 169/2007

12. G. Fauceglia, *Gli accordi di ristrutturazione cit.*

13. Non risultano pronunce di legittimità. I precedenti di merito editi sono consultabili in L. Mandrioli, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall.* in *Fall.* 2010, 610.

14. C. Trentini *Gli accordi cit.*, 63 ss anche per le complete indicazioni bibliografiche, cui aggiungere i contributi più recenti: G. Terranova, *I nuovi accordi di ristrutturazione: il problema della sottocapitalizzazione dell'impresa* in *Dir. Fall.* 2012, I, 4; G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2011, 750; M. Fabiani, *Fase esecutiva degli accordi di ristrutturazione e varianti dl piano e dell'accordo*, *Fall.* 2013, 769 – 770; G. Buccarella, *I "nuovi" accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit. 43 ss.; M. Vitiello, *Le soluzioni concordate delle crisi di impresa*, Milano, 2013, 66.

15. M. Fabiani, *Diritto fallimentare cit.*, 685 e *Fase esecutiva degli accordi cit.* 770).

Peraltro, non è superfluo osservare che il rispetto di un elementare criterio di ordinata redazione del testo di legge avrebbe dovuto suggerire, in ogni caso, l'inserimento delle

anche perchè si prestano ad opposte letture: si osserva in proposito che il legislatore mostra esplicitamente di ritenere istituti distinti il concordato e gli accordi, come accade nel testo dell'art. 67, 3° co. lett. e) l. fall. e nella rubrica del capo V del titolo III e, quel che più conta, nelle nuove disposizioni che, sotto altro profilo, avvicinano le discipline dei due istituti; si soggiunge che se fosse fondata la tesi criticata non si spiegherebbe l'esplicito richiamo nella regolamentazione degli accordi di determinate disposizioni (artt. 161, 168, 2° co. e 183 l. fall.) dettate per il concordato.¹⁶ Dall'altro, supera le argomentazioni di carattere sostanziale tratte dalle indiscutibili affinità funzionali esistenti tra i due istituti e dalla parziale comunanza delle discipline (frutto per la maggior parte, come si è accennato, delle innovazioni succedutesi a partire dal 2007) in virtù della prevalenza attribuita agli aspetti differenziali.

Vengono poste in luce le diversità strutturali dei due istituti, osservando (con argomentazioni utilizzate, in gran parte, anche per sostenere la a – concorsualità degli accordi): non v'è una fase di ammissione, non vi sono organi deputati alla gestione del procedimento, non è prevista assemblea dei creditori destinata alla discussione ed alla approvazione di una proposta (la formazione dell'accordo precede l'intervento del tribunale), l'imprenditore non subisce la forma di sposessamento attenuato prevista nel concordato e, circostanza posta in particolare evidenza come principale tratto differenziale, non vi ha diritto di cittadinanza la c.d. regola maggioritaria, dato che la volontà di coloro che concludono i singoli accordi (il 60% delle adesioni non equivale alla maggioranza richiesta per l'approvazione della proposta concordataria ma è la misura minima perchè la fattispecie negoziale possa essere sottoposta ad omologa) non vincola gli altri creditori, dissenzienti o semplicemente estranei, i quali, anzi, beneficiano di trattamento ispirato al principio opposto, pur subendo la dilazione del pagamento disposta con la più recente modifica dell'art. 182 bis (oltre al provvisorio, divieto di azioni esecutive, cautelari e cautelative).¹⁷ E, quanto ad ulteriori aspetti delle ri-

norme destinate agli accordi dopo l'ultima disposizione relativa al concordato (l'art. 186).

16. G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2011, 750 ss. G.B. Nardecchia, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il procedimento per dichiarazione di fallimento* in *Fall.* 2008, 704. C. Trentini, *Gli accordi di ristrutturazione cit.*, 64 ss. anche per ulteriori richiami bibliografici.

17. M. Fabiani, *Diritto fallimentare cit.*, 685; G. Scarselli, in E.

spettive discipline, si aggiunge che negli accordi non va rispettato il principio della *par condicio creditorum*, non compaiono le norme sul regime fallimentare degli interessi (artt. 55 l. fall.) e le altre richiamate dall'art. 169 l. fall. nè quelle relative alla fase di esecuzione del concordato (art. 185 l. fall.) ed alle azioni di risoluzione e di annullamento (art. 186 l. fall.).¹⁸

L'affermazione della autonomia degli accordi dal concordato preventivo non è stata di ostacolo allo sviluppo di un dibattito intorno alla possibilità di estensione di alcune disposizioni sul concordato agli accordi al fine di disciplinarne aspetti non regolamentati.

Una posizione dottrinale nega recisamente la possibilità di ricorso al procedimento analogico come conseguenza della ritenuta estraneità degli accordi all'area della concorsualità.¹⁹

Sembra prevalente la tesi che, in via generale, ammette l'estensione analogica delle norme che non abbiano carattere di eccezionalità e semprechè ricorrano i presupposti richiesti per l'utilizzo di tale criterio ermeneutico e cioè l'esistenza di una lacuna ed il ricorrere della *eadem ratio*.²⁰ Peraltro, la portata concreta di tale orientamento, pur ricco di potenziali implicazioni, appare, allo stato, contenuta, dato che, nelle pronunce giurisprudenziali edite, l'analogia viene utilizzata per ritenere applicabile il principio di sterilizzazione dei trasferimenti di sede effettuati nell'anno anteriore alla presentazione del ricorso per omologa dell'accordo²¹ e al fine di integrare la lacunosa disciplina della fase procedimentale, in particolare, dando fonamen-

to ai poteri del tribunale di concedere un termine per la integrazione della documentazione secondo quanto consentito dall'art. 162, 1° co. l. fall.²² e, in caso di opposizioni, di procedere all'acquisizione anche d'ufficio di mezzi istruttori e di disporre consulenza tecnica.²³ Altre possibili ipotesi riguardano le norme in tema di esecutività del decreto di omologa (art. 180, 3° e 4° co. l. fall.) e quelle sul gravame da proporre in caso di dichiarazione di fallimento contestuale al rigetto della domanda di omologa (artt. 183 e 18 l. fall.).

Viene pressochè unanimemente esclusa l'esperibilità negli accordi dei rimedi dell'annullamento e della risoluzione del concordato per l'evidente difetto di compatibilità; del pari negata è l'estensione della norma sugli effetti del concordato per i coobbligati ed i soci illimitatamente responsabili, sostenuta da tesi del tutto isolata,²⁴ data la natura di norme eccezionali delle disposizioni portate dall'art. 184 l. fall. rispetto alle regole dettate dall'1300 c.c. in tema di solidarietà passiva.

2.1.2. Procedura concorsuale?

Il quesito relativo all'appartenenza o meno degli accordi al novero delle procedure concorsuali assume rilevanza non solo tecnico – definitoria, dovendo l'interprete risolverlo allorchè venga in gioco l'applicabilità agli accordi di disposizioni che fanno generico riferimento alle procedure concorsuali: come l'art. 111, 2°

Bertacchini – L. Gualandi – S. Pacchi – G. Pacchi e G. Scarselli, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano 2011, 534; P. Pajardi – A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 906; L. Nocera, *Gli accordi di ristrutturazione come contratto privatistico: il diritto delle crisi di impresa oltre le procedure concorsuali* in *Dir. Fall.* 2012, I, 393; L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, Torino, 2008, 336 (“l'accordo deve essere raggiunto con la maggioranza ma non a maggioranza”); C. Trentini, *Gli accordi di ristrutturazione* cit. 66.

18. M. Galardo, *Accordi di ristrutturazione: valutazione del tribunale e inadempimento dell'accordo di ristrutturazione omologato* in *Dir. Fall.* 2011, II, 159; M. Fabiani, *Diritto fallimentare* cit., 710.

19. S. Ambrosini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, in *Fall.*, 2012, 1137 e *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi* cit. 110.

20. C. Trentini, *Gli accordi di ristrutturazione* cit. 68. E. Frascaroli Santi, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis legge fallim.) e gli effetti per coobbligati e fideiussori del debitore*, in *Dir. Fall.* 2005, I, 850 e *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009, 88 ss.

21. Trib. Milano, 15 novembre 2011 (decr.) in *Fall.* 2012, 457.

22. Trib. Terni 2 dicembre 2011, in *Fall.* 2012, 854; Trib. Milano 25 marzo 2010, in *Dir. Fall.* 2011, II, 479. In dottrina: C. Trentini, *Gli accordi di ristrutturazione*, cit 69; A. Didone, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis legge fallim.) (presupposti, procedimento ed effetti della anticipazione delle misure protettive dell'impresa in crisi)* in *Dir. Fall.* 2011, I, 26.

23. Trib. Enna 27 settembre 2006 (decr., in motivazione) in *Fall.* 2007, 196 e Trib. Asti 2 luglio 2012, (decr.) in S. Ambrosini, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi* cit., 283 – 287. In dottrina: C. Trentini, *Gli accordi* cit. 69 anche per la menzione di importanti contributi sul punto. M. Fabiani (*Diritto fallimentare*, cit. 703, 705, 709, 710) osserva che la disciplina della fase di omologa ben può essere integrata attraverso la diretta applicazione delle disposizioni codicistiche in tema di procedimenti in camera di consiglio.

24. E. Frascaroli Santi (*Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis legge fallim.) e gli effetti per coobbligati e fideiussori del debitore*, cit. 862 e *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale* cit. 186 ss.) dal raffronto degli accordi con il concordato stragiudiziale trae la conferma della rilevanza del necessario provvedimento di omologazione degli accordi stessi anche nella prospettiva dell'applicabilità della norma in quest'ultimo istituto, rientrando, secondo la sua impostazione, nell'ambito dei concordati giudiziali e della inapplicabilità in quelli stragiudiziali.

co. l. fall. che accorda il trattamento di pre -deduzione ai crediti “sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge”, l’art. 2499 c.c. che consente la trasformazione delle società anche in pendenza di procedura concorsuale, nel limite della compatibilità con le finalità e lo stato della stessa, gli artt. 6 e 7 l. 27 gennaio 2012, n. 3, come modificati dall’art. 18 d. l. n. 179/2012 conv. l. 17 dicembre 2012, n.221, che escludono dal campo di applicazione delle nuove norme in tema di composizione delle crisi da sovra indebitamento i debitori soggetti a procedure concorsuali diverse da quelle regolate in tale fonte, l’art. 80, 6° co. e l’art. 101,2° co. TUB. che escludono l’assoggettabilità degli istituti di credito a procedure concorsuali diverse dalla liquidazione coatta prevista in tale legge, l’art. 26, 2° co. d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633, che, in tema di note di variazione IVA accorda il diritto alla detrazione dell’Iva corrispondente ad una operazione fatturata in caso di mancato pagamento del corrispettivo a causa di procedure concorsuali (e di procedure esecutive) rimaste infruttuose. Ulteriori profili di rilevanza pratica vengono indicati nella possibile applicazione di alcuni dei principi di *consecutio* tra procedure.²⁵

Specificazione merita anche la materia delle disposizioni del Regolamento CE 1346/2000 che (nell’allegato A) contempla tra gli *insolvence proceeding* del diritto italiano il fallimento, il concordato preventivo, la liquidazione coatta amministrativa e l’amministrazione straordinaria ma non anche gli accordi. E’, ora, in corso l’*iter* della modifica del citato regolamento sulla base di una proposta della Commissione (di data 12 dicembre 2012) che ne prevede, tra l’altro, il consistente ampliamento del campo di applicazione, attualmente riservato alle procedure di insolvenza nelle quali è prevista la nomina di un curatore. Il nuovo testo dell’art. 1, come proposto, dispone l’applicazione del regolamento alle procedure concorsuali, anche amministrative o provvisorie, disciplinate dalle norme in materia di insolvenza o ristrutturazione del debito e in cui, a fini di salvataggio, di ristrutturazione del debito, riorganizzazione o liquidazione, il debitore è spossessato ed è nominato un curatore oppure i beni e gli affari del debitore sono soggetti al controllo o alla

25. S. Ambrosini (*Gli accordi di ristrutturazione dei debiti* cit., 1139 e *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi* cit., 110) limita la rilevanza pratica della classificazione in funzione della applicabilità dell’art. 111, 2° co. l. fall. e della configurabilità della c. d. *consecutio* tra procedure e propone risposta negativa ad entrambi i quesiti.

vigilanza del giudice, il che potrà comportare l’applicazione del regolamento anche agli accordi. La redazione del nuovo testo dell’allegato A), peraltro, viene delegata alla Commissione, che provvederà previa notifica da parte degli Stati membri delle norme nazionali in materia di procedure concorsuali che intendono far inserire nell’allegato stesso (art. 45).

