ISSN 2531-386X

LAmbaradan

postatarget creative
NORD EST/02222/10.2016
Posteitaliane

MARZO 2018

L A
LAMBERTINI & ASSOCIATI
Studio Legale

Marzo 2018
Iscrizione Registro Stampa Tribunale di Verona n. 1844

Editore
Studio Legale Lambertini & Associati
Palazzo Canossa, Corso Cavour 44, 37121 (Verona)
Tel. 045.8036115 Fax 045.8034080

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

Stampa
Cierre Grafica
via Ciro Ferrari, 5 - Caselle di Sommacampagna (Verona)
tel. 045 8580900 - fax 045 8580907 - www.cierrenet.it

Banche di prossimità e aziende di famiglia

Il sistema delle banche popolari in generale era basato su relazioni con l'impresa, caratterizzate da una forma di *relationship landing* tutta italiana, in cui mancava la trasparenza sulla disciplina richiesta dall'esposizione alle fluttuazioni del mercato, per privilegiare una flessibilità di fronte alle fluttuazioni cicliche, un elevato grado di adattamento, che nel lungo periodo ha dimostrato considerevoli limiti: scoraggiare la crescita per discontinuità, temendo l'innovazione nel governo delle imprese e nella loro organizzazione.

Un sistema finanziario banco centrico e fondato su relazioni fiduciarie di lungo periodo garantisce infatti buoni risultati, quando il tessuto produttivo è frammentato in molte imprese di piccole dimensioni, quando la produzione e la diffusione di informazioni è oscillante e molto costosa (e conseguentemente manca la trasparenza), quando il sistema giudiziario non è in grado di garantire con rapidità una piena protezione dei contratti e quando l'innovazione procedere senza strappi, in modo da incrementarsi progressivamente.

Un sistema finanziario così strutturato ha però finito per compromettere la capacità allocativa e selettiva delle banche ed ha severamente limitato lo sviluppo del mercato mobiliare, con conseguenze importanti sulla struttura finanziaria delle imprese.

Ne è risultata una struttura delle aziende piccolo-medie italiane fortemente sotto patrimonializzata, con significative difficoltà di accesso alla finanza esterna, fortemente dipendenti da prestiti bancari di breve periodo.

Il banchiere locale ha ragionato in termini di continuità di impresa, di fronte ad una crescita senza fratture, né proprietarie, né manageriali, sulla base di linee di sviluppo tradizionali. Il banchiere locale era quindi disponibile ad aiutare il proprietario anche quando entrava in difficoltà, ma non a stimolare il cambiamento. Al contrario, basando le proprie valutazioni dei rischi sui dati di conoscenza personale, tendeva a favorire tutto ciò che conservava questo patrimonio di cono-

SOMMARIO

- Editoriale
  Banche di prossimità e aziende di famiglia 1
- Le tavole della nostra legge 3
- La causa dei patti di famiglia alla prova dell'azione pauliana
  di Giovanni Aquaro 4
- Imprese familiari e fonti di finanziamento alternative
  di Debora Cremasco 7
- Contratti internazionali di appalto. Una notazione sull'applicazione dei modelli FIDIC in America Latina
  di Nicola Grigoletto 11
- I gruppi di società e la soluzione della crisi
  di Lamberto Lambertini 13
- Gruppo ARP e Ferrari: l'amore (contrattuale) non è bello se non è litigarello, ma è necessario lasciarsi con stile
  di *Arianna Segala - Gioia Carrabetta* 17
- Una lettura del *social impact investing* dalla teoria delle esternalità
  di Francesco Stocco 19
- Il credito del professionista che ha svolto attività di assistenza e consulenza nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione va soddisfatto in prededuzione nel successivo fallimento
  di Jennifer Adami 27
- La sospensione della convocazione di assemblea della SpA. Un caso vicentino nell'orientamento del Tribunale delle imprese di Venezia
  di Davide Pachera 29
- Benvenuti danni punitivi …o forse no!
  di Francesca Benatti 32
- A proposito di *wing arbitrators*, di arbitri alati e di gatti che sogguardanti volano (e di altri animali…della mia famiglia… in senso lato e durelliano)
  di Claudio Consolo 41
- Democrazia e populismo (a proposito di un saggio di Natalino Irti)
  di Francesca Benatti 49
- Auto da fé
  di Eugenio Montale 53
- Una decisione della Cassazione e un saggio di Giovanni Tantini: due lenti con le quali mettere a fuoco il tema dell'indipendenza del sindaco-consulente
  di Andrea Caprara 57
- Don Giovanni, Donna Anna e il lutto vedovile
  di Francesco Carbonetti 70
- Le Coq, il Guelfo, il Pestello, alcuni altri e (per far contento l'amico Totò) il Fuori Modena
  di Renè Gourmand 76

scenza, patrimonio rappresentante il vero vantaggio competitivo.
E questo è avvenuto anche in distretti industriali o commerciali notevolmente innovativi, come quelli presenti in Veneto.
Il fatto è che casse rurali, banche di credito cooperativo e banche popolari, anche nei momenti di crisi hanno assicurato quella linea di liquidità che ha garantito il credito al territorio. E così il periodo 1996/2006 ha rappresentato la grande espansione territoriale delle banche popolari. Ma poi è arrivata la crisi, la più grave che il nostro sistema abbia conosciuto.
La recessione ha determinato effetti sconvolgenti: dal 2009 crolla il 25% del sistema manifatturiero e nell'edilizia falliscono quattro aziende su dieci.
Per questo le aziende non riescono a restituire il denaro preso in prestito e così, laddove a garantire finanziamenti è soprattutto il sistema bancario, dal 2009-2010 la crisi economica diventa anche crisi del credito.
Chi soffre di più in questi casi sono le banche più concentrate su alcuni territori e distretti, come le banche venete.
"In Veneto, infatti, la crescita tumultuosa dell'economia ha creato nel tempo crediti in sofferenza. E qui nasce il grande paradosso della Popolare di Vicenza e di Veneto Banca. Il Nordest è stato falcidiato dalla crisi. Le banche, nessuna esclusa, faticano a recuperare i soldi prestati. Eppure, con il beneplacito della Banca d'Italia, negli anni neri della recessione, le due grandi popolari non quotate del Nordest… crescono, distribuiscono dividendi, acquistano altri istituti" (Greco-Vanni, *Banche impopolari,* Mondadori, 2017, p. 153).
Sappiamo poi come è andata e lasciamo al futuro storico dell'economia ricostruire le cause del dissesto, una volta che si sia depositata la polvere di una specie di rumorosa rivolta popolare, di cui il nostro paese ha dato molti esempi nel passato remoto o recente, da Masaniello alle quote latte.
Resta il fatto che oggi un intero comparto della nostra economica industriale è rimasto privo dell'abituale supporto finanziario, rischia di subire le iniziative giudiziali per il recupero dei propri debiti incagliati e teme che l'innegabile ripresa del nostro Paese si blocchi per mancanza di credito alle aziende di minori dimensioni.
Scomparso il sistema delle popolari, restano le BCC, impegnate peraltro in un processo di aggregazione complesso.
È in questa situazione che le imprese italiane e venete debbono trovare la lucidità per riformare il loro ricorso al credito, sostituendo la banca con gli strumenti che una finanza non creativa ma solida può garantire.
Non è sempre necessario proporsi una quotazione ad uno dei nuovi mercati, che peraltro mostrano una grande vitalità.
Si può trovare più facilmente credito, se ed in quanto si è disponibili a dare alla propria impresa un carattere non familistico o personalistico, ma un'impronta di gestione manageriale, trasparente ed efficace.
Non è necessario comunicare i propri segreti industriali per accedere al credito. È necessario però capire che l'investitore deve avere piena conoscenza dell'attività dell'impresa, del modo in cui è governata, dei progetti a cui è destinata.
In questo modo il finanziamento della banca diventa meno importante e l'imprenditore potrà utilizzare un credito più dinamico e più proficuo.

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.

GIOVANNI AQUARO

La causa dei patti di famiglia alla prova dell'azione pauliana

In un'epoca sempre più caratterizzata dall'allargamento e internazionalizzazione dei mercati, il passaggio generazionale e la trasmissione dell'azienda di famiglia rappresentano un momento cruciale per la vita e la vitalità di un'impresa[1]; al quale, tuttavia, il sistema successorio italiano non ha, tradizionalmente, saputo fornire risposte adeguate[2].

Da sempre in bilico tra tutela del disponente e interesse dei familiari a succedere[3] – il sistema successorio ha vieppiù mostrato il fianco ogniqualvolta, calato nel particolare contesto aziendale[4], assai raramente ha mostrato d'essere all'altezza del compito di preservare il valore di una azienda[5]; giungendo spesso, ed anzi, a pregiudicarlo seriamente con l'instaurazione di una comunione ereditaria o, peggio, con la trasmissione dell'impresa ad un successore incapace a provvedervi.

E il divieto generale dei patti successori – pure tradizionalmente posto a presidio della libertà del disponente – altro non ha poi fatto se non ulteriormente irrigidire tale situazione[6], sbarrando la strada alla possibilità, per i protagonisti della vicenda successoria che avesse ad oggetto un'azienda di famiglia – e che fossero concordi circa l'opportunità di regolamentare preventivamente e pattiziamente le sorti dello speci-

1. L'importanza di tale momento è stata colta già da tempo dall'imprenditoria, che non a caso ha dato vita, nel 1997, all'Associazione italiana delle Aziende Familiari il cui scopo è, proprio, quello di assicurare la continuità dei processi di transizione e lo sviluppo delle aziende familiari. (*www.aidaf.it*).

2. Solo con riferimento ad ipotesi del tutto peculiari – legate all'esercizio di attività agricola – è stata presa in considerazione l'esigenza di garantire la prosecuzione dell'impresa mediante attribuzioni preferenziali dell'azienda: v. l'art. 49 l. 3.5.1982, n. 203, nonché gli artt. 4 e 5 l. 31.1.1994, n. 97.

3. BIANCA, *Diritto civile, 2, La famiglia. Le successioni*, Giuffrè, 2001, p. 465; BONILINI, voce *Testamento*, nel *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, XIX, Utet, 1999, p. 342, ove si nota come la volontà alla base del testamento «*si riannoda al sentimento, è la traduzione, anche giuridica, della realtà degli affetti, delle emozioni, degli ideali, delle convinzioni*».

4. Ormai da tempo la dottrina ha indirizzato gli studi verso gli istituti alternativi al testamento proprio in ragione della natura dei beni «*che esige un tipo di trasferimento adeguato alla loro diversa destinazione*» e alle «*esigenze segnate dalle differenti qualità e dei più vari bisogni dei soggetti cui vengono trasmessi*»: PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Jovene, 1983, 3 ss.; ID., *Istituti alternativi al testamento*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da Perlingieri, VIII, 1, Esi, 2003.