La dottrina largamente prevalente esclude l’appartenenza degli accordi al novero delle procedure concorsuali nel vigore della versione originaria dell’art. 182 *bis* e tale conclusione appare tuttora maggioritaria nonostante il mutato regime dell’istituto per effetto delle innovazioni via via introdotte.²⁶

Nella giurisprudenza di merito la problematica risulta affrontata ai fini della soluzione del quesito relativo alla applicabilità della previsione ostantiva di cui al citato art. 80 TUB in una pronuncia²⁷ che, in sede di omologa di accordi presentati da soggetti rientranti nella previsione di tale norma, motiva la ammissione dei ricorrenti limitandosi a recepire l’orientamento dottrinale favorevole alla a - concorsualità degli accordi testé riferito.

Nella giurisprudenza di legittimità, Cass. civ. 4 settembre 2009, n. 19214²⁸ accenna agli accordi come procedura concorsuale posta sullo stesso piano del concordato, peraltro in *obiter dictum*, dato che oggetto specifico della trattazione sono le problematiche inerenti ai rapporti tra la fase pre - fallimentare e le ini-

26. *Ex multis*: S. Ambrosini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti* cit., 1138 e *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi* cit. 107 ss; G. Buccarella, *I “nuovi” accordi* cit. 52; M. Vitiello, *Le soluzioni concordate* cit. 66; M. Fabiani, *Diritto fallimentare* cit. 686, *Nuovi incentivi per la regolazione concordata* cit. 1266 e *Fase esecutiva* cit. 771; G. Presti, *L’art. 182 bis al primo vaglio giurisprudenziale* in *Fall.* 2006, 172; G. Scarselli, *Manuale di diritto fallimentare* cit. 534; B. Inzitari, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis legge fallim.: natura, profili funzionali e limiti dell’opposizione degli estranei e dei terzi*, in *Dir. Fall.* 2012, I, 14; G. Carmellino, *Riflessioni sul procedimento cautelare ex art. 182 bis sesto comma* in *Fall.* 2011, 1222; G.B. Nardecchia, *La protezione anticipata del patrimonio del debitore negli accordi di ristrutturazione dei debiti* in *Fall.* 2011, 708; E. Capobianco, *Le patologie degli accordi di ristrutturazione* in *Dir. Fall.* 2013, I, 186 ss.; V. Giorgi, *«Misure per facilitare la gestione delle crisi aziendali» ed accordi di ristrutturazione del debito* in *Le nuove leggi civili commentate* 2013, 1202 - 1236. Per l’indicazione di altri importanti contributi si veda C. Trentini, *Gli accordi di ristrutturazione* cit., 72 ss.

27. Trib. Bologna 17 novembre 2011 (decr.) in *Fall.* 2012, 594.

28. In *Fall.* 2010, 427 - 430, con nota di F. De Santis, *Legittimazione ad agire del Pubblico Ministero per la dichiarazione di fallimento e rapporti con le procedure concorsuali alternative*.

ziative del debitore volte a prevenire la dichiarazione di fallimento.

La dottrina prevalente individua le caratteristiche essenziali comuni alle procedure concorsuali e cioè: a) la necessità di un accertamento di una situazione patologica in cui versa l'impresa ad opera di un'autorità pubblica (giurisdizionale o amministrativa); b) l'affidamento della gestione, o di un controllo sulla gestione, ad un organo nominato dall'autorità pubblica; c) il coinvolgimento dell'intero patrimonio dell'imprenditore nella gestione sostitutiva; d) la collettivizzazione delle tutele e l'inibizione alla creazione di posizioni di preferenza (divieto di azioni esecutive e cautelari e controllo dell'acquisizione di cause di prelazione); e) l'applicazione tendenziale delle regole di parità di trattamento; f) l'imposizione di un vincolo sui beni del debitore con formazione di una massa funzionalizzata alla soddisfazione dei creditori²⁹ e, riscontrata l'assenza della maggior parte di tali caratteri nella disciplina degli accordi, ritiene dimostrata la risposta negativa al quesito.

Altri autori indicano anche l'apertura del concorso ed il blocco degli interessi sui crediti chirografari e l'esistenza di una collettività di creditori globalmente intesa e retta dal principio maggioritario nonchè la vigenza del regime di *consecutio*.³⁰

La contraria opinione è sostenuta, oltre che, com'è ovvio, dagli autori che ritengono essere gli accordi un sotto – tipo del concordato, da altra parte della dottrina pur dissenziente su tale punto.³¹

29. M. Fabiani, *Fase esecutiva degli accordi*, cit. 770.

30. In particolare S. Ambrosini, *Gli accordi di ristrutturazione* cit. 1138.

31. C. Trentini, *Gli accordi* cit. 76 ss.; G. Terranova, *I nuovi accordi di ristrutturazione* cit., 4; E. Frascaroli Santi, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale* cit. 91; G.M. Perugini, *L'intervento delle banche nei finanziamenti di cui al primo ed al secondo comma de nuovo art. 182 quater legge fallim.* in *Dir. Fall.*, 2011, I, 337; A. Di Majo in L. Ghia – C. Piccininni – F. Severini, *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. IV, Torino, 2011, 667; L. D'Orazio, *Lavori in corso sugli accordi di ristrutturazione dopo il d. l. 31 maggio 2010, n. 78. Dal piano al controllo del tribunale in Giur. merito*, 2011, 416; G. Didone, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit. 17; L. Stanghellini, *Finanziamenti – ponte e finanziamenti alla ristrutturazione in Fall.* 2010, 1346; P. Pajardi – A. Palucowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 907 ss.; P. Vella, *Postergazione e finanziamenti societari nella crisi di impresa*, Milano, 2012, 121; S. Delle Monache, *Profili dei <nuovi> accordi di ristrutturazione dei debiti in Riv. Dir. Civ.* 2013, 544 – 551; F. Abate, *La spinta degli accordi di ristrutturazione verso la concorsualità*, in *Fall.* 2013, 1173 ss.

In giurisprudenza: Trib. Bari 21 novembre 2005 (decr.) in *Fall.*

Questa corrente di pensiero si fa carico dell'analisi critica degli scostamenti della disciplina degli accordi dai riferiti parametri ritenuti ineludibili indici di concorsualità, ridimensionando il peso delle diversità in quella riscontrabili.

In tale prospettiva si propone³² una aggiornata rilettura dei tratti essenziali comuni alle procedure osservando che già nel contesto della normativa anteriore alla riforma i tratti stessi potevano assumere forme, misure, modalità e tempi non identici nei diversi istituti e si precisa: a) se è vero che negli accordi non v'è un provvedimento di apertura che accerti la situazione patologica dell'imprenditore, è anche vero che negli accordi tale verifica è differita al giudizio di omologa nel cui oggetto rientra anche la sussistenza del presupposto obiettivo del procedimento;³³ b) se è vero che non è previsto l'affidamento in via generale del controllo della gestione dell'impresa ad un organo di procedura è anche vero che nel regime attuale degli accordi le norme poste dall' art. 182 *quinquies* in tema di finanziamenti interinali (commi 1°, 2° e 3°) e di pagamenti anticipati dei creditori c.d. strategici (co. 5°, negli accordi in continuità aziendale) prevedono l'adozione di provvedimenti autorizzativi da parte del tribunale³⁴; il che, da un lato, comporta una pur

2006, 169, che esclude l'assimilazione degli accordi al concordato, evidenzia la finalità pubblicistica che permea tutti i procedimenti concorsuali, riscontrandone la presenza nell'"accordo che deve essere sottoposto alla omologazione del tribunale che deve decidere anche sulle opposizioni".

32. F. Abate, *La spinta degli accordi* cit. 1182 ss. Altro autore (C. Trentini, *Gli accordi di ristrutturazione* cit. 79 ss.) indica in caratteri essenziali comuni alle procedure nella universalità in senso soggettivo ed in senso oggettivo, nella giurisdizionalità e nella esclusività riscontrandone (condivisibilmente) la presenza nella disciplina degli accordi. Altra impostazione favorevole alla concorsualità degli accordi (P. Vella, *Postergazione e finanziamenti societari nella crisi di impresa*, Milano, 2012, 122 – 124) indica "l'essenza della moderna concorsualità" nella "necessaria e non spontaneistica partecipazione di tutti i creditori alla definizione, più o meno concordata, della crisi di impresa fosse anche solo per assumere, formalmente e pubblicamente, la posizione di soggetti estranei a detta regolamentazione negoziata".

33. Includono espressamente nell'oggetto del giudizio di omologa la sussistenza dei presupposti oggettivo e soggettivo Trib. Milano, 25 marzo 2010 (decr.), in *Fall.* 2011, 92 e Trib. Bologna 17 novembre 2011 cit., che, peraltro, condivide, come si è accennato, la tesi che nega la qualificazione degli accordi come procedura concorsuale e così ammette l'accesso all'istituto delle imprese bancarie, delle imprese di investimento, delle società di gestione del risparmio e della sicav.

34. Valutazione di segno analogo il giudice è chiamato a com-



contenuta, ed eventuale, forma di ingerenza nella gestione dell'impresa attraverso la necessaria valutazione presupposta dall'emanazione dei provvedimenti e, dall'altro, evidenzia l'esercizio da parte del giudice di una funzione tutoria, espressione di poteri tradizionalmente qualificati "amministrativi" e ritenuti caratteristica essenziale del concetto di organo di procedura concorsuale;³⁵ c) il coinvolgimento dell'intero patrimonio non ha identica consistenza nelle varie procedure concorsuali ma vi si atteggia con caratteristiche ed in misure differenti, sussistendo forme più o meno intense di attuazione come l'apprensione al fine della conversione in danaro di tutti gli elementi attivi (previa ricostruzione anche attraverso l'esercizio di azioni della massa) o come l'imposizione di un semplice vincolo di indisponibilità, strumentale rispetto alla garanzia patrimoniale ed agli esiti della procedura ed integrato dalla immediata rilevanza del patrimonio stesso, in quanto oggetto di valutazione comparativa rispetto ad una proposta (come accade nel concordato con garanzia) o nella prospettiva del ritorno *in bonis* dell'imprenditore (come accadeva nell'amministrazione controllata): negli accordi il coinvolgimento sussisterebbe nelle forme non liquidatorie da ultimo indicate, in virtù del vincolo conseguente, secondo una opinione dottrinale, al divieto di compiere atti difformi dal contenuto degli accordi e del piano sottoposti al vaglio del Tribunale³⁶ e dell'onere di allegare al ricorso per omologa la documentazione di cui all'art. 161 l. fall.³⁷ ed una relazione di esperto quali-

piere *ex post* al fine del riconoscimento della pre - deduzione ai crediti nascenti da finanziamenti funzionali a norma dell'art. 182 *quater*, 2° co.