5. Cfr. Iudica, *Il* family buy-out *come strumento di preservazione del valore dell'impresa nella successione* mortis causa, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Giuffrè, 2004, p. 597 ss., ove correttamente si evidenzia come la successione nella partecipazione societaria, in quanto comporta un potere amministrativo e gestionale, incide sul valore del bene poiché «*ne muta le condizioni di amministrazione e di gestione: ossia in quanto incide sull'attitudine dell'impresa a produrre ricchezza e a svilupparsi nel tempo*».

6. RESCIGNO, *Attualità e destino del divieto dei patti successori*, in *La trasmissione familiare della ricchezza*, Cedam, 1995, 1 ss. Peraltro, l'intralcio al perseguimento di interessi altrimenti meritevoli posto dal divieto dei patti successori nonché la necessità di un intervento del legislatore sul divieto è da tempo sottolineato da diversi autorevoli autori. In tale senso, Roppo, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 5 ss.: «*Ridurre e alleggerire il divieto significa meno vincoli e più libertà; ma insieme significa anche meno opacità e più trasparenza nelle operazioni di autonomia privata. Significa, poi, anche più efficienza nell'allocazione e nell'impiego delle risorse*»; CACCAVALE-TASSINARI, *Il divieto dei patti successori tra diritto positivo e prospettive di riforma*, *ibidem*, 74 ss.; IEVA, *Divieto di patti successori e tutela dei legittimari*, in *Riv. notar.*, 2005, I, 934 ss. nonché ID., *Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto di impresa. Profili di revisione del divieto dei patti successori*, in *Riv. notar.*, 1997, I, 1373 e DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Jovene, 1976, p. 3, ove si evidenzia come «*il divieto imposto dall'art. 458 cod. civ., espressione della tutela della libertà assoluta di testare, sembra dar ragione a chi individua nel diritto successorio il settore del diritto civile vincolato, più di ogni altro, ad antichi schemi e refrattario ai rinnovamenti*».

fico «bene» – di stipulare un qualsivoglia accordo che effettivamente, dell'azienda, ne preservasse valore e continuità.

Ed è stato proprio questo difficile confronto tra esigenze imprenditoriali e sistema successorio ad aver indotto, già nei primi anni novanta del secolo scorso, la Commissione Europea ad emanare una Raccomandazione (la n. 94/1069/CE del 7 dicembre 1994)[7] con la quale, "*preso atto che circa il 10% delle dichiarazioni di fallimento sono ascrivibili ad un'errata gestione dei profili legati alla successione* mortis causa*",* si invitavano gli Stati membri ad agevolare la successione durante la vita dell'imprenditore attenuando gli ostacoli – come quelli scaturenti, appunto, dal divieto dei patti successori – che tipicamente si frappongono al perseguimento dell'anzidetto obiettivo[8].

Con legge 14 febbraio 2006, n. 55, in vigore dal 16 marzo 2006, sono stati quindi introdotti nel codice civile gli articoli da 768-*bis* a 768-*octies* disciplinanti il c.d. patto di famiglia: ovvero sia, il contratto, e quindi l'atto *inter vivos*, con cui al disponente viene data la possibilità di trasferire, in tutto o in parte, l'azienda o le proprie quote ad uno o più discendenti, i quali dovranno liquidare al coniuge del disponente ed a coloro che sarebbero legittimari, ove in quel momento si aprisse la successione del disponente, un valore corrispondente alle quote di legittima previste dagli articoli 536 e seguenti del codice civile[9].

Se, dunque, intenzione del legislatore è stata quella di realizzare una sorta di anticipata successione a titolo particolare, avente ad oggetto esclusivamente l'azienda o le partecipazioni sociali, dando soddisfazione, come era nelle parole della relazione accompagnatrice, a «*l'esigenza di consentire all'imprenditore di disporre in vita della propria azienda in favore di uno o più dei propri discendenti, purché con l'accordo dei rimanenti discendenti e dell'eventuale coniuge*», assai significativo in questa prospettiva, risulta allora una indagine volta a verificare quale sia, del patto di famiglia, la tenuta sistematica d'innanzi allo strumento della revocatoria ordinaria di cui agli artt. 2901 e ss. c.c.

Premesso infatti che l'azione revocatoria investe, secondo la previsione del primo comma della norma poc'anzi ricordata, (*solo*) gli atti di disposizione compiuti dal debitore in pregiudizio dei suoi creditori, e premesso altresì che dagli atti di disposizione suscettibili di revocatoria vadano pacificamente esclusi quelli compiuti *mortis causa* – posto che tali atti determinano eventualmente un pregiudizio per i creditori solo a partire dal momento dell'apertura della successione[10] – la risposta al quesito posto passa necessariamente dalla necessità di stabilire quale sia, del patto di famiglia, la natura causale con ciò stabilendo la collocazione di tale peculiare accordo rispetto alle regole del sistema successorio[11].

Ebbene. La natura giuridica del patto di famiglia è, notoriamente, controversa, non mancando opinioni che vi ravvisano non già – come inizialmente detto –

7. La riforma era stata auspicata, come detto, dalla *Raccomandazione della Commissione Ce* del 7 dicembre 1994, che si legge anche in *G.U.C.E.* 31 dicembre 1994, L 385, cui ha fatto seguito la *Comunicazione della Commissione relativa alla trasmissione delle piccole e medie imprese*, 98/C (in *G.U.C.E.*, 28 marzo 1998, C93/2) ove viene trattata la questione della continuità delle imprese medio-piccole nei trapassi generazionali. Sulle molteplici implicazioni, MANES, *Prime considerazioni sul patto di famiglia nella gestione del passaggio generazionale della ricchezza familiare*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2006, p. 533, n. 42., p. 539 ss. e n. 14 e 15 a p. 545, ove si evidenzia che «*solo un'azienda su cinque resisterà fino alla terza generazione*».

8. Calò, *Le piccole e medie imprese: cavallo di Troia di un diritto comunitario delle successioni?*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1997, II, 217 ss., che analizza le diverse iniziative comunitarie che, a partire dalla fine degli anni Ottanta del secolo scorso, hanno toccato le imprese, soprattutto piccole e medie.

9. Secondo A. ZOPPINI, *Il patto di famiglia* (*linee per una riforma dei patti sulle successioni future*), in *Dir. priv.*, 1998, 261, l'obiettivo perseguito con il patto di famiglia è quello di provvedere alla «*riallocazione consensuale del controllo*» e ciò "*sul presupposto che l'imprenditore che "passa la mano" è nella posizione migliore per identificare chi sia più adatto ad assumere il governo dell'impresa e quindi a designare il proprio successore*».

10. Ipotesi, questa, rispetto alla quale i creditori possono tuttavia tutelarsi con un diverso strumento, rappresentato dalla separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede, ai sensi dell'art. 512 c.c., mediante il quale i creditori del *de cuius* possono assicurarsi il soddisfacimento con i beni del defunto a preferenza dei creditori dell'erede e dei legatari.

11. Peraltro, sul punto vale la pena segnalare come sia rinvenibile un unico precedente in termini, nel quale un giudice di merito ha in effetti accolto una domanda di revocatoria avente ad oggetto un patto di famiglia, respingendo gli argomenti portati dal convenuto per negarne la sottoponibilità al rimedio (Trib. Torino, Sez. spec. Impresa, 20 febbraio 2015). Pare comunque da sottolineare come, nel caso sottoposto al giudice del merito, il patto avesse "*natura di atto a titolo gratuito, in quanto a fronte del trasferimento di partecipazioni sociali manca[va] la previsione di una corrispondente attribuzione in favore del disponente*". Ed infatti, motiva la sentenza, "*la somma a carico di G. G. e G. G., da pagare a G. R. e G. M., di importo peraltro molto modesto rispetto all'attribuzione effettuata a loro favore (euro 15.000 a carico di ciascuna, a fronte di un valore dell'attribuzione di euro 241.007 e dell'accollo da parte del disponente del debito di euro 60.335) costituisce un onere gravante sull'assegnazione gratuita.*".

un semplice atto di disposizione *inter vivos*, bensì un atto con causa complessa[12]; realizzante, in particolare, insieme ad una funzione di liberalità, anche una funzione, latamente successoria, nella misura in cui determina la distribuzione di talune sostanze anticipatamente rispetto al momento dell'apertura della successione, con modalità che comportano una divisione anticipata del patrimonio del disponente[13]. Una sorta, dunque, di causa ibrida, in cui è presente anche la finalità propria delle disposizioni successorie: ovvero la distribuzione del patrimonio in vista della morte della persona; come parrebbe peraltro confermato dalla circostanza che la l. n. 55/2006, istitutiva del patto di famiglia, ha provveduto ad integrare il testo dell'art 458 c.c., in materia di divieto di patti successori, in esso precisando che sono fatte salve le previsioni degli articoli 768 ss. c.c., da intendersi dunque come ipotesi di deroga al divieto dei patti successori (in ipotesi, istitutivi).

E ancora più radicalmente, nella direzione della causa successoria, con esclusione altresì della causa liberale o donativa, si colloca un'autorevole dottrina[14] ad avviso della quale il patto di famiglia, ancorché indubbiamente – quanto necessariamente – stipulato *inter vivos*, si presenta come un peculiare contratto dotato di "*causa di successione*", in quanto "*funzionalmente destinato a regolare la successione nell'azienda o nelle partecipazioni senza incorrere nel divieto posto altrimenti dall'art. 458 c.c.*". Di qui la conclusione secondo cui tale patto, come ogni attribuzione a causa di morte, non possa essere qualificato come atto di liberalità in senso tecnico, in quanto la presenza delle liberalità è, in esso, "*del tutto irrilevante così come lo è per il testamento; infatti mentre il problema della forma è risolto in radice (art. 768 ter c.c.), la necessità che gli altri legittimari ricevano dall'assegnatario il valore della propria quota, salva la loro facoltà di rinunciarvi, rende superflua ogni valutazione in proposito*". Ne discende, ulteriormente, l'applicazione delle norme riguardanti le successioni, sicché esso "*appare soggetto non alle ipotesi di revocazione previste per le donazioni (ingratitudine, sopravvenienza di figli) ma a quelle delle successioni e segnatamente dell'indegnità, che ben può realizzarsi successivamente all'esecuzione del patto*".

E se così è – come in effetti parrebbe che sia, almeno secondo questa impostazione – è sin troppo facile concludere, per quanto qui più di ogni altra cosa interessa, come sia da escludere del tutto ai patti di famiglia l'applicazione della disciplina dell'azione revocatoria ordinaria (e fallimentare) sul presupposto – invero condivisibile – che la soggezione all'*actio pauliana* è esclusa proprio dalla prevalenza della causa successoria su quella di liberalità.