35. G. Caselli, *Degli organi preposti al fallimento*, Bologna - Roma, 1977, 5; F. Abate, *Gli organi delle procedure concorsuali*, Padova, 1999, 4.

36. C. Trentini, *Gli accordi* cit. 83, 274 ss. La tesi della presenza di un vincolo di "indisponibilità relativa" è diffusamente argomentata dall'autore (anche sulla base della nuova previsione in tema di pagamenti anticipati contenuta nell'art. 182 *quinquies*, ult. co. l. fall.) in contrasto, peraltro, con l'orientamento dottrinario che esclude la sussistenza nel regime degli accordi di qualsiasi forma, neppure la più blanda, di spossessamento (M. Fabiani, *Nuovi incentivi per la regolazione* cit. 1269). La prospettazione di un possibile vincolo a carico del debitore viene, peraltro, quanto meno adombrata nell'esame della problematica relativa alla fase di esecuzione degli accordi con riguardo alle conseguenze degli scostamenti dagli accordi e/o dal piano che si possono verificare dopo l'omologa (M. Fabiani, *Fase esecutiva degli accordi* cit. 772 e altri autori ivi citati).

37. In particolare, la relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, l'elenco estimativo del-

ficato che attesti la veridicità dei aziendali oltre alla attuabilità dell'accordo; d) l'assenza del rispetto della parità di trattamento dei creditori, peraltro caratteristica essenziale dell'istituto, non è ostativa dato che *par condicio* e concorsualità sono concetti distinti: il primo attiene al concorso tra aventi diritto, come sistema per disciplinare la compresenza di plurime pretese sullo stesso patrimonio ed il secondo è uno dei possibili modi, non l'unico, di attuazione del concorso stesso.³⁸ e) il concorso in senso formale (art. 52 l. fall.) non è compreso nella disciplina del concordato (non lo era neppure in quello della amministrazione controllata) per l'assenza della fase di formazione dello stato passivo ed il blocco degli interessi sui crediti chirografari sembra attenere a profili non essenziali (non sorreggeva con l'apertura dell'amministrazione controllata): tali diversità appaiono pienamente compatibili con la necessaria diversificazione del regime degli accordi, che assegna all'istituto un campo di applicazione alternativo; f) la circostanza che la collettività dei creditori non sia retta dal principio di maggioranza sembra perdere rilievo a fronte del trattamento previsto negli accordi: i creditori vengono soddisfatti secondo le singole intese o integralmente se estranei, il che realizza la finalità di regolazione della crisi attraverso il soddisfacimento dei creditori (aspetto, questo sì, imprescindibile) e, sotto altro profilo, dimostra la sussistenza, a torto da alcuni negata, del requisito della universalità in senso soggettivo.³⁹

Quanto alla asserita inapplicabilità del regime di *consecutio* si osserva che alcuni aspetti di tale istituto sono riscontrabili nella disciplina degli accordi come la stessa salvezza di atti, pagamenti e garanzie compiuti

le attività e l'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione.

38. A. Bonsignori, *Il fallimento in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, Padova, 1986, 101 e *Processi concorsuali minori in Trattato* cit., 1997, 114; M. Fabiani, *Diritto fallimentare* cit. 7.

39. Altro autore (C. Trentini, *Gli accordi di ristrutturazione* cit. 79 ss.) indica i caratteri essenziali comuni alle procedure nella universalità in senso soggettivo ed in senso oggettivo, nella giurisdizionalità e nella esclusività riscontrandone (condivisibilmente) la presenza nella disciplina degli accordi. Altra impostazione favorevole alla concorsualità degli accordi (P. Vella, *Postergazione e finanziamenti societari nella crisi di impresa*, Milano, 2012, 122 - 124) indica "l'essenza della moderna concorsualità" nella "necessaria e non spontaneistica partecipazione di tutti i creditori alla definizione, più o meno concordata, della crisi di impresa fosse anche solo per assumere, formalmente e pubblicamente, la posizione di soggetti estranei a detta regolamentazione negoziata".

in esecuzione dell'accordo omologato, il trattamento di prededuzione riconosciuto nel fallimento consecutivo ai crediti sorti da operazioni di finanziamento (fenomeno analogo quello operante, per crediti aventi certe caratteristiche, in caso di fallimento consecutivo ad amministrazione controllata e, a determinate condizioni, a concordato preventivo), la "saldatura" di taluni effetti nel passaggio dal pre - accordo al concordato e in quello dal concordato con riserva all'accordo. Nella *pars construens* questa dottrina pone in risalto gli elementi di affinità con le procedure concorsuali riconosciute, in particolare con il concordato preventivo, alla luce del *trend* della legislazione concorsuale, a partire dal 2007, verso la omogeneizzazione delle regole degli istituti di composizione concordata delle crisi d'impresa e valorizza i riflessi delle più recenti innovazioni sulla nozione di concorsualità quali, in particolare, l'innesto di elementi di sicura origine concorsuale in fattispecie a struttura negoziale e l'ulteriore declino del principio della *par condicio creditorum*.

Il percorso di progressiva integrazione della disciplina degli accordi attuato dal legislatore con i provvedimenti più sopra ricordati, sovente in parallelo con le, spesso identiche, innovazioni introdotte contestualmente in quella del concordato viene coerentemente valorizzato come indice certo della sussistenza di una volontà legislativa tesa a conformare lo statuto degli accordi alle regole della concorsualità.

Si fa, poi, osservare⁴⁰ che, come l'interprete, nell'intento di colmare le lacune della disciplina degli accordi, ha seguito la via del ricorso alla analogia sul presupposto della concorsualità degli accordi stessi e dell'affinità con il concordato preventivo, così, quando, poi, si è perseguito lo stesso obiettivo attraverso disposizioni di legge mutate dalla disciplina del concordato, si è mostrata condivisione della sussistenza di tale presupposto nella sede deputata alla produzione normativa⁴¹ e che conferma decisiva della fondatezza del-

40. F. Abate, *La spinta degli accordi* cit. 1183.

41. Non va, peraltro, sottaciuto che detti interventi del legislatore presentano carattere settoriale, rifuggono da una visione d'insieme e sembrano ispirati dal proposito di non stravolgere il profilo squisitamente privatistico del modello originale nell'aggiunta di misure indispensabili per superare le criticità riscontrate. Risulta così assai ardua l'opera dell'interprete, chiamato alla armonizzazione dei sistemi normativi che presidiano i differenti versanti della dualità anche nella prospettiva della ricerca delle regole necessarie per colmare le persistenti lacune della disciplina, tra le quali spicca, per la sua particolare rilevanza pratica, quella relativa alla fase di esecuzione.

le conclusioni esposte deriverebbe dalla modifica del Regolamento CE n. 1346/2000 nei sensi sopra riferiti: l'inserimento degli accordi, su indicazione dello stato Italiano, nell'allegato A) ne certificherebbe, indiscutibilmente, il definitivo ingresso nella categoria delle procedure concorsuali⁴², con il risultato di legittimare ulteriormente un accorto ricorso al procedimento analogo che non trascuri le specificità della fisionomia degli accordi. Per altro verso, nella interpretazione delle norme sopra ricordate che contengono la locuzione "procedure concorsuali", si dovrebbe tener conto di tali specificità, ben potendo le stesse rilevare in rapporto alla *ratio* delle singole disposizioni.

2.1.3. Accordi, concordato preventivo, piano attestato

In connessione con gli argomenti trattati nel paragrafo che precede può essere utile comparare i tre istituti di soluzione negoziale della crisi d'impresa anche con riguardo agli aspetti pratici della scelta dello strumento più adatto da utilizzare nelle singole situazioni. Il raffronto tra accordi e concordato è stato più sopra tratteggiato diffusamente con riguardo ai principali aspetti differenziali ed alle discipline comuni.

Per completare il quadro è opportuno riepilogare, integrandoli, i profili di diversità; alcuni possono rappresentare per il debitore motivi di preferenza per gli accordi: a) non è richiesto il deposito per spese di procedura; b) non trovano applicazione le disposizioni penali in tema di bancarotta e di altri reati fallimentari (estese al concordato preventivo dall'art. 236 l. fall.); c) il procedimento è più snello e più breve; d) non sono prescritte comunicazioni ai creditori (se non nel caso di pre - accordo): l'onere pubblicitario da assolvere è limitato alla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese; e) il compimento di atti di frode non dà luogo al procedimento sanzionatorio disciplinato nell'art. 173 l. fall.⁴³; f) non opera la causa di esclusione dalle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, dall'affidamento di sub - appalti e dalla stipula dei relativi contratti inflitta dall'art. 38, 1° co. lett a) d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (codice degli appalti pub-

42. E. Frascaroli Santi, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, un procedimento concorsuale da inserire nell'ambito di applicazione del Regolamento (CE) n. 1342/2000: lo richiede la Commissione Europea in Dir. Fall.* 2013, I, 348 ss.

43. Tali atti, com'è ovvio, ben possono essere dedotti quali motivi ostativi dell'omologa (o di gravame) oltre che essere fatti valere a mezzo della proposizione di impugnativa consentite dal diritto dei contratti contro i consensi prestati.

blici) anche alle imprese in concordato non in continuità; altri risultano, o possono risultare, svantaggiosi per il debitore: aa) non valgono le regole del principio maggioritario e pertanto ai creditori estranei non può essere imposta alcuna falcidia (ma va assicurato il pagamento integrale) e non trova applicazione l'istituto del *cram down*; bb) poter beneficiare delle possibilità offerte dalla transazione fiscale è praticamente assai difficile; cc) non sono colpiti da sanzione di inefficacia ex art. 44 l. fall. i pagamenti di crediti pregressi né ex art. 45 l. fall. gli atti le cui formalità siano compiute dopo la pubblicazione dell'accordo diversi dalle preliezioni non concordate (per le quali la inefficacia è disposta dal nuovo testo dell'art. 182 bis, 3 co. l. fall.); dd) non trovano applicazione le altre disposizioni sul fallimento richiamate per il concordato dall'art. 169 l. fall. (da 55 a 63); ee) non vige la disciplina dei rapporti pendenti (art. 169 bis l. fall.) e quindi al debitore non spettano le facoltà relative alla sospensione ed allo scioglimento di rapporti in corso.

Inoltre, quanto agli effetti per i creditori, va notato che non si applicano nel caso di fallimento consecutivo agli accordi le nuove disposizioni di cui al secondo comma dell'art. 69 bis l. fall. (in tema di decorrenza dei termini del sistema revocatorio) ed al terzo comma, ultimo inciso, dell'art. 168 l. fall. (concernente ipotesi di inefficacia delle ipoteche giudiziali).

Ulteriori aspetti differenziali riguardano a) il carattere prededucibile a sensi dell'art. 111, 2° co. l. fall. dei crediti sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali; b) la esenzione dalla revocatoria stabilita nell'art. 67, lett. g) l. fall. per i pagamenti di prestazioni di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali: di tali disposizioni, applicabili al concordato, si nega, dalla dottrina prevalente che nega il carattere di procedura concorsuale agli accordi, l'estensibilità gli accordi stessi.