Ciò, si badi bene, non implica in alcun modo l'esclusione di qualsivoglia tutela del creditore. Al contrario, nella mutata prospettiva qui analizzata, tale tutela troverebbe molto semplicemente realizzazione nei "*meccanismi del diritto delle successioni, ovvero mediante la responsabilità illimitata del legittimario sia pure per la quota a lui riferibile (art. 754 c.c.), che però qui sembra coincidere con l'intera attribuzione, salva la sua rivalsa verso i legittimari che abbiano ricevuto i conguagli*", salva poi, per i creditori, "*la possibilità di avvalersi del diritto alla separazione (art. 512 ss. c.c.) al fine di evitare la confusione tra l'azienda o il pacchetto azionario ed il restante patrimonio del beneficiato, onde agire con preferenza sui creditori personali di questo*"[15].

12. G. SICCHIERO, *La causa del patto di famiglia*, in *Contr. impr.,* 2006, p. 1261 e ss.

13. Di "*contratto successorio*" parla senz'altro, ad es., L. BALESTRA, *Prime osservazioni sul patto di famiglia,* in *Nuova giur. civ. comm*., 2006, II, p. 372 s.

14. G. SICCHIERO, *Op. cit*., in *Contr. impr.,* 2006, p. 1266.

15. G. SICCHIERO, *op. cit*., p. 1274 e s.

DEBORA CREMASCO

Imprese familiari e fonti di finanziamento alternative

È fatto notorio che la struttura finanziaria ed il modello di finanziamento delle imprese italiane, soprattutto delle PMI, soffra pressoché da sempre di una eccessiva dipendenza dal canale bancario.
Si stima che in Italia il debito bancario incida sull'indebitamento totale delle imprese mediamente per circa i due terzi, rispetto al 50% dell'area Euro e del 30% di Stati Uniti e Gran Bretagna.
Inoltre, nonostante il processo di aggregazione e concentrazione dei gruppi bancari, il frazionamento del debito delle imprese su molteplici istituti rimane una prassi diffusa.
Dunque, il peso del debito sul passivo, il suo frazionamento e le forme tecniche orientate al breve termine (circa il 40% dei prestiti bancari delle imprese italiane è costituito da prestiti a breve scadenza, contro il 18% di Francia e Germania) che impongono un continuo rifinanziamento, rendono il modello di finanziamento strutturalmente debole e inadatto a sostenere gli investimenti e lo sviluppo a medio-lungo termine.
Negli ultimi anni, peraltro, il processo di *deleveraging* delle **banche** ha ridotto l'offerta di credito.
Una parte significativa della riduzione della leva finanziaria è imputabile al contesto normativo imposto dalle regole di Basilea, con più rigorosi requisiti, attuali e prospettici, di capitale e liquidità. Peraltro, l'introduzione di un requisito patrimoniale più elevato per le attività di finanziamento diretto ed indiretto, anche per altri intermediari finanziari come i fondi pensione, gli *asset manager* e le compagnie di assicurazione, a seguito dell'introduzione di una regolamentazione simile a quella bancaria (*Solvency II*), ha ulteriormente penalizzato il finanziamento alle imprese che devono affrontare costi più elevati per il finanziamento a medio/lungo termine.
La conseguenza è che le imprese tendono ad indebitarsi a breve termine e a rinnovare il debito più spesso. Ciò, oltre ad aumentare la debolezza in periodi di stress finanziario, evidentemente ostacola gli investimenti e la crescita.
In situazioni fisiologiche, la difficoltà di accesso al credito determina un aumento del costo del debito e un limite alla capacità di sostenere lo sviluppo. In situazioni di tensione, incrementa la probabilità di passare da una crisi di liquidità all'insolvenza.
Se si aggiunge che il livello di capitalizzazione delle imprese italiane è significativamente più basso di quelle francesi e tedesche, con uno scarto che incide in modo significativo sul peso degli oneri finanziari e sulla sostenibilità del debito, è evidente che vi sia un problema diffuso di consolidamento della struttura finanziaria delle imprese che comporta la necessità di un deciso riassetto.
Nell'attuale contesto di mercato è pertanto necessario, anche in prospettiva, valutare nuove forme di intermediazione finanziaria che possano soddisfare le esigenze di credito ed in particolare il finanziamento degli investimenti a lungo termine delle PMI.
In questo senso, risulta fondamentale per le imprese accedere una provvista a lungo termine, classicamente ottenibile con l'*equity*, ma anche con molteplici forme di strumenti di debito o ibridi.
Negli anni della crisi solo le imprese di maggiori dimensioni hanno aumentato il ricorso al mercato e sono riuscite a diminuire il debito bancario ed a riequilibrare la composizione e la scadenza del passivo.
La componente debito di mercato è senza dubbio ancora relativamente poco sviluppata in Italia ancorché, come riportato nella cronaca finanziaria vi sia stato nell'ultimo anno un boom di emissioni di bond e minibond tra le imprese del Nordest. Il Veneto è in testa alla classifica con 490 emissioni, pari al 27,1% del totale, seguito dalla Lombardia con 407, pari al 22,5%.
Sembrerebbe dunque che la cultura finanziaria del Nordest stia cambiando, complice anche la liquidazione dei due istituti veneti (Banca Popolare di Vicenza e Veneto Banca) che per decenni hanno costituito il

principale riferimento per il sostegno finanziario di molte imprese.
Sulle cronache finanziarie si legge anche dei recenti progetti di Veneto Sviluppo per la costituzione di un fondo che intervenga nel capitale di imprese vive e capaci di guadagnare, ma indebitate, con prestiti incagliati e non gestiti nell'ambito della procedura di liquidazione delle popolari in liquidazione.
Il *credit crunch* degli ultimi anni ha comunque favorito lo sviluppo del mercato del debito a medio-lungo termine anche per le PMI e al riguardo si segnalano, le emissioni di obbligazioni (i c.d. mini-bond), l'emissione di obbligazioni subordinate partecipative e formule di *securitization*[1].
Le obbligazioni partecipative sono uno strumento ibrido, tra capitale e debito, caratterizzato normalmente da una clausola di rendimento che prevede una componente fissa (al di sopra del tasso di riferimento e al di sotto dei tassi di mercato) e una componente variabile collegata ai risultati economici conseguiti. Il vantaggio di una articolazione siffatta della remunerazione, consiste anzitutto nella possibilità di rendere flessibile il costo del finanziamento, riducendo le risorse necessarie alla copertura in fasi negative. Essendo il finanziamento postergato assume caratteristiche simili al capitale, ma essendo debito ottiene i relativi benefici fiscali di non imponibilità degli interessi.
Simili tipologie di strumenti godono infatti di ampie forme di incentivi fiscali, dalla deducibilità degli interessi passivi, alla possibilità di portare a costo anche la componente *equity*.
Altro canale di finanziamento sono le operazioni di cartolarizzazione che consistono nella cessione di crediti o altre attività finanziarie capaci di generare flussi pluriennali e nella loro successiva conversione da parte degli acquirenti in titoli negoziabili da collocarsi sui mercati. La *securitization* permette, di fatto, una redistribuzione dei rischi verso il mercato dei capitali, allargando la dimensione del *funding* disponibile.
Nonostante interventi recenti della BCE abbiano allargato le maglie di questo canale (rating più bassi e minore *haircut*) i costi (*credit ehancement, fees* di *origination* e di *underwriting*, costi operativi) e le garanzie richieste possono rendere queste operazioni non particolarmente convenienti al di sotto di determinate dimensioni.

1. Si trascurano le cambiali finanziarie, meno rilevanti nell'ottica del rafforzamento strutturale della finanza aziendale, e il crowfunding.

Tra le forme di finanziamento ibride vanno ricordati anche il debito mezzanino (prestito subordinato a medio lungo termine) e gli strumenti finanziari partecipativi.
Il debito mezzanino si colloca tra le fonti di finanziamento tra il debito *senior* e l'*equity* e si compone di un prestito vero e proprio (subordinato) e di un *equity kicker*, ovvero di una componente *equity* rappresentata da un warrant o da un'opzione call. Tipicamente si tratta di un prestito *bullet*, il cui integrale rimborso del capitale avviene a scadenza, mentre gli interessi possono essere corrisposti nel corso del prestito ovvero anch'essi tutti alla scadenza. Trova largo utilizzo nell'ambito di operazioni di LBO ovvero nell'ambito di finanziamenti corporate operati direttamente anche da fondi di *private debt*.
Gli strumenti finanziari partecipativi (la cui disciplina è lasciata all'autonomia privata e che possono essere assimilati ad azioni o obbligazioni, senza comunque attribuire lo status di socio) possono essere forniti di diritti patrimoniali ed anche amministrativi (escluso il voto nell'assemblea generale degli azionisti) (art. 2346, co 6, c.c.), forniti di diritto di voto su argomenti ad hoc e consentire la nomina di un consigliere indipendente o di un sindaco (art. 2351 co 5, c.c.). Ancorché gli strumenti finanziari partecipativi siano stati introdotti nell'ordinamento per offrire alle imprese un nuovo supporto tecnico finalizzato a facilitare l'ampliamento e la diversificazione dei canali di reperimento delle risorse finanziarie, sono stati finora particolarmente utilizzati nell'ambito delle operazioni di ristrutturazione dei debiti, nell'ambito della conversione del debito bancario in *quasi-equity*, con il beneficio del rimborso nel caso di buon esito del risanamento (o di operazioni straordinarie) e della possibilità di meccanismi di controllo sulla società.
Anche le operazioni di apertura delle società ad investimenti esterni in capitale di rischio possono risultare particolarmente utili per finanziare la crescita e i progetti di sviluppo a medio lungo termine.
Certo, aprire le imprese al *private equity* e, ancor più, al collocamento per la quotazione ha un costo non economico che non tutti gli imprenditori ritengono compensato dai vantaggi strategici e finanziari.
È infatti necessario uscire da un comodo schema di *governance* autoreferenziale, di opacità informativa, di discrezionalità decisionale e di assenza di valutazione esterna ed esporsi al giudizio e alla valutazione. Si tratta di un cambiamento radicale per le imprese e una discontinuità rispetto al regime tradizionale di proprietà-controllo basato sulla famiglia.

Se così non fosse non si comprenderebbe perché delle centinaia di aziende quotabili (molte delle quali venete), rilevate da diverse ricerche sulla base degli indici di bilancio, solo una esigua parte abbia effettivamente intrapreso il percorso dell'apertura al mercato.
Ed in effetti, non bastano i requisiti potenziali, ma è necessaria anche la disponibilità da parte degli imprenditori a rinunciare ad alcuni dei benefici di una società chiusa. Il rifiuto di aprire il capitale può però limitare il tasso di crescita ed è uno dei limiti maggiori del capitalismo familiare italiano, frenando anche l'adeguamento del modello di *governance*: la paura di perdere il controllo del *business* porta molte aziende familiari verso un blocco dello sviluppo potenziale.
In realtà, l'intervento di un investitore istituzionale non rappresenta una diminuzione dello status o del potere esercitato dall'imprenditore, ma un vantaggio, talvolta assai rilevante, per la famiglia e gli eredi.
Tra i fattori di rischio propri delle attività a base familiare vi è anche quello di carattere qualitativo legato ai rapporti familiari ed alla loro influenza sull'azienda. Peraltro, anche laddove non vi sia sovrapposizione di ruoli (ad esempio nelle aziende di maggiori dimensioni) la natura familiare dell'impresa genera un effetto di allineamento di interessi tra proprietario familiare e manager.
Le condizioni di rischio e le modalità di gestione del conflitto societario nelle imprese familiari differiscono da quelle tipiche di altre tipologie di aziende fondamentalmente per la coincidenza di proprietà e management e spesso l'ingresso di un investitore esterno è utile anche per risolvere situazioni di conflittualità (permettendo di monetizzare una parte del capitale ovvero di creare nuovi equilibri e dare stabilità alla *governance*).
Nella letteratura internazionale si afferma, in generale, che i proprietari di aziende familiari presentano un elevato livello di avversione al mercato, legato essenzialmente alla commistione tra patrimonio aziendale e patrimonio familiare e alla sovrapposizione di ruoli in capo ad uno stesso soggetto.
È stato, comunque, verificato che la propensione al mercato dipende da una serie di elementi quali la dimensione aziendale, lo stadio della vita (differenziando le imprese controllate dai fondatori da quelle governate da generazioni successive), l'assetto proprietario e di *governance* (separando aziende dove proprietà e management coincidono da quelle dove

direzione e controllo sono dissociati), lo status del familiare (che può essere socio, attivo o meno, amministratore o dipendente).
Se in generale l'assunzione delle decisioni strategiche dipende dalla percezione del rischio e delle potenzialità, nelle aziende familiari i meccanismi cognitivi e percettivi (e le relative distorsioni) basati sulle emozioni ed i sentimenti delle persone che vi partecipano risultano fondamentali. Le imprese familiari hanno peraltro anche una logica finanziaria precipua: il valore dell'azienda non è dato solamente dal suo prezzo, ma include altri importanti fattori quali la tradizione, la possibilità di offrire mansioni e impieghi ai familiari, il mantenimento del potere per lunghi periodi, politiche di remunerazione che tengano conto dei rapporti familiari.
Peraltro, proprio la presenza di soci con caratteristiche diverse (familiari e istituzionali) all'interno della compagine può essere la base per modificare ed adeguare la struttura societaria agli obiettivi strategici.
In funzione degli scopi perseguiti e della *governance* a cui i soci mirano, il capitale può essere integralmente composto da azioni ordinarie che garantiscono diritto al voto e agli utili e che permettono il controllo della società laddove si disponga della maggioranza dei voti nell'assemblea ordinaria dei soci, ovvero da diverse categorie di azioni o di quote che permettono di calibrare i diritti e la remunerazione dell'investimento in funzione delle specifiche caratteristiche del socio e del suo coinvolgimento o meno nella gestione aziendale.
Sotto questo profilo infatti, ben possono essere diversificati i diritti del familiare socio non operativo disinteressato alla gestione, ma focalizzato a percepire una rendita dalla partecipazione, da quelli del socio gestore che ritiene invece preponderante il mantenimento di un ruolo di potere. E ancora quelli dell'investitore istituzionale interessato alla trasparenza nella gestione e alla crescita di valore della società.
Le partecipazioni sociali attribuiscono due fondamentali tipologie di diritti: quelli amministrativi (di cui il principale è senz'altro il diritto di intervento e di voto in assemblea), e i diritti patrimoniali intesi come diritto agli utili ed alla distribuzione del residuo attivo in caso di liquidazione, ma anche come minor partecipazione alle perdite.
Tali diritti possono essere differentemente combinati in modo da permettere ad ogni socio di configurare la partecipazione sociale secondo le sue specifiche esigenze. Il capitale sociale potrà, ad esempio, essere differentemente formato da azioni prive del diritto di voto o con limitazione allo stesso (per determinati argomenti o in determinate situazioni), ma che prevedono una partecipazione privilegiata agli utili (dividendi maggiorati rispetto a quelli spettanti alle azioni ordinarie) ed una limitata partecipazione alle perdite per chi non gestisce la società, da azioni privilegiate che garantiscono rendimenti incrementali e/o prelazione nel riparto del patrimonio aziendale, da azioni correlate o *tracking shares* fornite di diritti patrimoniali collegati ai risultati di un particolare settore dell'impresa, soggetto a rendicontazione separata, per chi gestisce un determinato ramo di attività, da azioni con prestazione accessorie che impegnano il socio a fornire alla società determinate opere o servizi (particolarmente utilizzate nell'ambito delle società miste pubblico-privato), da azioni a favore dei prestatori di lavoro e azioni di godimento.
Anche gli altri diritti amministrativi possono essere oggetto di caratterizzazione delle azioni o quote. Così ad esempio il diritto di recesso (si potranno ad esempio stabilire per una categoria di azioni specifiche situazioni in cui il socio ha la facoltà di recedere dalla società), il diritto di promuovere denunce agli organi di controllo o all'autorità giudiziaria, il diritto di chiedere la convocazione dell'assemblea dei soci con partecipazioni non qualificate, e così via.
A ciò potranno aggiungersi clausole statutarie o parasociali relative alla nomina degli amministratori (ad esempio la facoltà di nomina da parte dei soci di minoranza), al diritto di trascinamento degli altri soci nel caso di ricevimento di un'offerta di cessione dell'intero capitale sociale a condizioni vantaggiose (*drag-along*), il diritto di seguire la vendita nel caso in cui il socio di maggioranza dismetta la propria partecipazione (*tag-along*), l'impegno a non cedere le partecipazioni per un determinato periodo ritenuto necessario per l'implementazione di piani di sviluppo (*lock-up*), ed altre ancora.

* * *

In conclusione, se è vero che le imprese italiane e in particolare quelle familiari hanno gestito con efficacia la crisi, rendendo più efficienti le aziende, esse dipendono ancora in modo preponderante dal credito bancario che nonostante i segnali di ripresa e il ritorno all'apertura del mercato del credito, è comunque prospetticamente orientato ad una progressiva disintermediazione creditizia.
Gli strumenti di *funding* non tradizionale dei mercati di capitale di rischio e di debito e la *securitization* possono svolgere un ruolo fondamentale per una finanza aziendale più solida e compatibile con strategie di crescita delle imprese.

NICOLA GRIGOLETTO

Contratti internazionali di appalto

Una notazione sull'applicazione dei modelli FIDIC in America Latina

Le imprese di costruzioni e opere infrastrutturali, incluse quelle di medie dimensioni, in un contesto di mercato interno sempre più ingessato e asfittico, cercano ormai da tempo nuovi mercati di sbocco, anche in aree lontane, come l'America Latina, ma che stanno vivendo da diversi anni un solido ciclo di espansione e crescita economica.

Peraltro, essendo molti di quei paesi ancora qualificabili come in via di sviluppo, i lavori di realizzazione di infrastrutture e grandi opere sono spesso promossi dalle agenzie internazionali della cooperazione, per lo più europee, tra cui le agenzie governative di cooperazione tedesca, spagnola e da qualche anno con sempre maggiore frequenza anche italiana, e sono assistiti dal finanziamento o cofinanziamento di istituzioni multilaterali, quali World Bank, Fondo Monetario Internazionale, Corporacion Andina de Fomento, Banco Interamericano de Desarrollo, Banca Europea degli Investimenti, rendendo dunque per le imprese straniere la partecipazione a tali progetti ancora più appetibile.

In un tale contesto, complice appunto il miglioramento della situazione economica e la presenza ormai consolidata di organizzazioni multilaterali, si è progressivamente assistito in questi paesi anche a un generale e parallelo consolidamento del loro quadro normativo interno, della qualità della regolazione e del grado di effettività giuridica.

Inoltre, in molti paesi dell'area risultano sempre più utilizzati – proprio per la realizzazione di grandi opere o progetti infrastrutturali, quali strade, aeroporti, porti, dighe, ma anche per opere di dimensioni meno rilevanti ma che richiedono competenze tecniche specifiche elevate, come ad esempio impianti di cogenerazione da fonti rinnovabili, o sistemi di trattamento dell'acqua potabile e delle acque reflue – gli standard contrattuali della *International Federation of Consulting Engineers* (FIDIC).

FIDIC ha pubblicato diversi modelli standardizzati di contratti applicabili a diversi tipi di progetti a seconda della loro natura ed esecuzione.

La scelta del modello contrattuale corretto in relazione al lavoro da realizzare determina l'appropriata distribuzione dei rischi, delle responsabilità e degli obblighi tra le parti, secondo quelle che sono riconosciute come prassi internazionali consolidate.

Tra i modelli più noti si possono annoverare:

- *Red Book* (condizioni di contratto per appalti di lavori): utilizzato per la realizzazione di opere la cui ingegneria è progettata dal cliente;
- *Yellow Book* (condizioni di contratto per progetti c.d. "*design and build*"): generalmente utilizzato per l'esecuzione di progetti che prevedono installazioni meccaniche e/o elettriche, in cui l'appaltatore è responsabile dell'ingegneria e della costruzione;
- *Silver Book* (condizioni di contratto per progetti c.d. "*chiavi in mano*"): utilizzato per opere complesse che vengono fornite pronte per iniziare il loro funzionamento;
- *Green Book* (anche definito *Simple Contracting Model*): standard di contratto di appalto per opere di basso valore o lavori di poca complessità;
- *White Book* (anche definito *Service Contract Model*): utilizzato per la stipula di contratti di ingegneria e servizi di consulenza.

La strutturazione di ciascuno di questi modelli si realizza attraverso le condizioni generali proposte dalla FIDIC, contenute in 20 clausole, e la successiva definizione delle condizioni particolari che adattano lo standard al progetto specifico e alle particolari esigenze di ciascun committente, e che divengono oggetto di negoziazione con l'appaltatore.

Tra i più rilevanti vantaggi che discendono dall'utilizzo della contrattualistica FIDIC è possibile anno-

verare la predefinizione e standardizzazione, secondo le più riconosciute pratiche internazionali di settore, dell'allocazione dei rischi, dell'identificazione dei principali diritti e obblighi delle parti, della regolamentazione delle prove, dei termini per la notifica di eventi, dei metodi di risoluzione dei conflitti, del *repricing* dei lavori oggetto di contratto, dei motivi per l›estensione dei termini contrattuali.

L'utilizzo di una base contrattuale uniforme, completa e internazionalmente riconosciuta consente evidentemente di incoraggiare gli investimenti, di ridurre costi e tempi di negoziazione, e in definitiva di offrire un panorama di maggiore certezza all'impresa straniera che fa il proprio ingresso in un mercato, quello dei paesi in via di sviluppo, di cui spesso non conosce il contesto normativo.