Con riguardo, poi, alla composizione della massa debitoria, appare più agevole condurre il tentativo di soluzione della crisi attraverso gli accordi in presenza di un numero ristretto di creditori (in particolare, di banche) mentre costituisce motivo di preferenza per il concordato la presenza di una platea di creditori molto vasta e frammentata.

Quanto alla comparazione con il terzo istituto di composizione concordata delle crisi d'impresa, va premesso che il piano attestato è disciplinato come atto unilaterale dell'imprenditore contenente un programma che appaia idoneo al risanamento della esposizione debitoria dell'impresa ed al riequilibrio della sua situazione finanziaria, con evidente finalità anche di

conservazione dell'impresa stessa, e la cui ragionevolezza sia attestata da un professionista qualificato.

Singularità dell'istituto (la cui *sedes materiae* si trova nella norma che introduce le esenzioni dall'azione revocatoria) è che la rilevanza giuridica del piano, in presenza del fondamentale requisito della ragionevolezza della previsione di idoneità, sorge nella fase patologica del mancato raggiungimento degli obiettivi che dà origine alla dichiarazione di fallimento.

Il piano non soggetto, come accennato, a pubblicità obbligatoria e non sottoposto a giudizio di omologa va qualificato come strumento di totale autonomia privata del tutto estraneo alla giurisdizione nella fase di formazione della fattispecie.

Aspetti comuni ai due istituti concernono, quanto alla struttura ed alla funzione, la appartenenza alla categoria delle composizioni negoziali delle crisi d'impresa e la finalità generica di regolazione della crisi nonché la necessità della presenza anche negli accordi di un piano oltre che di una relazione⁴⁴ redatta da esperto qualificato che deve essere in possesso, in entrambi i casi, dai medesimi requisiti di professionalità e di indipendenza. Gli elementi di difformità emergono chiaramente dal raffronto tra quanto più sopra esposto e la descrizione della fisionomia degli accordi. In particolare, va posta in evidenza la già riferita diversità del requisito causale: la funzione del piano attestato comprende, come co-essenziale, la conservazione dell'impresa, obiettivo soltanto eventuale negli accordi.

Quanto alla disciplina degli effetti, le difformità sono egualmente prevalenti sulle analogie.

Da un lato, le previsioni relative al piano attestato contengono disposizioni analoghe a quelle dettate per gli accordi in tema di esenzione dall'azione revocatoria di atti, pagamenti e garanzie concesse sui beni del debitore in esecuzione del piano (art. 67, 3° co. lett. d l. fall.) e di esenzione dalla responsabilità penale per reati previsti negli artt. 216, 3° co. e 217 l. fall. quanto ai pagamenti ed alle operazioni compiuti in esecuzione del piano stesso (art. 217 bis l. fall.) e, a seguito della modifica dell'art. 88, 4° co. d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 197, di trattamento (non sopravvenienza attiva) della

44. L'oggetto dei due elaborati è comune nella parte relativa alla attestazione di veridicità dei dati aziendali e differisce in quella contenente la valutazione prospettica della fattibilità del piano in funzione, in un caso, del duplice obiettivo del risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e del riequilibrio della sua situazione finanziaria e, nell'altro, assicurare, in particolare, l'integrale pagamento dei creditori estranei.

riduzione dei debiti a condizione che il debitore si sia avvalso della facoltà di provvedere alla pubblicazione del piano nel registro delle imprese.⁴⁵

Dall'altro, sono assenti a) gli effetti protettivi del patrimonio del debitore conseguenti al divieto di azioni esecutive, cautelari e cautelative (art. 182 *bis*, 3°, 6° e 7° co.); b) la pre – deducibilità dei crediti da finanziamenti funzionali, interinali ed esecutivi (art. 182 *quater* e 182 *quinquies*, 1°, 2° e 3° co. c) la facoltà, su autorizzazione del tribunale, di eseguire pagamenti anticipati a favore di creditori c.d. strategici nella disciplina degli accordi in continuità aziendale (art. 182 *quinquies*, 4 e 5° co.); d) l'esenzione dall'osservanza delle regole codicistiche in tema di conservazione del capitale sociale (art. 182 *sexies*); e) la possibilità di passare dal concordato con riserva agli accordi e dal pre – accordo al concordato, con salvezza degli effetti maturati (artt. 182 *bis*, co. 8° e 161, 6° co.); f) la moratoria imposta ai creditori estranei negli accordi (art. 182 *bis* 1° co.); g) il beneficio fiscale a favore dei creditori consistente nell'essere considerate deducibili le perdite su crediti quando il debitore ha concluso un accordo di ristrutturazione omologato (o è stato assoggettato a procedura concorsuale) (art. 101, 5° co. – nuovo testo – d.p.r. n. 917/1986 cit.); h) la facoltà di avvalersi della transazione fiscale di cui all'art. 182 *ter* l. fall.

A fronte dei numerosi vantaggi che offre la disciplina degli accordi, a far preferire la scelta del piano attestato non possono che essere il suo carattere di riservatezza, eventuali ragioni che, nel caso concreto, sconsigliano la ricerca dei consensi dei creditori su un progetto di soluzione della crisi che comporti loro sacrifici, l'assenza dell'intervento del giudice (se non nel caso di successivo fallimento).

3. La componente negoziale

Il legislatore non fornisce alcuna indicazione sul contenuto e sulla formazione degli accordi e ciò per effetto della opzione privatistica che sta alla base dell'istituto e che comporta l'opportunità di rimettere alla autonomia delle parti le determinazioni in proposito nel rispetto delle comuni regole del diritto dei contratti.

45. L'utilità pratica della innovazione appare assai dubbia, dato che la riservatezza costituisce uno dei principali motivi di preferenza per il piano attestato.

Nel contesto della normativa di cui all'art. 182 *bis* l. fall. il concetto di “accordi” comprende innanzi tutto, come elementi essenziali ed imprescindibili, le convenzioni tra debitore e creditori (ma anche atti unilaterali dei creditori) aventi ad oggetto i rapporti di credito/debito tra loro sussistenti. Ma vi rientrano pure eventuali negozi stipulati con terzi, o con alcuni degli stessi creditori, con riguardo a nuovi rapporti, obbligatori e/o reali, in connessione con le convenzioni ed in funzione del raggiungimento dell'obiettivo di regolazione della crisi attraverso la ristrutturazione della situazione debitoria secondo il programma contenuto nel piano che deve accompagnare e sorreggere l'operazione.⁴⁶

3.1. I possibili contenuti e la classificazione

I contenuti possono essere i più vari e spesso il piano prevede combinazioni anche diversificate dei possibili modelli.⁴⁷ Per esemplificare, a) quanto alle convenzioni appartenenti al primo gruppo: dilazione di pagamento, remissione totale o parziale del debito, *pactum de non petendo* (anche con valenza processuale di impegno a non intraprendere azioni esecutive e cautelari ed a non proporre ricorsi per dichiarazione di fallimento) rimodulazione degli interessi, transazione, *datio in solutum*, patto di compensazione, conversione del credito in capitale di rischio o in obbligazioni, emissione di nuovi titoli di debito in sostituzione di precedenti obbligazioni, *trust*, cartolarizzazione di crediti, costituzione di patrimoni destinati e, più in generale, contratti atipici nel rispetto del limite della meritevolezza degli interessi perseguiti posto dall'art. 1322, 2° co. c.c.;⁴⁸ b) quanto agli altri negozi: cessione di beni (anche nella forma di cui all'art. 1977 c. c.), dell'azienda o di rami aziendali o rilascio di mandato a persona concordata con i creditori con incarico di liquidare uno o più beni; impegni al compimento di operazioni straordinarie sul capitale sociale, al mutamento degli organi amministrativi e di controllo e/o

46. L'esposta interpretazione estensiva del termine “accordi” trova giustificazione, oltre che nella stessa fisionomia dell'istituto, nell'oggetto della revocatoria della quale si dispone la esenzione e cioè atti, pagamenti e garanzie, espressione che, all'evidenza, comprende anche i negozi strumentali all'esecuzione delle convenzioni.

47. Tale caratteristica viene definita con felici locuzioni quali struttura a “geometria variabile”, “multilivello” o “multipiano”.

48. Tra i possibili tipi negoziali vi è la transazione fiscale, che è oggetto di disciplina specifica (art. 182 *ter* l. fall.) e che verrà trattata nel prosieguo come aspetto fiscale dell'istituto.

del *management* (eventualmente concordando con i creditori le sostituzioni) alla riduzione di personale.⁴⁹ Sin dall'inizio si è discusso in dottrina circa la qualificazione della fattispecie negoziale indicata come contratto plurilaterale, come contratto bilaterale plurisoggettivo o come sommatoria di singoli contratti.

Ma è da condividere l'opinione che alla catalogazione astratta va preferita alla classificazione concreta di ogni singola fattispecie, che, peraltro, non può prescindere dalla correlazione tra ogni singolo accordo e l'insieme e dalla necessità che il creditore sia consapevole di effettuare una pattuizione facente parte di un accordo più generale. E, quanto alla rilevanza delle patologie dei singoli negozi, si osserva che, indipendentemente dalla opzione per l'una o l'altra delle proposte qualificazioni, il vizio di ogni negozio può condurre (anche alla luce della regole poste negli artt. 1420 e 1446 c. c., quale espressione di un principio generale cui corrispondono anche le norme di cui successivi artt. 1459 e 1466 in tema di risoluzione) alla caduta dell'intero accordo quando risulti decisivo per la tenuta dell'insieme.⁵⁰

Nella fase pre - negoziale le parti devono osservare il precetto di cui all'art. 1337 c.c. in tema di comportamento secondo buona fede. Ciò comporta, in particolare, un dovere di informativa corretta e completa sull'operazione ed, in concreto, sulle linee essenziali del programma oggetto del piano.⁵¹

3.2. La forma e la causa

Va osservata la forma richiesta dal singolo accordo ma, in ogni caso, è necessaria la forma scritta anche al fine di consentire l'inserimento nel registro delle imprese.

Si discute se sia necessaria la autenticazione delle sottoscrizioni. Nessuna disposizione la prescrive, sic-

chè la mancata autenticazione non può integrare gli estremi di un vizio del negozio (che comunque sarebbe sanabile). Tuttavia opportunamente si segnala l'utilità pratica della autenticazione per l'assolvimento dell'onere pubblicitario (dato che la maggior parte dei Conservatori del registro delle imprese la richiedono), per prevenire l'insorgere di problematiche nel corso del giudizio di omologa e, infine, per la possibilità di utilizzare il documento come titolo esecutivo a norma dell'art. 474 c.p.c.

Quanto al requisito causale (art. 1325 n. 2 c.c.) si osserva che ciascun negozio deve avere oltre alla specifica causa propria del suo schema anche la causa comune a tutti i negozi che formano l'accordo nel suo insieme e cioè la regolazione della crisi attraverso la ristrutturazione della situazione debitoria.⁵²

3.3. Gli elementi accidentali e la patologia

Ai singoli accordi possono essere apposte condizioni, sospensive e risolutive, e/o termini compatibili con il contenuto del negozio e opportunamente, nella pratica, ci si cautela disciplinando la sorte futura del rapporto con riguardo al raggiungimento o meno della percentuale minima richiesta, al rispetto delle scadenze, all'esito del giudizio di omologa, alla dichiarazione di fallimento⁵³ così come può essere validamente pattuita la facoltà di recesso.

La patologia dei singoli negozi soggiace alle regole generali, ed a quelle specifiche del tipo contrattuale, concernenti le ipotesi di invalidità e di inefficacia e le relative conseguenze. Dovranno esser fatti valere con gli ordinari strumenti processuali eventuali cause di nullità, di annullabilità e di inefficacia del negozio: come si è ricordato non sono esperibili negli accordi le azioni di annullamento e di risoluzione previste nella disciplina del concordato.