Al fine di conservare questi "vantaggi" è però necessario che la negoziazione e redazione delle condizioni particolari di contratto avvenga in modo corretto e appropriato da parte di interlocutori esperti e che si diffonda anche in questi paesi una cultura verso queste forme contrattuali.

Accade invece sovente, almeno secondo il personale dato di esperienza, che committenti anche pubblici di paesi dell'America Latina, anziché "adottare" la modellistica FIDIC preferiscano "adattare" tale modellistica (a standard contrattuali propri), di fatto stravolgendone i meccanismi e l'equilibrio complessivo, e introducendo ambiguità o addirittura contraddizioni tra le diverse parti dell'originale impianto normativo (che, è utile ricordare, è connotato da precise definizioni contrattuali e reca continui riferimenti incrociati e rimandi di disciplina all'interno del testo, che contribuiscono a rendere questi contratti, dando loro particolare pregio, strumenti autonomi che necessitano solo in via residuale di eterointegrazione).

L'impresa che si cimenti con questa tipologia di contratti "manipolati", che potremmo provocatoriamente definire "FIDIC/non FIDIC", e i consulenti che l'assistono, dovranno dunque prestare particolare attenzione.

A solo titolo di esempio, e sempre sulla base del personale dato di esperienza, sarà necessario vagliare in modo attento, anche per evitare di soggiacere alla legislazione locale residuale eventualmente applicabile, le clausole che disciplinano gli Unforseeable Events (e tra questi l'imprevisto geologico, il cui impatto è assai rilevante nella realizzazione di qualsiasi infrastruttura, prevedendo una sua descrizione la più possibile accurata); andrà poi posta particolare attenzione al sistema delle penali contrattuali (ad es.

prevedendo, nel caso in cui le stesse siano legate a "*milestones*", la disciplina in caso di "recupero" dei tempi da parte dell'appaltatore, prevedendo altresì i massimi applicabili); nel caso in cui il contratto di appalto si configuri come parte di una pluralità di opere, o in cui l'impresa si trovi a dover operare come subappaltatore specializzato, andrà inoltre posta particolare attenzione nel limitare l'operatività di clausole c.d. "*back-to-back*" che ad esempio subordinino i pagamenti del contraente "specializzato" ad eventi estranei al proprio contratto; infine, andrà attentamente vagliata la possibilità di adire meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie che siano adeguatamente procedimentalizzati (e comunque, in caso di controversia tecnica, di fare ricorso alla vincolante determinazione di un esperto terzo, da nominarsi in ambito FIDIC o ricorrendo a organismi internazionali di rappresentanza di ingegneri o altri ordini professionali). E si potrebbero naturalmente citare molti altri ambiti di attenzione.

È dunque necessario essere consapevoli che la contrattualistica FIDIC in America Latina, in attesa di un suo più maturo recepimento da parte dei committenti di quei paesi, è oggi qualificabile quasi come un *tertium genus* tra standard internazionali e contratti locali, che richiede la conoscenza dei meccanismi FIDIC ma anche un minimo di confidenza con le legislazioni autoctone di quei paesi, ed è significativo che a partire dall'anno scorso, e proprio per favorire il consolidamento anche in queste aree di pratiche uniformi, si sia inaugurata nel 2017, a Lima, in Perù, la prima "*Conferencia de Usuarios de Contratos FIDIC Latinoamericana*", che diventerà un appuntamento annuale fisso.

D'altro canto, per l'operatore del diritto il contratto torna in questo modo ad essere anche un lavoro "artigianale" e non solo un agire "meccanico", ancorché complesso, di assemblaggio e coordinamento di norme rinvenienti da formulari esistenti.

LAMBERTO LAMBERTINI

I gruppi di società e la soluzione della crisi

Premessa

Il fenomeno dei gruppi di società, come sappiamo, è il frutto dell'inventiva imprenditoriale ed ha trovato un suo riconoscimento nel sistema di *common law* nella legge del New Jersey del 1896, che per prima, ammise la possibilità per una *corporation* di acquisire azioni in un'altra società, in precedenza esclusa.

In un sistema di *civil law* invece la partecipazione in altre società, fino al conseguimento del controllo, si sono liberamente sviluppate senza alcuna normativa.

Peraltro nel Regio Decreto 13 novembre 1931, n. 1434 (che anticipava l'art. 2361) del c.c.) si ammetteva che una società potesse detenere partecipazioni in altre società aventi il medesimo oggetto, senza modificare il proprio oggetto sociale.

La previsione generica però non conteneva disposizioni specifiche, limiti, divieti.

Solo con la riforma societaria del 2003 la nostra legislazione ha regolamentato questo fenomeno, peraltro sempre più diffuso, senza però descrivere il concetto di gruppo di società *"volendo con ciò sottolineare che il gruppo non è una realtà creata dal diritto, ma invece una realtà da esso trovata e della quale prendere in considerazione quegli specifici aspetti, in primo luogo la direzione e coordinamento di una società o di un ente su altre società"* (Galgano-Sbisà).

Sta di fatto che il fenomeno nasce nella pratica degli affari allo scopo di diversificare i rischi d'impresa, separare cioè i rischi connessi a ciascun settore e a ciascun mercato: ogni società del gruppo è, di fronte ai terzi, un soggetto di diritto distinto da ogni altra società del medesimo gruppo, ciascuna responsabile dei debiti tra essi assunti e non responsabile dei debiti assunti dalle altre società.

La società *holding* deve conseguentemente considerarsi terza rispetto ai rapporti giuridici che le società controllate abbiano posto in essere. I creditori delle società controllate non avrebbero quindi titolo per invocare la responsabilità patrimoniale della capogruppo.

Per il vero, nella conduzione quotidiana una società controllata si trova spesso a soffrire le scelte della controllante. Lo stesso fenomeno di *cash pooling*, cioè di concentrazione della cassa è fonte di possibili sperequazioni e, di fronte alla crisi del gruppo, determina spesso la perdita di consistenti somme di proprietà della controllata stessa.

Occorre però ricordare che il rapporto tra capogruppo e società controllate è diversificato e rappresentato a volte dall'assistenza tecnica, ma soprattutto dall'assistenza finanziaria, che si concreta spesso nel rilascio da parte della holding di fideiussioni o di lettere di *patronage,* per procurare il credito bancario alle società del gruppo e questo vanifica il tentativo di separare le responsabilità patrimoniali.

L'assistenza finanziaria è particolarmente evidente nei cosiddetti conglomerati e cioè in quelle realtà in cui viene esercitata un'eterogenea pluralità di attività, merceologicamente diverse tra loro, con una diversificazione di attività industriali e commerciali, tutte complementari tra loro, ma distinte, per poter meglio affrontare le diverse situazioni di mercato, in esse comprese anche le crisi dei diversi settori.

Come detto, nella pratica commerciale si riscontrano frequentemente abusi ed irregolarità, privilegiando la capogruppo e danneggiando una o più controllate.

La riforma societaria dal 2003 quindi ha cercato di regolare il controllo, che si presume preordinato alla gestione di un'attività di direzione e coordinamento di società. Si tratta peraltro di una presunzione relativa, che ammette la prova contraria (art. 2497 sexies), ossia la prova che la società controllante sia una holding solo finanziaria.

Ma, nel caso in cui l'attività di direzione e coordinamento violi i principi di corretta gestione imprenditoriale, si determina una responsabilità diretta per il pregiudizio arrecato ai soci delle controllate e ai terzi creditori. Costoro peraltro dovranno dapprima agire

nei confronti della società controllata e se non soddisfatti, possono agire contro la controllante.
Salvo il caso in cui il risultato complessivo dell'attività di direzione sia positivo e le società controllate siano state diversamente compensate per il danno ricevuto.
Ricercando le responsabilità da etero direzione si è anche ipotizzato che al vertice del gruppo stia una persona fisica, ipotesi questa già prevista nel progetto di riforma della società, ma poi abbandonata nella redazione definitiva.

I flussi informativi nella crisi di gruppo. La normativa europea

La normativa europea oggi vigente (parte terza della *Legislative Guide*) dell'UNCITRAL sulla disciplina del gruppo insolvente) coglie l'esigenza di attuare una soluzione della crisi adeguata al gruppo quale realtà unitaria sotto il profilo imprenditoriale e conseguentemente di attivare i flussi informativi a ciò necessari.
Si prevede dunque la presentazione di una domanda unitaria, accompagnata da informazioni attinenti all'esistenza del gruppo e alla relazioni intercorrenti tra i suoi membri di maggiore importanza.
Nel caso in cui siano coinvolti diversi organi e diverse competenze di organi giudiziari, si consiglia di facilitare l'acquisizione dei dati:

- sulle operazioni finanziarie e commerciali dell'impresa complessivamente considerata;
- sull'andamento dell'attività delle singole entità;
- sulla valutazione degli *assets* e l'individuazione dei creditori e degli altri interessati.

Nel caso di gruppi transfrontalieri il singolo giudice può indirizzare l'andamento del tentativo di soluzione della crisi per il quale è competente, coordinandolo con quelli esteri ed evitando l'adozione di decisioni in contrasto con il comune obiettivo della massimizzazione del valore dell'attivo complessivo di gruppo.
L'unica limitazione è rappresentata dalle notizie commercialmente sensibili o confidenziali.
Anche il nuovo regolamento UE sull'insolvenza transfrontaliera prescrive uno scambio di informazione tra gli amministratori preposti alle procedure, riguardanti diverse entità del gruppo, così come tra i tribunali competenti. La circolazione delle informazioni è particolarmente rilevante per l'attestazione di fattibilità della soluzione della crisi del gruppo nell'ordinamento italiano e ciò allo scopo di soddisfare le esigenze di preservare la dimensione imprenditoriale unitaria del gruppo stesso, anche nella fase della crisi.
L'attestazione quindi deve contenere una valutazione riferita all'intero piano concordatario, che coinvolga più società, sia nel caso che sia finalizzata alla ristrutturazione finanziaria, sia se è finalizzata alla liquidazione congiunta delle attività.
"Se, infatti, l'attestazione dell'esperto omettesse un'accurata indagine sulla sussistenza e sugli effetti, attuali, pregressi e prevedibili, della direzione e con ordinamento, non evidenziando gli eventuali "vantaggi compensativi" la certificazione di "veridicità di dati aziendali" e di "fattibilità del piano" concordatario risulterebbe evidentemente fuorviante".
Ciò pone il delicato problema di accesso del professionista alle informazioni relative alle società del gruppo, diverse da quelle che gli hanno conferito incarico, necessarie per la valutazione di fattibilità del piano.

L'attuale giurisprudenza in tema concordato preventivo di gruppo

Una recente sentenza Cassazione (31 luglio 2017 n. 19014) ha escluso che nel caso sottoposto al suo esame si trattasse di un gruppo di imprese e che dunque si potesse applicare un concordato preventivo di gruppo, con questa definizione: *"Si può propriamente discorrere di gruppi in quelle sole dinamiche in cui una società capogruppo esercita la propria attività di impresa dirigendo e coordinando le altre. Ne consegue che il concordato di gruppo non può ammettersi nel caso di crisi gestita da parte di singole società mediante forme di aggregazione diverse dal gruppo societario propriamente inteso, limitate a meri conferimenti di beni e all'accollo di debiti tra le dette società".*
Nella motivazione peraltro si prevedeva che, se si fosse trattato di un gruppo, sarebbe stata auspicabile una gestione unitaria della crisi, sia pure tenendo distinte le masse patrimoniali delle singole società, evitando la commistione di masse attive e passive.
Dunque, la Corte consiglia un allineamento alla normativa europea, il che, come vedremo, potrebbe rendere inutile la nuova normativa.

La proposta unitaria di risoluzione della crisi dei gruppi societari nella riforma del diritto concorsuale

Lo scorso 11 ottobre il Parlamento ha definitivamente approvato il disegno di legge recante la "Delega al

governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza", pubblicato in G.U. n. 254 del 30 ottobre 2017.

Tra gli aspetti più rilevanti rientra la particolare attenzione riservata al profilo dei gruppi societari, sfociata nella formulazione dell'art. 3 della legge delega, rubricato "Gruppi di imprese".

Entrando nel merito dell'innovazione normativa in oggetto, è da rilevare, in primo luogo, che l'art. 3 della legge delega può essere suddiviso in due distinte sezioni: una prima sezione avente ad oggetto il concetto stesso di gruppo di imprese, e una seconda in cui è racchiusa la disciplina applicabile a tale fattispecie, nel contesto della rinnovata procedura di concordato preventivo e della liquidazione giudiziale.

L'art. 3, comma 1, della legge delega demanda al Governo l'individuazione di una *"definizione di gruppo di imprese"* che tenga in considerazione la nozione di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 e ss. e 2545 *septies* c.c.; l'assoggettamento alla direzione e coordinamento sarà peraltro presunto ove sussista una delle declinazioni di "rapporto di controllo" previste dall'art. 2359 c.c,

Una volta accertata la sussistenza del rapporto di gruppo, l'impresa sarà, da un lato, gravata di nuovi oneri e, dall'altro, beneficerà di talune facoltà.

Sotto il primo profilo, la legge delega prevede che siano individuati specifici obblighi dichiarativi per le imprese appartenenti a un gruppo societario, e che le stesse debbano depositare un bilancio consolidato di gruppo in cui sia data puntuale informativa in merito ai legami di gruppo esistenti.

Dall'altro lato, le imprese del gruppo sottoposte alla giurisdizione italiana avranno la possibilità di presentare con unico ricorso, domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione di gruppo, domanda di ammissione al concordato preventivo di gruppo o domanda di liquidazione giudiziale di gruppo, ferma restando l'autonomia delle rispettive masse attive e passive.

A fronte della possibilità di una procedura di gruppo, la legge delega prevede un meccanismo correttivo volto a sterilizzare il peso di eventuali crediti infragruppo: in particolare, il decreto delegato dovrà stabilire "il principio della postergazione del rimborso dei crediti di società o di imprese appartenenti allo stesso gruppo, in presenza dei presupposti di cui all'articolo 2467 del codice civile". Tale postergazione tuttavia

potrà risentire di deroghe dirette a favorire finanziamenti erogati "in funzione" o "in esecuzione" della procedura, in un'ottica di trasversale favore verso le soluzioni concordate alle crisi di impresa e di incentivo al salvataggio.
Con riferimento alla procedura di concordato preventivo "di gruppo", l'art. 3, comma 2 del testo di legge delega il Governo affinché, con il decreto delegato, preveda e disciplini:

1 *"la nomina di un unico giudice delegato e di un unico commissario giudiziale e il deposito di un unico fondo per le spese di giustizia"*
2 *"la contemporanea e separata votazione dei creditori di ciascuna impresa"*
3 *"gli effetti dell'eventuale annullamento o risoluzione della proposta unitaria omologata"*
4 *"l'esclusione dal voto delle imprese del gruppo che siano titolari di crediti nei confronti delle altre imprese assoggettate alla procedura"*
5 *"gli effetti dell'eventuale annullamento o risoluzione della proposta unitaria omologata"*
6 *"i criteri per la formulazione del piano unitario di risoluzione della crisi del gruppo, eventualmente attraverso operazioni contrattuali e riorganizzative intragruppo funzionali alla continuità aziendale e al migliore soddisfacimento dei creditori, fatta salva la tutela in sede concorsuale per i soci e per i creditori delle singole imprese nonché per ogni altro controinteressato".*

L'impianto della riforma riafferma l'autonomia patrimoniale delle singole imprese e quindi ripropone i problemi già posti nel dibattito odierno sul mantenimento e sulla conservazione degli *assests* aziendali in modo da ottenere il miglior realizzo dell'attivo, conseguente proprio ad un'autonomia di gestione, connessa all'unificazione di patrimoni appartenenti alle singole società.
Dobbiamo ricordare poi che, nel caso di continuità aziendale si prevede una *"formazione del piano unitario di risoluzione della crisi del gruppo"* nella prospettiva di una risoluzione della crisi nell'interesse dei creditori, con salvaguardia della tutela concorsuale dei soci.
Il legislatore sembra aver scelto una strada timida e sostanzialmente conservativa nel regolare il fenomeno (così Fabiani). Secondo l'autore, solo il superamento dell'autonomia organizzativa delle singole società potrebbe modificare il sistema attuale e forse potrebbe costituire un deterrente per alcune prassi distorte del modello delle imprese di gruppo.

Conclusioni

Il problema del gruppo insolvente impone il consolidamento dei patrimoni afferenti le diverse società e la stessa gestione unitaria della crisi.
L'impianto della riforma non supera questi problemi, riafferma l'autonomia patrimoniale delle singole imprese e traccia un sistema che deve considerarsi già applicabile sulla base della normativa europea
Solo nel caso di continuità aziendale la "formazione del piano unitario di risoluzione della crisi del gruppo" nell'interesse dei creditori, con la salvaguardia della tutela concorsuale dei soci sembra una soluzione adeguata ai problemi che il gruppo determinava.
Anche l'insuccesso della soluzione concordataria della crisi del gruppo imporrebbe l'ammissibilità di una sistemazione complessiva del gruppo e non delle singole unità dello stesso, introducendo criteri più rigorosi in tema di ammissione della proposta di omologazione, in presenza di opposizione dei creditori.
Ma la normativa della riforma va in un altro senso e di questo dobbiamo prenderne atto noi, oltre che il legislatore delegato.

Bibliografia

Cass. civ. sez. I, 31 luglio 2017, n. 19014 in *Le società,* 12, 2017, 1386 e segg. con commento di G. Fauceglia

Galgano-Sbisà, *Direzione e coordinamento di società,* Zanichelli, II edizione, 2014

L. Benedetti, *I flussi informativi nella crisi del gruppo,* in *Giur. Comm.,* 2017, 1, 271 e segg.

Abbadessa, *La circolazione dell'informazione all'interno del gruppo,* in *I gruppi di società, Atti del convegno internazionale di studi,* Venezia, novembre 1995, I, Giuffrè, 1996, 573 e segg.

Abriani-Panzani, *Crisi di insolvenza nei gruppi di società,* in *Crisi di impresa e procedure concorsuali,* II, a cura di Cagnasso e Panzani, Utet, 2016, 2992 e segg.

Fabiani, *Di un ordinario ma timido disegno di legge-delega sulla crisi di impresa, Il fallimento,* 2016, 268

ARIANNA SEGALA - GIOIA CARRABETTA

Gruppo ARP e Ferrari: l'amore (contrattuale) non è bello se non è litigarello, ma è necessario lasciarsi con stile

Lodo Arbitrale del 30 gennaio 2018
Collegio: Prof. Avv. Matteo Rescigno (Presidente), Prof. Avv. Francesco Benatti, Prof. Avv. Marco Saverio Spolidoro

* * *

Nella valutazione del comportamento contrattuale delle parti "*accanto al diritto della parte non inadempiente di ottenere il rispetto delle previsioni contrattuali"* si deve tener *"conto delle prassi negoziali in concreto seguite dalle parti nell'esecuzione dei contratti e in particolar modo quelle che implicano tolleranza di comportamenti non conformi alle regole contrattuali*".

È questo il principio giuridico seguito dal Collegio Arbitrale presieduto dal Prof. Avv. Matteo Rescigno e composto dal Prof. Avv. Francesco Benatti e dal Prof. Avv. Marco Saverio Spolidoro nella decisione assunta nel contenzioso tra la nota società automobilistica Ferrari S.p.A. e le società del Gruppo Advanced Retail Project (A.R.P.), facenti riferimento agli imprenditori romani Marco e Lorenzo Bassetti.

Il Gruppo A.R.P., fondato dai f.lli Bassetti, si è occupato per circa 12 anni dell'organizzazione e distribuzione sul mercato *retail* di prodotti di abbigliamento e *gadget* a marchio Ferrari.

A partire dal 2002, le società A.R.P. hanno assunto la gestione del sistema dei punti vendita *store/shop/outlet/corner* del Cavallino in Italia ed in Europa, fino ad arrivare ad un totale di 18 punti vendita.

All'interno degli stessi, le società del Gruppo cedevano sia prodotti di propria ideazione e realizzazione, sia prodotti c.d. diretti che acquistavano dalla società di Maranello per poi rivenderli all'utilizzatore finale.

Durante la lunga e crescente espansione della rete di affiliazioni tra A.R.P. e Ferrari venivano tollerati – anche ampiamente – da ambo le parti modalità di esecuzione e adempimento non sempre coerenti con i dati contrattuali. Prima fra tutte un costante ritardo nei pagamenti del prodotto diretto da parte di A.R.P. nei confronti di Ferrari, la quale ha tuttavia sempre tollerato tale prassi.

Nel maggio/luglio 2013, apparentemente in modo inaspettato, Ferrari ha ritenuto di notificare ad A.R.P. tre lettere di risoluzione/recesso/disdetta contrattuale in cui dichiarava interrotti per asseriti mancati pagamenti tutti i rapporti commerciali da un giorno all'altro!

In altre parole: dalla domenica al lunedì, tutti i 18 punti vendita in Italia ed in Europa avrebbero dovuto chiudere le porte.

Inutile dire che, stante l'incommensurabile danno subito dalle società del Gruppo A.R.P. che ottenevano dal *network* dei punti vendita Ferrari circa l'85% del loro fatturato, i fratelli Bassetti hanno ritenuto di aprire un contenzioso nei confronti di Ferrari contestando un abuso di diritto, di dipendenza economica e di posizione dominante.