49. Forma assai frequentemente utilizzata, in combinazione con alcuna delle soluzioni sopra elencate, è quella della cessione dell'azienda (o di rami) ad una società di nuova costituzione alla quale vengono trasferiti i cespiti (con la variante che si stipula preliminarmente un contratto di affitto con impegno al successivo acquisto) mentre le passività rimangono in carico alla cedente e se ne prevede l'adempimento (anche) con i ricavi della cessione e dell'affitto.

50. M. Fabiani, *Diritto fallimentare*, Bologna, 2011, 690).

51. Si discute se il debitore sia tenuto a comunicare ad ogni singolo creditore il trattamento riservato agli altri.

52. Come si è accennato, nella funzione essenziale degli accordi non rientrano, ma sono pienamente compatibili, obiettivi che attengono alla sorte dell'azienda come, in particolare, il risanamento, la modifica della sua struttura, la prosecuzione dell'attività.

53. Si discute della stabilità o meno della condizione risolutiva nel caso in cui sopravvenga il fallimento: la soluzione negativa trae argomento dalla ipotesi di inefficacia di tale tipo di clausole sancita dall'art. 72, 6° co. l. fall. applicabile in quanto si consideri il contratto che la contiene pendente al momento della dichiarazione di fallimento.



**dica signor pollo,
per gustarla bene
e digerirla facilmente?...**

**Olio Sasso, signore,
l'olio d'oliva
supergenuino!**

OLIO SASSO

RENÈ GOURMANT

E riuscimmo ad evitar le stelle

Metti un'estate di crisi generale, dopo sei anni di depressione economica.

Metti che questa iattura (diciamo così) abbia cambiato i consumi anche di coloro che possono spendere parecchio per bere e mangiare.

Metti che ti scada l'assicurazione sulla vita e che il tuo peso non costituisca un elemento positivamente apprezzato dai rapaci scommettitori istituzionali.

E allora cosa fai?

Cerchi di fare necessità virtù, di ridurre la spesa ed i consumi e magari scopri anche che non solo tutto ciò non è male ma, a volte, finisce per essere anche molto soddisfacente.

Così cominci con il rinunciare ai ristoranti costosi, ai freschi aperitivi frizzanti, a quei piatti ricercati che usano prodotti troppo pregiati, a quei distillati così puri che persino il fegato si rassegna volentieri.

E così ti spiace di lasciare cinquanta euro per un Cesanese del Piglio troppo legnoso, che ti ha consigliato il cameriere dell'**Antica Pesa** a Trastevere.

Ti era capitato di andarci negli anni '80 (all'**Antica Pesa** non a Trastevere), apprezzandone l'accoglienza, ma evidentemente rimanendo abbastanza indifferente, se poi non vi eri più tornato.

Oggi ti spinge lì la contagiosa simpatia di uno dei Pannella, figlio dei proprietari, fratello del cuoco, ambasciatore a New York della cucina italiana, anche per sponsorizzare l'omologo ristorante americano.

In una sera d'estate il giardino all'aperto è davvero molto gradevole, i commensali sono rigorosamente americani, il servizio si perde un po' quando si arriva all'acme delle presenze.

L'antipasto con l'hamburger di salsiccia laziale è sicuramente divertente anche se non è proprio la salsiccia più gustosa che tu abbia avuto occasione di assaggiare. Ma tant'è! L'idea di copiare gli americani con prodotti di casa non è nuova, ma il risultato è sicuramente apprezzabile.

Sei quindi pronto a sacrificare un po' di euro e i principi dietetici, in cambio di una cena come si deve.

Il piatto si fa attendere parecchio, ma pazienza.

Quando arriva però, la matriciana ti fa cadere braccia e mandibole, davanti a mezze maniche scotte, annegate in un grasso che copre a metà il piatto: sarà scappata la mano al cuoco, ma scarsa attenzione alla cottura ed eccesso di condimento dimostrano una non curanza poco perdonabile.

Ti consola un po' la divertente idea di servirti con il caffè una bottiglietta di sambuca.

Il tutto ad un prezzo non eccessivo e che giudicheresti quasi adeguato se non fosse per quella pasta così poco gradevole, che hai lasciato nel piatto.

Non è per questo che ti passa decisamente la voglia di andare per posti sbagliati e persino di uscire a cena. Ma forse un piatto non adeguato ti fa pensare a quanto sia difficile il mestiere di ristoratore ed a come spesso si possano trovare maggiori attenzioni anche in luoghi meno rinomati.

Ti capita così, dopo aver visitato gli imperiali resti della villa di Augusto a Tivoli e dopo aver apprezzato la campagna romana che la pioggia estiva ha reso simile al Devonshire, di arrivare ad Anagni, borgo perfettamente conservato, su di un pendio assai ripido, con una cattedrale interessante ed una cripta molto bella, dedicata a San Magno, decollato nel IX secolo e che potresti assumere quale protettore delle tue mangiate (il *calenbour* non è di gran qualità, lo so).

Di fronte alla chiesa si trova la trattoria **Lo schiaffo** chiaro riferimento a quello che ricevette Papa Bonifacio VIII per l'appunto in questo borgo.

Qui, in un posto lindo, di fronte ad una finestra che domina la campagna laziale, ti viene servito un Cesanese del Piglio che costa un terzo rispetto a quello dell'**Antica Pesa** e che ritieni decisamente migliore.

Ma soprattutto ti viene servito un agnello con patate, che è l'esatto opposto degli abbacchi delle trattorie (ma spesso anche dei ristoranti) di Roma, dove la carne naviga nel grasso e le patate bruciacchiate sono quasi fredde ed insipide.

La carne dell'agnello è invece morbidissima, con un sentore di erbe di prato, dove il profumo del rosmarino non invade il gusto e con patate croccanti all'ester-



SAN MAGNO

Cripta della Cattedrale - Anagni (FR)

no e morbidissime all'interno.

Un antipasto, un secondo, un dolce, un caffè e il vino fanno la bella cifra di 72 euro in due, quella che spesso ti è capitato di pagare semplicemente per l'aperitivo o per un primo piatto in luoghi ben più noti.

Ed è questa l'Italia che stupisce dove la cucina è ottima, il servizio efficiente, il decoro del locale apprezzabile e la spesa sopportabile.

Un'esperienza analoga un mese dopo, nel cuore del Cilento, sul mare di Acciaroli (tra Castellabate e il Golfo di Palinuro).

Domandati lettore quanto hai speso per l'ultimo grande pranzo in pesce, inaffiato dal miglior spumante italiano e consumato in sei antipasti molto ricchi, in un piatto di pasta, in un dolce, caffè e ammazzacaffè.

CEDENTE (PRESTATORE, DIPENDENTE, DOMICILIO O RESIDENZA, CODICE FISCALE, PARTITA IVA)

Ristorante LO SCHIAFFO
Cucina tipica e innovativa
U.E. e L.C.D.F.: Via V. Eman., 270
Anagni (Fr) - Tel./Fax 0775/739148
P. IVA 01933660605
GPP 195769 113

Stipendiato da: PRISMANO Via Marziale, 13 - Frosinone Autorizzazione Agenzia delle Entrate D.M. Liceo n. 112891/01 del 15-10-2002 STATO IDENTIFICATIVO DEL CLIENTE

CODICE FISCALE PARTITA IVA

QUANTITÀ, NATURA E QUALITÀ DEI BENI O DEI SERVIZI	IMPORTO
2 COPERTI	
1 VINO - BIRRA	23.00
2 ACQUA MINERALE	6.00
PIZZA	
2 ANTIPASTI	19.00
1 PRIMI PIATTI	11.00
1 SECONDI PIATTI	15.00
CONTORNI	
FORMAGGI	
FRUTTA	
DOLCI - DESSERT	
2 CAFFÈ - LIQUORI	
MENÙ A PREZZO FISSO	

CONTEGGIO IVA

FATTURA (RICEVUTA FISCALE) RICEVUTA FISCALE

AMMONTARE	%	Corrispettivo pagato	
AMMONTARE	%	Corrispettivo non pagato	
AMMONTARE	%	Servizio	
TOTALE		TOTALE €	72.00

DATA 14-08-14 NUM. PROGRESSIVO 961

SEZIONO 040 (4) 1

Domandati cosa vorresti spendere per assaggiare gamberi giganti appena pescati, seppie con peperoni confit, un sontuoso e leggerissimo fritto di alici, polpi di scoglio, che sanno ancora di mare, una pasta con il granchio, il cui carapace, in una buona metà, rosseggia con il suo contenuto in un lato del piatto.

Il tutto di fronte ad una vetrata in cui si viene abbracciati dal mare, con tovaglie di fiandra, camerieri competenti e spiritosi, il cuoco-proprietario gentile e geniale (assaggiare gli spaghetti patate e cozze per credere).

Quanto pensi che si possa spendere, caro lettore, per una abbuffata così ricca?

Beh, diciamo un terzo rispetto a quello che stai pensando.

Te la cavi infatti con 50 euro a testa. Di certo una cifra ragguardevole, ma se consideri quanto hai mangiato e cosa e quanto hai bevuto, ti sembrerà davvero poco, anzi pochissimo. Peccato che il **Mediterraneo** disti molte centinaia di chilometri da casa tua.

Dunque sobrietà, sobrietà.

Peraltro le trattorie italiane ed i piccoli ristoranti offrono spesso esperienze paragonabili a quelle dei più rinomati cuochi.

In tempo di crisi poi ci si sente meno in colpa, se mai la tavola potesse creare sensi di colpa.

Peraltro, dopo un'estate al risparmio di euro e di calorie, cerchi di capire se hai perso il gusto per le stelle o se **La Pergola** di Heinz Beck ti può ridare la scossa che rimuova i tuoi nuovi pregiudizi.

E così ti metti la grisaglia, una cravatta in tinta, una camicia bianca vai in compagnia allegra ai Cavalieri Hilton di Roma, ottavo piano.

Già l'arredamento spegne un po' l'entusiasmo: la buona casa borghese andava bene agli inizi dell'800, quando i cuochi francesi persero i loro nobili (i quali, a loro volta, avevano perso la testa) e diedero vita ai ristoranti rimasti per duecento anni identici a se stessi.

Per sfuggire alla noia dei mobili di ciliegio della Pergola ed agli smorti quadri con paesaggi, ti infili nel menù degustazione, così tanto per farti un'idea.

Comincia una sequenza di piatti sapienti, di cui perderai presto il ricordo, se non per un piccione ed una triglia ripiena.

Il *sommelier* è molto buono e ti consiglia vini italiani, di alta qualità e – nonostante tutto – di prezzo contenuto.

I camerieri sono professionali e simpatici ma per quella tombola che paghi, ci mancherebbe altro.

Scendi da Monte Mario un po' deluso, convinto ancora di più che le trattorie serie abbiano maggior fascino di una buona parte degli stellati chef che hanno invaso televisioni, edicole, librerie, discorsi.

Trent'anni fa eri ripartito dalla quasi indifferenza al piacere della tavola ed avevi seguito il classico percorso di chi si fa una cultura da autodidatta.

Come avviene in questi casi, alzando sempre la posta, sei arrivato a quello che è considerato l'apice. E qui ti sei proprio stufato.

Il proprio scalino sarà smetterla di interessarti di cibo, anche di quello non stellato.

O quasi.