Il tema dell'esercizio del diritto di recesso o di risoluzione per inadempimento quale comportamento integrante abuso di dipendenza economica o abuso del diritto o del canone di esecuzione del contratto secondo buona fede è stato quindi l'oggetto del discernere del Collegio Arbitrale.

La decisione può dirsi certamente originale (oltre che ben argomentata) anche alla luce della presenza, in buona parte dei contratti di affiliazione, di clausole risolutive espresse che – all'apparenza – Ferrari avrebbe azionato in modo corretto.

Così però non è stato ad avviso del Collegio in considerazione dell'orientamento "*giurisprudenziale che in più occasioni ha avuto modo di sottolineare come rispetto all'inadempimento di una parte si possa – a seconda del carattere della tolleranza in merito alla sua durata e la prestazione inadempiuta – giungere sino a configura-*

re una rinuncia alla clausola risolutiva espressa, ovvero alla sua inoperatività, ovvero ancora a precisare che l'operatività della clausola risolutiva espressa in caso di tolleranza sia subordinata ad una manifestazione espressa da parte della parte non inadempiente di cessare tale tolleranza e così di recuperare la persa operatività della clausola risolutiva espressa".

Dopo aver attentamente esaminato gli oltre dieci anni di rapporto, il Collegio ha ritenuto provato in causa:

i) che fosse tollerato da Ferrari fino a pochi mesi prima delle risoluzioni un sistematico ritardo nell'adempimento alle obbligazioni di pagamento da parte di A.R.P., per importi anche rilevanti;

ii) che detta tolleranza si esprimeva nell'invio da parte di Ferrari di richieste di pagamento dello scaduto utilizzando formule *standard*, senza che venisse mai minacciata la risoluzione del contratto;

iii) che tale tolleranza era mantenuta anche quando lo scaduto, spesso anche risalente nel tempo, raggiungeva somme rilevanti (milioni di euro);

iv) che tale tolleranza si manifestava nel fatto che l'esistenza dello scaduto non ha mai inciso, né pregiudicato la prosecuzione dei rapporti e che, anzi, si dava corso, all'opposto, a nuovi rapporti di affiliazione;

v) che Ferrari non ha dato corso alla risoluzione dei contratti nemmeno dopo aver inviato l'unica formale diffida ad adempiere, e ciò pur persistendo lo scaduto, e che questa scelta deve essere letta come una non equivoca persistenza della tolleranza sino ad allora mantenuta;

vi) che Ferrari ha continuato di fatto a dare attuazione ai rapporti anche dopo la prima ed unica formale diffida ad adempiere.

"*Il quadro fattuale delineato [….], i dati e i principi giuridici ora richiamati conducono il Collegio a ritenere che la risoluzione con effetto immediato di tutti i contratti di affiliazione intercorrenti fra ARP e Ferrari per il mancato adempimento del pagamento dello "scaduto" debba ritenersi manifestazione di abuso del diritto. [….] Il Collegio reputa che, Ferrari nell'intimare la risoluzione dei contratti di affiliazione avvalendosi della clausola risolutiva espressa e comunque azionando il rimedio risolutorio, ha provocato un ingiustificato ed eccessivo sacrifico delle ragioni di ARP […]*".

Ma la terna arbitrale va oltre e spiega nel dettaglio il comportamento che avrebbe dovuto tenere la società di Maranello per esercitare in modo lecito i suoi diritti, ovvero: "*da un lato formalmente comunicare che essa non intendeva più tollerare ritardi nel pagamento dello "scaduto", concordare o formulare unilateralmente un programma temporale di rientro dello "scaduto" esistente che tenesse ragionevolmente conto della pregressa pluriennale tolleranza di una quota rilevante di scaduto avvisando che il mancato rispetto delle scadenze indicate avrebbe dato luogo al diritto di far valere la risoluzione immediata dei contratti di affiliazione*".

Le modalità – e non le ragioni – con cui Ferrari ha scelto di interrompere i rapporti, avendo frustrato l'affidamento di ARP nella tolleranza sino a quel momento mantenuta, sono quindi alla base del risarcimento di 4 milioni di euro riconosciuto alle società dei fratelli Bassetti.

L'importo è stato determinato dal Collegio – anche tenuto conto del legittimo esercizio da parte di Ferrari del diritto di non voler proseguire il rapporto – come mancato Ebitda che Gruppo ARP avrebbe realizzato ove non vi fosse stata l'immediata risoluzione del rapporto, calcolato sulla media dei quattro anni precedenti la risoluzione e moltiplicato per ulteriori quattro anni, stimata quale durata media dei vari contratti di affiliazione. A ciò è poi stato aggiunto il riconoscimento di una somma per oneri straordinari di chiusura dei 18 punti vendita e mancato integrale ammortamento degli investimenti effettuati da ARP.

Come in ogni favola che si rispetti, la morale pare essere la seguente: "*Difficile è l'arte di iniziare, ma ancora più difficile è l'arte di porre fine*" (Anonimo).

FRANCESCO STOCCO

Una lettura del *social impact investing* dalla teoria delle esternalità

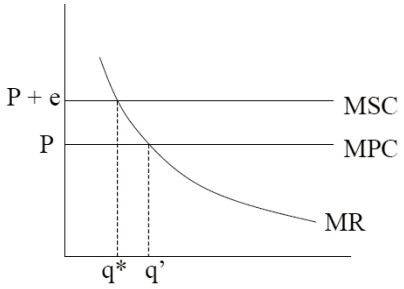
Lo studio della finanza a impatto sociale e sostenibile si lega a modelli economici (di mercato o aziendalistici) di riduzione delle esternalità negative o di incremento delle esternalità positive.
Tuttavia, non esistono approfondimenti significativi sul rapporto tra la teoria delle esternalità (A.C. Pigou), il teorema di Coase e il mercato dell'*impact investing* nella tua letteratura.
L'articolo si propone di analizzare il mercato dell'*impact investing* nella prospettiva delle teorie sopra indicate, per affrontare il profilo del soggetto che sopporta i relativi costi/benefici (*cost bearer*) e quali strumenti normativi andrebbero utilizzati per allocare in modo maggiormente efficiente le risorse e internalizzare in modo maggiormente simmetrico le esternalità nel mercato.

Teoria delle esternalità

Considerando le versioni maggiormente consolidate della teoria delle esternalità, queste sono definite come un costo o beneficio che è sopportato da qualcuno che non è parte della transazione che lo produce (A.C. Pigou).
L'esempio classico riferito dalla letteratura è quello dell'industria che per produrre i propri beni inquina l'aria del centro abitato circostante la fabbrica (Couter, Ulen, 2004).
Immaginiamo, quindi, che una società produca biciclette con un costo di €175 e che i consumatori siano disponibili ad acquistare una bicicletta a un costo di €200. Qualsiasi vendita che interviene nell'intervallo tra questi due valori (€25) è una transazione che genera ricchezza traducendosi in una produzione con marginalità e in un acquisto ad un valore soddisfacente.
Immaginiamo, poi, che la stessa società che produce biciclette emetta sostanze inquinanti nell'aria della città sottostante e che il costo per ridurre l'inquinamento sia pari a €30. In questi casi, secondo la teoria delle esternalità, si assiste a un fallimento del mercato poiché il costo sociale della produzione è maggiore del costo privato e delle relative esternalità e la produzione di quel bene o servizio non è più economicamente vantaggiosa.
In altra prospettiva, quindi, le esternalità creano una divergenza tra costo privato e costo sociale. Se questa differenza fa superare la domanda disponibile di prodotto, il mercato non è un mercato efficiente.

MSC (marginal social cost) MPS (marginal private cost) MEC (marginal external cost)

Marginal social cost= marginal private cost + marginal external cost.



La correzione della distorsione del mercato, nel pensiero del fondatore la teoria delle esternalità (A.C. Pigou) deve venire attraverso l'intervento dello Stato che, con lo strumento dell'imposizione fiscale, corregge l'effetto distorsivo delle esternalità.

Il teorema di Coase

La teoria di Pigou è stata, per certi profili, oggetto di critica da parte di Coase su, principalmente, tre elementi:
a) Nella natura reciproca delle esternalità e nella conseguenza che, in determinati casi, è più effi-

ciente che sia la vittima dell'esternalità a cambiare il suo comportamento che per l'autore cessare di produrla (così se una fabbrica che inquina paga €100 per un depuratore, mentre gli allevatori vicini dovrebbero pagare un costo di €50 per mutare la posizione delle stalle, una scelta economicamente efficiente richiede un sacrificio dell'allevatore);

b) I costi di transazione e il problema del bene pubblico e dell'azzardo morale. In un mercato esistono dei costi di transazione che possono rendere comunque inefficiente lo scambio e possono stimolare atteggiamenti predatori da parte degli operatori, i quali possono decidere di non partecipare alla transazione (ad es. alcuni degli allevatori decidono di non contribuire per proibire all'impresa di inquinare, in modo da incrementare il costo per gli altri allevatori) o di richiedere un costo più alto della partecipazione qualora indispensabile; e, infine;

c) Nella possibilità di "*internalizzare*" le esternalità, ossia le parti che subiscono un'esternalità potrebbero (in assenza di una tutela normativa, ossia di un divieto legale di inquinare) pagare o esser risarciti perché l'esternalità non si produca o, alternativamente, si produca (nell'esempio precedente, una cifra compresa tra €50 e €100, come risarcimento del danno o come indennizzo al produttore, renderebbe comunque efficiente il mercato).

La prospettiva legale alla teoria del mercato

Se chiedete ad un economista quanti barbieri ci sono a El Cairo (città con circa 10 milioni di abitanti), l'economista calcolerà la popolazione complessiva della città (10 milioni), dividerà per due (maschi e femmine: 5 milioni), considererà la frequenza del taglio dei capelli (1 volta al mese), il tempo medio di un taglio di capelli (15 minuti) e l'orario medio di apertura (40 ore a settimana) per un totale di 120 tagli a settimana e 480 tagli mensili. Stimando quindi il numero di barbieri in 208 barbieri (5 milioni/480).

Se ponete la stessa domanda a un giurista, probabilmente si informerà presso la camera di commercio per conoscerne il numero.

L'aneddoto spiega come l'ipotesi di un mercato libero sia un'ipotesi (appunto) per elaborare un modello economico – teorico, in sé, quindi, di impossibile realizzazione per l'intervento (necessario) del legislatore.

Esso, a ben vedere, non riesce a cogliere il numero di esternalità coinvolte in una transazione: così la produzione di un bene, oltre l'inquinamento della fabbrica, produce l'inquinamento dei lavoratori che si recano nella fabbrica, dei prodotti che sono necessari per produrre quel bene, delle malattie che derivano da quella produzione etc.

In secondo luogo, ad oggi le autorità statali, anche nei mercati di più spinto liberismo, se non dettano delle normative di settore dettano delle normative di principio che, in ogni caso, devono essere attuate.