MG

Caro Lamberto

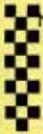
ho appreso dal giornale
delle città del prestigioso riconoscimento
che lo studio da te diretto ha ricevuto.

Ti invio le mie più vive
congratulazioni con tanta stima e
sempre vive amicizie.

Mario Rudolf

Verona, 25 ottobre 2014

Via Ponte Pietra, 19 - 37121 Verona - Tel. (045) 8007045



NOV-2014 11:33 From:STUDIO LEGALE PDO

0556802158

To:00458034080

Page:1/1

0556802158

STUDIO LEGALE
 PAPARO - D'ALESSANDRO & ORTOLEVA
 ASSOCIAZIONE PROFESSIONALE

Avv. SERGIO PAPARO
 Avv. PAOLA D'ALESSANDRO
 Avv. CARLO ORTOLEVA
 Avv. BARBARA MANNA
 Avv. FABIO PIANTI
 Avv. CHIARA ALTERISIO
 Avv. MELODY FAY CIATTINI

 Avv. FEDERICA BENEDETTI
 DOTT. VALENTINA PAPARO

Pigi. no Anu.
 Lamberto Lambertini
 - fax 045.8034080 -

Caro Lambertini,
 grazie per il rinvio al Consiglio del
 6/12.
 Non è escluso che possa presentarsi
 due giorni di "stacco"; nel qual
 caso ti avviso e ci vedremo.

Un abbraccio.

S.

VIA FRANCESCO PUCCINOTTI 42 - 50129 FIRENZE
 TEL. 055.6586984 - FAX 055.6802158

s.paparo@studiopdo.eu - sergio.paparo@firenze.pecavvocati.it - sergiopaparo@pec.ordineavvocati Firenze.it
 www.studiopdo.eu

128



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI TRENTO

il Rettore

All'Avv. Lamberto Lambertini
Corso Cavour, 44
37121 Verona

Trento, 5 novembre 2014

Ti ringrazio di cuore per il gradito messaggio di congratulazioni.

L'incarico ricevuto dal Presidente della Repubblica mi onora e mi gratifica. Al tempo stesso non Ti nascondo il rimpianto a lasciare in anticipo la mia Università e il lavoro avviato in questo primo anno e mezzo del mio mandato. Mi sono impegnata con tutte le mie forze e spero di avere saputo dare alla nostra comunità un contributo soprattutto per la crescita e per il futuro dei nostri giovani.

Auguro anche a Te il meglio e, nel ringraziarTi ancora, invio un caro saluto.

Daria de Pretis

Studio

Da: Sandro Boscaini <presidenza@masi.it>
Inviato: giovedì 30 ottobre 2014 16:41
A: Lamberto Lambertini
Oggetto: Complimenti

Caro Lamberto,

leggo dei successi internazionali del tuo Studio, sono felice per te e per i tuoi collaboratori e orgoglioso di essere tuo amico. Non mi meraviglio per nulla dal momento che conosco per esperienza diretta quanto sei forte!
Ad maiora!

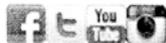
Un abbraccio,
Sandro

Sandro Boscaini

Presidente

Masi Agricola S.p.A.

tel. +39 045 6832511



www.masi.it

MASI[®]
AGRICOLA

Rispetta l'ambiente, pensa prima di stampare questa e-mail. Grazie.
Please consider the environment before printing this e-mail. Thank you.

STUDIO
ALBERTI - UBINI - CASTAGNETTI
 Dottori Commercialisti Associati

ASSOCIATI:

GIOVANNI ALBERTI
 Professore Ordinario di Economia
 Aziendale in quiescenza
 dottore commercialista - revisore legale

CLAUDIO UBINI
 dottore commercialista - revisore legale

ALBERTO CASTAGNETTI
 dottore commercialista - revisore legale

ELISABETTA UBINI
 dottore commercialista - revisore legale

RITA MAGGI
 dottore commercialista - revisore legale

PIAZZA CITTADILLA 6
 37122 VERONA
 TELEFONO: 045/597825-8000933
 TELEFAX: 045/8010330
 E-MAIL: info@albertiassociati.com
www.albertiassociati.com

COLLABORATORI:

LAURA CORDIOLI
 dottore in economia

ARIANNA ZECCHIN
 dottore in economia

Verona, 23 maggio 2014

Egregio Signor
 Avv.to LAMBERTO LAMBERTINI

Via posta elettronica

Caro Lamberto,

la bozza di Lambaradan da Te inviati mi ha commosso per il ricordo di una persona come il nostro Giovanni Gabrielli, di cui avevo ed ho grande stima professionale e profonda simpatia umana. Giovanni era una persona che ti faceva amare il rapporto con lui e con coloro che gli erano amici, Giovanni era uno studioso che presentava la Sua scienza con disarmante semplicità e profonda adesione ai fatti; Giovanni era un amico a cui guardavo con infinita ammirazione ed affetto.

Le foto che mi ritrae assieme a Lui con Giola e di cui non sapevo l'esistenza riassume tutti tali sentimenti.

Grazie per il ricordo dedicato ad un Uomo a cui tutti noi dobbiamo tanto.

- Giovanni Alberti -



Mittente: "045500866@iol.it" <045500866@iol.it>

Destinatario: perina@studiolambertini.it

Data: 04/11/2014 10:34

Soggetto: riconoscimento

Egredi Signori e Signore dello Studio Lambertini,

insieme a tutta la Mototaxi, vorrei congratularmi per il riconoscimento da Voi conseguito quale miglior studio legale di Verona.

Chiedo scusa se arrivo in ritardo ma volevo sapere che la notizia apparsa sul quotidiano l'Arena di due settimane fa non mi era sfuggita.

Siamo orgogliosi di essere nel nostro piccolo Vostri fornitori di fiducia e speriamo sarò così per molto tempo. Del resto il Vostro modo di rapportarVi a noi è sempre tra i più rispettosi ed eleganti verso un lavoro, il nostro, invece considerato ancora da molti di serie b e questo conferma, se mai ce ne fosse bisogno, che il premio è stato ampiamente ben riposto.

Mi conforta aver letto che il riconoscimento Vi sia stato assegnato per la Vostra vicinanza e attenzione soprattutto alle piccole e medie imprese, vera ossatura del nostro territorio.

Questi encomi cementano la mia convinzione che Verona sia una città da amare e che ogni giorno occorre prodigarsi per il luogo dove tutti noi abbiamo le radici.

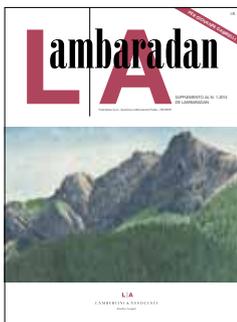
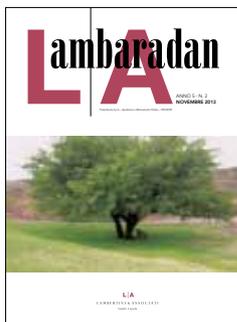
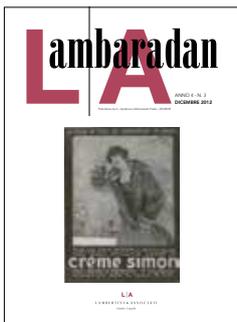
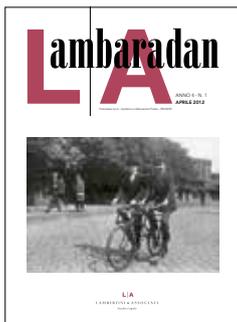
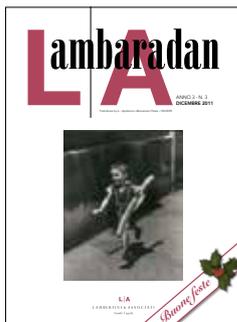
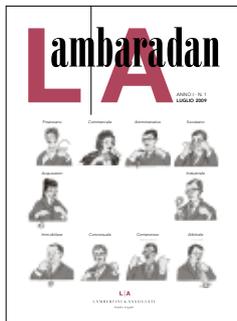
Con stima e sempre a disposizione

Titta, Pier e Marisa Savio
e i collaboratori Mototaxi

**Mototaxi e Veronesità, tutti i giorni fin nel cuore di Verona e da sempre
corrieri espressi in Italia e nel Mondo
...in attesa di uno strepitoso Natale**

132

Lambaradan



L | A
LAMBERTINI & ASSOCIATI
Studio Legale

Dai cinque anni in su. Ovvero: quando l'avvocato parla di se stesso

Nella primavera del 2009, la crisi del sistema finanziario era esplosa con tutta la sua forza distruttrice e la paura del futuro sopravanzava qualunque ottimistica previsione di un rapido ritorno alle sicurezze del passato.

Solo nel nostro paese, gli aerei ed i ristoranti erano sempre pieni, almeno nella visione di chi allora ci governava. Ma la realtà era purtroppo diversa, drammaticamente diversa.

Questi cinque anni hanno rivoluzionato, non sempre in peggio, il sistema economico, l'arroganza del progresso sedicente senza limiti, la fede nei magici prodotti finanziari che avrebbero dovuto consentire a tutti di guadagnare, secondo la fraudolenta formula del *win-win*.

Cinque anni fa, interrogandoci sul nostro futuro, ci siamo chiesti anche come parlare di professione quotidiana, evitando accuratamente di esaltare presunte qualità o miracolose capacità legali, come spesso capita di leggere nella stampa di settore.

Noi non volevamo registrare pedissequamente i cambiamenti profondi in atto ed i processi di ulteriore decomposizione del rapporto fiduciario tra avvocato e cliente.

Volevamo invece ricordare i fondamenti dell'attività libero-professionale ed in particolare quelli dell'avvocato, ripescando dal mare dell'oblio saggi e riflessioni di chi ha lavorato e studiato prima di noi, ma anche di chi lavora e studia oggi, con serietà e rigore.

Volevamo riflettere sulla domanda di diritto della società in cui viviamo e sulla risposta che quella domanda riceve, chiedendo agli altri, più che a noi stessi, di scrivere.

Volevamo anche parlare di cose leggere, scherzare, offrire qualche indirizzo di gola, pubblicare i vecchi manifesti pubblicitari, così curati ed armoniosi.

E così, a luglio 2014, il nostro giornale compie cinque anni: se contiamo anche gli allegati, siamo alla quindicesima uscita. Non male, ci sembra.

Distribuendo duemila copie, non siamo proprio sicuri di piacere a tutti, ma siamo consapevoli di essere – almeno per il momento – gli unici nel nostro paese. Il che forse costituisce anche uno dei motivi per cui non piacciamo a tutti: consideriamo però la competizione uno dei motori più forti della professione e non ci dispiace se il nostro giornalino contribuisce a stimolare iniziative culturali, approfondimenti e – perché no – sana concorrenza.

Il Direttore

Peraltro, in questi cinque anni abbiamo verificato quella verità che Adriana Cavarero ha scritto nel suo trattato sulla filosofia della narrazione: non sappiamo chi siamo, se non quando gli altri parlano di noi. Ulisse scopre l'importanza delle proprie imprese, quando l'aedo alla corte dei Feaci magnifica l'eroe omerico, senza sapere che è presente.

Così noi abbiamo imparato qualcosa su quello che siamo, ricevendo critiche e complimenti da chi ci ha letto in questi anni.

Parlando di noi e facendo parlare i nostri amici, crediamo di avere, almeno parzialmente, ricomposto il quadro professionale in cui avvocati, commercialisti e notai hanno lavorato in questi settantadue mesi così difficili economicamente e così spiazzanti per l'esercizio della libera professione in Italia.

Oggi, sperando che il peggio sia passato, daremo una nuova veste a questo giornale, lo allargheremo ancora di più ai contributi esterni, cercando di evitare i rischi di questo tipo di pubblicazione, rischi che vanno dal bollettino parrocchiale alla *newsletter*, sempre tardiva rispetto ai giornali specialistici e noiosamente pedagogica.

Se ce la faremo, ce lo direte fra altri cinque anni.

Lambaradan

ANNO I - N. 1
LUGLIO 2009

Finanziario



Commerciale



Amministrativo



Societario



Acquisizioni



Industriale



Immobiliare



Concorsuale



Contenzioso



Arbitrale



L | A

LAMBERTINI & ASSOCIATI

Studio Legale

Lambaradan

ANNO I - N. 2
DICEMBRE 2009



LA

LAMBERTINI & ASSOCIATI

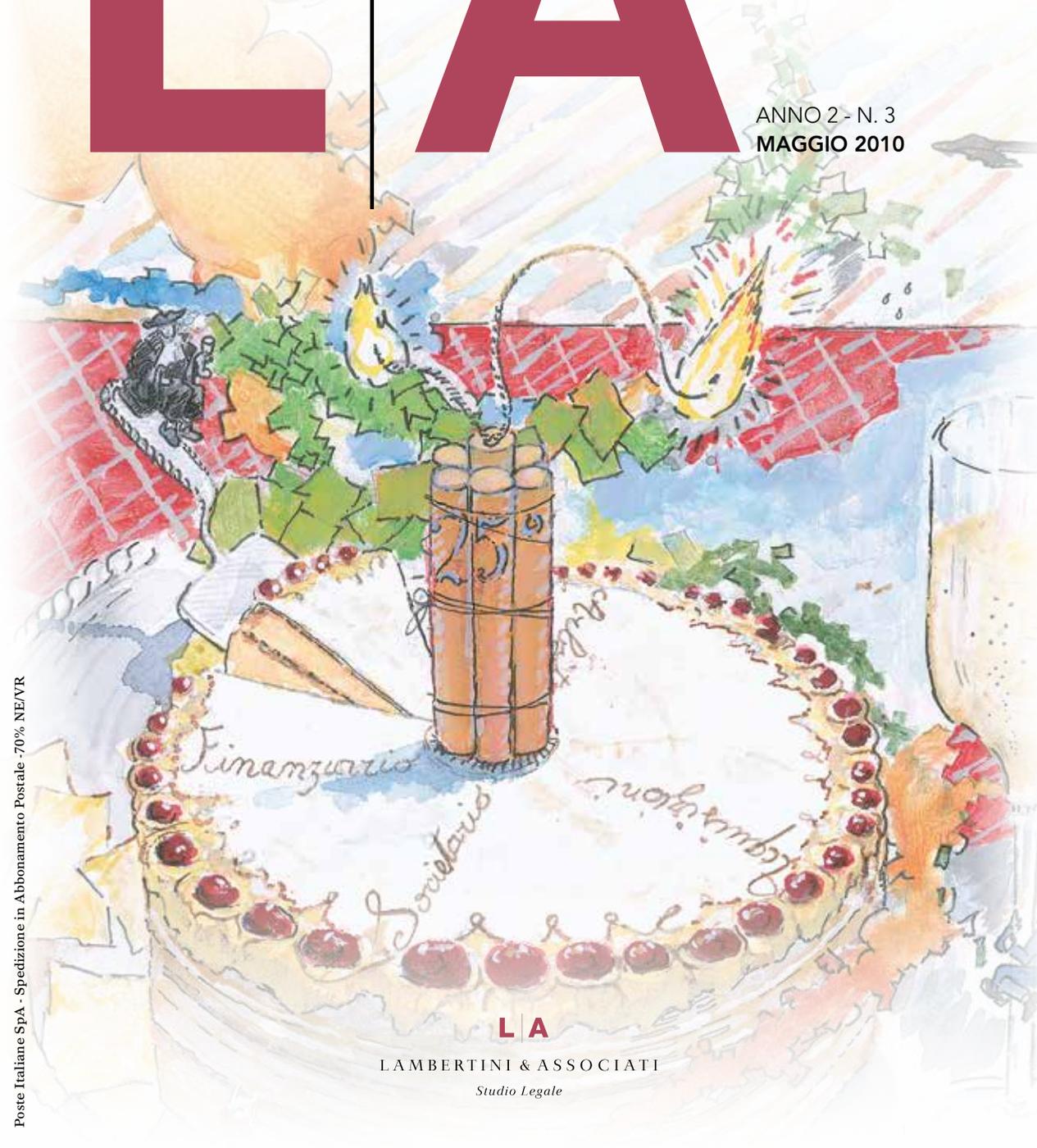
Studio Legale

speciale
25°

Lambaradan

ANNO 2 - N. 3
MAGGIO 2010

Poste Italiane SpA - Spedizione in Abbonamento Postale - 70% NE/VR



L | A

LAMBERTINI & ASSOCIATI

Studio Legale

Lambaradan

ANNO 2 - N. 4
SETTEMBRE 2010

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

139



L|A

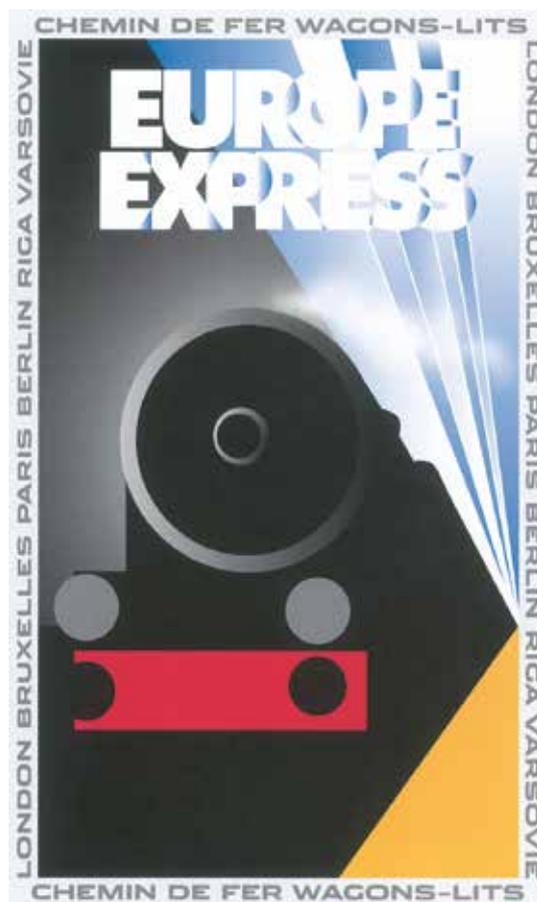
LAMBERTINI & ASSOCIATI

Studio Legale

Lambaradan

ANNO 3 - N. 1
MAGGIO 2011

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



L | A

LAMBERTINI & ASSOCIATI

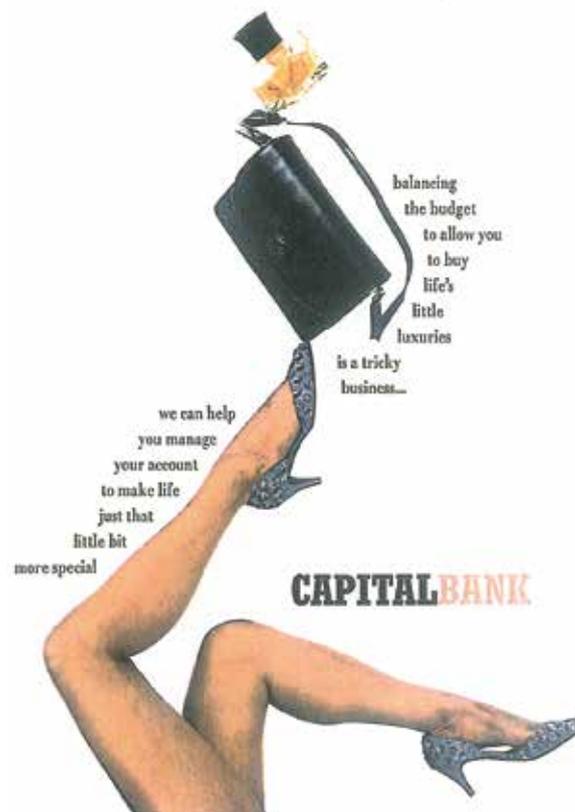
Studio Legale

Lambaradan

ANNO 3 - N. 2
SETTEMBRE 2011

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

141



L | A

LAMBERTINI & ASSOCIATI

Studio Legale

Lambaradan

ANNO 3 - N. 3
DICEMBRE 2011

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



L | A

LAMBERTINI & ASSOCIATI

Studio Legale

Buone feste



Lambaradan

ANNO 4 - N. 1
APRILE 2012

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

143



L | A

LAMBERTINI & ASSOCIATI

Studio Legale

Lambaradan

ANNO 4 - N. 2
SETTEMBRE 2012

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



L | A

LAMBERTINI & ASSOCIATI

Studio Legale

Lambaranadan

ANNO 4 - N. 3
DICEMBRE 2012

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

145



L | A

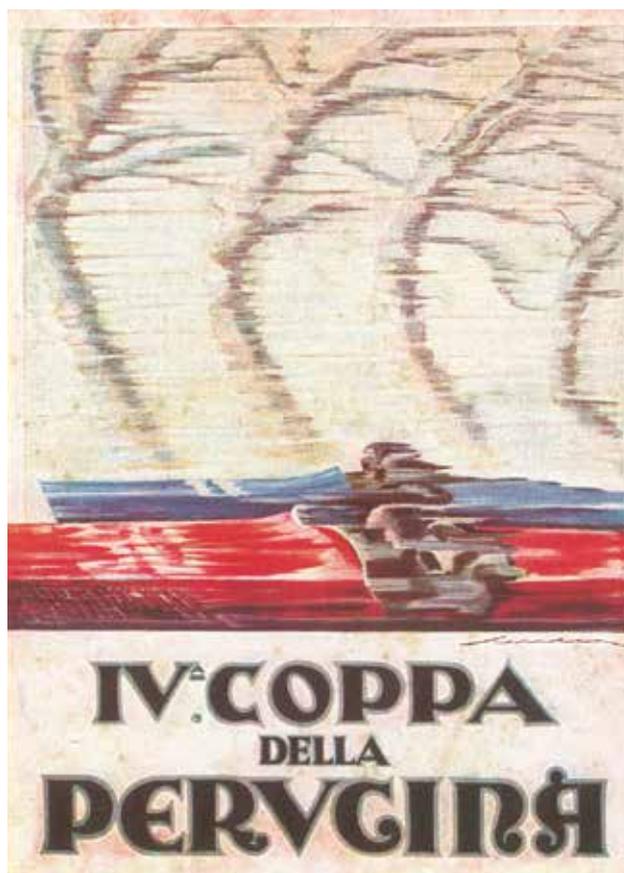
LAMBERTINI & ASSOCIATI

Studio Legale

Lambaradan

ANNO 5 - N. 1
APRILE 2013

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



L | A

LAMBERTINI & ASSOCIATI

Studio Legale

Lambaradan

ANNO 5 - N. 2
NOVEMBRE 2013

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

147



L | A

LAMBERTINI & ASSOCIATI

Studio Legale

Lambaradan

ANNO 6 - N. 1
APRILE 2014

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



L | A

LAMBERTINI & ASSOCIATI

Studio Legale

Ravani per naoni. Ovvero i nostri ultimi venticinque anni

Il 1985 è stato un anno importante per Verona ed anche per il nostro studio.

La squadra di calcio cittadina (allora unica, militando il Chievo in promozione) vinceva lo scudetto.

Il giro d'Italia, che sarebbe stato vinto da Bernard Hinault, partiva dall'Arena.

Il 6 maggio un pezzo d'intonaco cadeva sulla scrivania di un cancelliere del nostro Tribunale, lui providenzialmente assente, e cominciava la ricerca di una nuova sede, con l'abbandono definitivo dei Palazzi Scaligeri.

Dal gennaio il nostro studio aveva imboccato grazie a Giovanni la propria autonoma strada, originandosi da una costola dello Studio Donella, l'associazione legale più numerosa nel Veneto ed il cui socio anziano stava già allora offrendo intelligenza e fatica alla riformata Cassa di previdenza.

Allontanando un po' la prospettiva, ci si rende conto del tempo passato: Reagan governava l'America, Pertini stava lasciando la Presidenza della Repubblica a Cossiga, Silvio Berlusconi era il presidente della Edilnord, impegnata a costruire Milano 2, mentre Milano era da bere e stava cedendo la propria supremazia morale. Alla televisione c'erano "Quelli della notte" e tutti cantavamo con Neruda che di giorno si suda.

Gli avvocati italiani erano meno di quaranta mila e quelli veronesi meno di cinquecento; i praticanti crescevano a bottega; gli studi più importanti, a livello nazionale e locale, erano composti da pochi professionisti, non sempre legati da un rapporto associativo.

I contatti con l'estero erano pochi e si poteva felicemente (quasi) ignorare l'inglese, che il giorno del giudizio non sarebbe servito, (noi comunque) felici di rappresentare nel Nord una maison parigina, con connessi viaggi di lavoro (?) nella capitale francese.

Le specializzazioni cominciavano ad affacciarsi, ma spesso tutti facevano tutto. Noi non facevamo eccezione: eravamo contemporaneamente impegnati in Assise, per un processo indiziario che appassionava la città e oppositori a Trieste della scalata finanziaria alla Tripovich, centenaria società di trasporti navali, che di lì a poco sarebbe stata portata ad un fallimen-

to rovinoso dallo spregiudicato scalatore Della Zonca; difendevamo la Tiberghien, da alcuni impiegati alla caccia della qualifica di dirigenti, dopo che il Comune aveva ceduto la proprietà al gruppo Mazzocchi; ci appassionavamo alle iniziative di GianBattista Rossi per la cooperazione e la finanza solidale; aiutavamo il vecchio patron Garonzi a recuperare soldi dalla vendita del Verona Hellas.

La frequentazione di codici e processi diversi, pur faticosa, arricchiva nel contatto personale e dava l'impressione di un'esperienza professionale completa.

Ma nel rapporto con gli esperti, che spesso il cliente affiancava (Vincenzo Stanchi nel lavoro, Luigi Devoto o Giuliano Spazzali nel penale, Piergiusto Jaeger nel commerciale) risultava evidente la superiorità di un'organizzazione specialistica del lavoro che faceva meglio risaltare anche le capacità personali, spesso di per sé straordinarie, dei grandi specialisti citati.

L'invito a cercare una prevalente attività era nelle cose e superava la paura di rinunciare ad una parte delle soddisfazioni, anche economiche, che si ricevevano dal fantuttismo. Così, coniugando l'interesse scientifico ad una valutazione (molto alla buona) di quello che ancora non si chiamava mercato della professione, ci si decise per il commerciale e, all'interno di questo vasto mare, per il societario.

A quel tempo non esisteva ancora il telefax, pochissimi usavano la telescrivente, le macchine da scrivere avevano una memoria di due righe (se ci si poteva permettere l'Olivetti 121), per fare copie si usava la carta carbone, il telefono aveva filo e cornetta.

Dunque i ritmi lavorativi e la pressione dei clienti erano tollerabili e consentivano ampi spazi per studiare e per formarsi un bagaglio di conoscenze adeguato alla difficoltà della materia di specializzazione prescelta. Ci eravamo dati tre anni e ne servirono diversi in più, ma ci stupimmo allora (e continuiamo a stupirci ancora oggi) della scarsità numerica di professionisti specializzati in questo settore.

La scommessa è stata vinta ed allo studio è stata riconosciuta una competenza nella specializzazione.

3

Non sappiamo, oggi, se definire questo percorso un successo.

Di fatto però è stato, ed è tuttora, appassionante possedere e cercare di mantenere una conoscenza approfondita di norme e procedure strettamente legate all'andamento economico dell'area geografica in cui si vive ed in cui si esercita la propria attività: la funzione professionale non è solo ancillare, ma può diventare un contributo alla formazione ed al rispetto di regole di comportamento razionali nell'agire economico.

Peraltro eravamo e siamo convinti che il mestiere di avvocato richieda una partecipazione attiva alla comunità, non solo cercando di comprenderne le dinamiche economiche e sociali, ma favorendo la cultura delle regole e della legalità. È nostra ferma convinzione che questa partecipazione non si realizzi dandosi direttamente alla politica: le schiere di avvocati, da sempre in Parlamento, non hanno migliorato l'amministrazione della giustizia in Italia.

Ci sembra invece necessario partecipare alla vita delle associazioni e delle istituzioni forensi, per comprendere e per svolgere meglio il proprio ruolo, all'interno della società, per raccogliere gli elementi vivi della tradizione, per farsi sentire con la forza necessaria. Per questo militiamo oggi come allora in una associazione nazionale, ne abbiamo diretto, a suo tempo, l'organo di stampa; per questo abbiamo contribuito al nostro ordine e abbiamo molte perplessità a credere che il futuro dell'avvocatura stia nella soppressione degli organi di autogoverno.

Mentre il mondo cambiava (la caduta del muro di Berlino dava il colpo di grazia alle ideologie politiche e preparava la fine del sistema di governo del dopoguerra italiano; la dimensione dei commerci cresceva e diveniva mondiale; l'industria cedeva al terziario; il computer, il telefono portatile, Internet, la posta elettronica stravolgevano il modo di vivere di ciascuno di noi), anche la professione andava mutando nel suo farsi e nei suoi protagonisti.

Arrivarono negli anni '90 gli studi stranieri, non solo al seguito delle multinazionali, ma per occupare spazi italiani, importando nuovi strumenti di acquisizione e finanziamento delle imprese, nuovi prodotti finanziari, una contrattualistica autoreferente ed in lingua inglese, il distacco dal contenzioso, la tariffa oraria, il patto sul compenso. Si richiedeva una figura professionale diversa e cominciarono le fusioni tra studi per raggiungere livelli dimensionali adeguati ad operazioni di grande complessità (Telecom suonò la sveglia). Gli avvocati d'affari (termine desueto, dopo la condanna definitiva di Previti) non erano soltanto Bisconti o

Chiomenti, così come le grandi questioni non erano più appannaggio di pochi professori universitari.

Anche noi allora coltivammo un rapporto di amicizia con uno studio nazionale ed imparammo a pensare un po' più in grande (grazie Claudio!), soprattutto per la necessità di implementare la conoscenza in settori nuovi: il diritto pubblico nella fase di privatizzazione, la proprietà intellettuale nella fase di sviluppo delle nuove tecnologie, i finanziamenti strutturati alle imprese, come altre specializzazioni settoriali sono state le materie di cui si appropriavano i giovani professionisti di dieci anni fa, che hanno trasformato lo studio in un gruppo coeso ed indipendente dalle singole persone.

Con nuove basi e nuove motivazioni, ci sentivamo in grado di allargare l'area del nostro lavoro, anche per le opportunità che i nuovi strumenti tecnologici (portatili e tuttavia sempre collegati al centro) ci offrivano.

Ci fu più facile mantenere i rapporti lavorativi che avevamo instaurato a Vicenza con professionisti autorevoli e capaci, e cominciammo ad accarezzare l'idea di stabilirvi una sede autonoma. E così è stato ed oggi siamo lieti di lavorare in una delle realtà economicamente più vivaci del nostro paese, ricevendone sollecitazioni professionali di grande interesse.

E, con lo stesso spirito, fu poi la volta di Milano e ben presto di Roma, alla ricerca di una dimensione adeguata alle necessità di coloro a cui rivolgiamo il nostro lavoro.

E qui dobbiamo rivelare un piccolo segreto: coloro ai quali da venticinque anni ci rivolgiamo sono i professionisti che ci associano nella gestione di una pratica, ritenendoci competenti ed affidabili. E questa nostra preferenza si spiega facilmente: al professionista (sia esso avvocato o commercialista) non si può raccontare la fava e la rava, non si possono offrire illusioni, non si può mentire sulle proprie conoscenze, non si possono propinare parcelle rapinose.

Di più: dal contatto con il professionista amico si esce arricchiti di esperienza e di conoscenza, cosa che non sempre avviene con il cliente comune. Questo nostro prezioso avviamento è dunque basato su di un rapporto di stima reciproca (che dura spesso decenni), nel quale tutte le parti sono impegnate a dare il meglio per integrare le proprie competenze, per realizzare la propria professionalità in amichevole e proficua competizione. Questi rapporti profondi non pesano sull'organizzazione dello studio: il gruppo di lavoro si forma di volta in volta, a seconda delle questioni trattate e delle problematiche da affrontare. Questa è da sempre la nostra risposta alle aggregazioni professionali troppo numerose e quindi troppo rigide e costose.

Di certo siamo e siamo considerati numericamente pochi per qualche operazione di grande rilievo.

Pazienza!

Con questi numeri però abbiamo affrontato questa negativa congiuntura economica senza rinunciare alla nostra indipendenza, alle collaborazioni interne, alle nostre sedi, alle nostre comodità organizzative, alla nostra tranquillità di guadagno. Non siamo sicuri che sia successo così a tutti.

Peraltro la crisi economica ha dimostrato che il lavoro va affrontato in modo organizzato e dunque in associazione tra professionisti è solo condividendo spese e guadagni, speranze e progetti, che si può pensare di comprendere la complessità delle questioni giuridiche, di offrire un servizio costante, in parte almeno, indipendente dalla nostra singola

persona, dai raffreddori, dai periodi di ricostituente vacanza.

Solo un gruppo coeso può accettare, come spesso avviene, incarichi particolarmente scomodi, anche se giuridicamente interessanti ed eticamente commendevoli, non fosse altro perché combattono la tendenza alle scelte così comode da assomigliare all'ignavia.

Solo in gruppo ci si può mantenere indipendenti ed autonomi e, quando la paura (così quotidiana, non fosse altro per l'incertezza di risultato insita in questa professione) bussa, si può aprire insieme la porta, non trovando più nessuno.

Per questo in venticinque anni, pur diversi per numero, organizzazione e specialità, non abbiamo cambiato idea sul modo per essere avvocati. Insomma, come si dice a Verona siamo partiti ravanati e siamo ancora naoni.



LAMBERTINI & ASSOCIATI

Studio Legale

MILANO

Via Fatebenefratelli 10, 20121

Tel. 02.76316831 - Fax. 02.76398627

ROMA

Palazzo delle Assicurazioni Generali di Venezia

Piazza Venezia 11, 00187

Tel. 06.6991603 - Fax. 06.6991726

VERONA

Palazzo Canossa

Corso Cavour 44, 37121

Tel. 045.8036115 - Fax. 045.8034080

VICENZA

Palazzo Franceschini Piovene

Contrà Porti 24, 36100

Tel. 0444.547898 - Fax. 0444.320600

VENEZIA

Santa Croce, 420/a, 30135

Tel. 041.5322799 - Fax. 041.5310262