Infine, la teoria economica lascia al giurista il tema, non secondario, dell'individuazione del soggetto (collettività, produttore o consumatore) che deve sopportare il costo o il beneficio dell'esternalità, nonché del rimedio normativo che si associa (risarcimento del danno o divieto).

Se, dunque, tra i meriti di Coase vi è quello di aver portato il diritto nell'analisi economica, d'altro canto Coase abbandona eccessivamente la prospettiva economica per interrogarsi sul rimedio normativo (in termini di divieto o di responsabilità risarcitoria) per riequilibrare il mercato.

Tale passaggio, nella prospettiva del giurista, può non essere un punto di arrivo, se non prima aver provato a delineare un'analisi più approfondita dei formanti del mercato e delle sue regole.

I principi di diritto europeo sull'economia sostenibile

Partendo da questo secondo profilo (le regole), l'assenza di un mercato capace di autodeterminarsi è un dato di partenza irrinunciabile. Non esiste, in altre parole, un mercato che sia effettivamente libero e non eterodiretto.

Si tratta, quindi, di comprendere quali siano i principi regolatori di un mercato. Ponendo l'attenzione al dato normativo Europeo e italiano si può sostenere, con certezza, come i formanti del mercato (domanda e offerta) siano eterodeterminati verso un punto di "sostenibilità" (al contenuto di tale termine sarà dedicato il paragrafo successivo).

In questo senso, nelle premesse del trattato istitutivo dell'Unione Europea si legge "*determinati a promuovere il progresso economico e sociale dei loro popoli, tenendo conto del principio dello sviluppo sostenibile nel contesto della realizzazione del mercato interno e del rafforzamento della coesione e della protezione dell'ambiente, nonché ad attuare politiche volte a garantire che i progressi compiuti sulla via dell'integrazione economica si accompagnino a paralleli progressi in altri settori.*"

Per poi considerare al successivo articolo 2

(*Grundnorm* dell'ordinamento) "*[L'Unione] si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico.*

L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore. […] contribuisce […] allo sviluppo sostenibile della terra, alla solidarietà e al rispetto reciproco tra i popoli al commercio libero ed equo, all'eliminazione della povertà e alla tutela dei diritti umani".

Esiste, quindi, un chiaro indirizzo e indubbiamente una regola precettiva di immediata applicazione circa l'obbligatorietà di perseguire uno sviluppo sostenibile di mercato nonché una competizione nell'economia sociale accompagnata da una forte preoccupazione al tema ambientale.

Questa regola, quindi, prescrive e individua quale debba essere il punto di equilibrio tra domanda e offerta o se vogliamo, in altra prospettiva, quali esternalità positive o negative debbano essere considerate nel raggiungimento del punto di equilibrio.

Il quadro normativo sopra considerato non muta di segno ponendo mente al dettato della Costituzione italiana. Questa, all'articolo 2, pone l'obbligo di adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, e sociale; mentre nelle norme dedicate all'iniziativa economica e alla proprietà, afferma come l'iniziativa economica non possa svolgersi in contrasto con l'utilità sociale e come la proprietà privata debba orientarsi verso uno scopo idoneo ad assicurarne la funzione sociale (articoli 2, 41 e 42 cost).

Cosa si intende per sostenibile

Chiarita l'esistenza di un obbligo di creare un mercato sostenibile e, a valle, di un obbligo di agire sostenibile per gli attori di questo mercato, il quesito ermeneutico (tra diritto ed economia) si specifica in cosa sia un'economia sostenibile.

Per i fini di questo lavoro, la prospettiva è quella di rimanere nell'ambito della teoria di Pigou, riletta alla

luce del teorema di Coase, per abbozzare una prima idea di sintesi.
Può essere definito sostenibile un mercato, un'impresa o un sistema economico che, in un orizzonte di lungo periodo, riesce a internalizzare il maggior numero di esternalità.
Tale definizione, in sostanza, trae spunto dalle tre principali critiche di Coase e, in particolare, nella possibilità per il mercato di internalizzare le esternalità e nell'obiezione del bene pubblico.
Si tratta, evidentemente, di un modello "a tendere" che, progressivamente, include nel rapporto domanda/offerta tutti gli elementi (attivi e passivi) di cui non sono titolari le parti contraenti, ma gli altri stakeholders del mercato, tendendo quindi a superare, quindi, le criticità evidenziate da Coase anche in punto di bene pubblico e reciprocità delle esternalità.

Il social impact come catalogo delle esternalità?

Sulla base della nozione di sostenibilità posta nel paragrafo che precede, ossia, dell'idoneità nel lungo periodo di un mercato a internalizzare le esternalità, il tema si sposta dalla concretizzazione del concetto di "equilibrio sostenibile", alla concretizzazione, dei formanti del mercato: di cosa compone la domanda e l'offerta.
In altri termini: chiarito quali sono le componenti della domanda (i vantaggi che derivano da un'utilità) e dell'offerta (i costi che si determina per la produzione del bene), il quesito mira ad individuare quali sono le esternalità che si associano alla domanda e all'offerta.
Per trattare del tema, occorre partire da un assunto, necessario ad evitare una petizione di principio. A ben vedere, infatti, nel costo di produzione potrebbero entrare già alcuni elementi che rientrano nelle esternalità: ad esempio, la corresponsione di un salario equo, il pagamento di un certo livello di contributi salariali, l'utilizzo di tecnologie sicure. Nella stessa prospettiva, un mercato potrebbe già incorporare delle esternalità positive: la produzione di un vaccino porta in sé un beneficio generalizzato per la collettività oltre che per il soggetto al quale il vaccino è stato somministrato.
In realtà, la prospettiva appena citata conferma l'impostazione che si sta seguendo: chiedersi se la remunerazione di un salario equo faccia o meno parte del costo di produzione, si traduce in un giudizio, da svolgere in via di assunto, circa la completezza degli elementi che compongono un mercato e, quindi, nella valutazione (eventuale) se alcune di esse non siano "necessariamente internalizzate".
Occorre, quindi, partire da una prospettiva di segno pratico e cercare di individuare un "catalogo" di esternalità positive e negative che si associano ad un offerta (data dal semplice costo di produzione) e una domanda (data dalla disponibilità all'acquisto).
A ben vedere, si tratta di un esercizio non perseguito fino in fondo dalla letteratura economica e giuridica, correttamente indirizzata alla validazione di un modello teorico generale, senza considerare l'esistenza di un "catalogo" delle esternalizzazioni.
Nello stesso segno e accingendosi a formulare la prima conclusione, l'idea di prospettiva che si vuole evidenziare parte da un dato empirico.
Se si considera il mercato dell'*impact investing* (nel modello elaborato dal Global Impact Investing Network, 2014) questo si compone delle seguenti aree:

a) Accesso alla finanza: piccole e medie imprese, microfinanza e microcredito.
b) Accesso ai servizi di base: cibo, agricoltura, educazione, cultura, salute e abitazione.
c) Green Technology: efficienza energetica, energia verde, gestione dei rifiuti.
d) Sviluppo sostenibile del territorio e ambiente: recupero del territorio e bioedilizia;
e) Prodotti di consumo sostenibili: cibo organico, produzioni a prezzo equo.

Ciascuno di questi mercati, se ben si considera, internalizza le esternalità più comuni del mercato. Così l'accesso alla finanza, determina una riduzione della povertà e dell'intervento statale a tutela delle fasce reddituali più basse. L'accesso ai servizi di base, determina una riduzione diretta della spesa pubblica per cultura, sanità, abitazione agevolata, come – in generale – una riduzione della spesa sanitaria per un più sano stile di vita e per una maggiore qualità dell'ambiente.
Le stesse considerazioni valgono per il mercato segmentato come "*green technology*" e per lo sviluppo sostenibile del territorio, come – infine – una gestione sostenibile della catena produttiva riduce le sperequazioni sociali e, quindi, il relativo costo pubblico derivante dal divario reddituale.

Prima conclusione

La prima conclusione a cui si giunge, dal dato empirico considerato, è quindi nel senso che il mercato *social*

impact ha una vocazione connaturata a internalizzare le esternalità e restringere i casi tradizionalmente considerati come fallimenti del mercato, superando quindi le critiche principali del teorema di Coase. In altra prospettiva, i segmenti *social impact* sono maggiormente in grado di "descrivere" in modo compiuto i formanti (domanda e offerta) del mercato, tenendo conto in modo maggiormente compiuto dei costi e dei benefici che ad essi si associano.
Inoltre, alla luce dei principi europei del mercato, nonché di quelli costituzionali nazionali, si può affermare come un mercato a impatto sociale sia una forma di adempimento (l'unica ad oggi considerabile) agli obblighi posti dalla normativa di creazione di un mercato sostenibile e che, per altro aspetto, tutti i mercati dovrebbero essere "*social impact*" e come tutti gli operatori dovrebbero seguire le regole proprie di questo mercato.

Conclusione di metodo

Fermata la conclusione al paragrafo precedente, il quesito si sposta su un versante soggettivo (: chi deve sopportare il costo o essere destinatario del beneficiario) e quantitativo (: come si calcola il relativo vantaggio o il costo associato all'aver internalizzato l'esternalità).
Per esemplificare: se costruisco una casa secondo le migliori regole della bioedilizia, avrò diritto ad una remunerazione per aver ridotto il livello di inquinamento che, altrimenti, avrei generato? Se la mia impresa pratica dei salari equi, chi compenserà il minor vantaggio concorrenziale? Se finanzio un centro di formazione o una scuola, quanto dovrò essere remunerato per aver contribuito ad una società maggiormente consapevole e attiva nella vita democratica?
La risposta che tradizionalmente viene offerta dalla teoria economica prevede l'intervento dello stato, nella forma dell'incentivazione o della tassazione, per correggere gli effetti distortivi del mercato. In questo senso, la teoria di Pigou arrivava a predicare la c.d. *Pigou Tax*.
Questo approccio tradizionale ha ancora oggi, sicuramente, una sua validità di fondo, ma va conciliato con il dato normativo che impone al cittadino e all'operatore economico, in generale, di agire in modo "sostenibile".
In via prospettica, quello che il dato normativo (ed empirico-storico) pare imporre è un abbandono di un intervento correttivo dello stato, a vantaggio di un modello di promozione di mercati che, per loro strut-

tura, non richiedono questo intervento.
La promozione o incentivazione, per via normativa, dei mercati a impatto sociale dovrebbe avvenire, per lo meno, come compensazione degli effetti concorrenziali che si associano al maggior costo di produzione o maggior vantaggio di utilizzo di un mercato a impatto sociale, rispetto ad un mercato che tale impatto non è in grado di generare.
In questo senso, sicuramente, andrebbero rilette le incentivazioni ad iniziative di impatto sociale e la tassazione delle attività economiche che generano esternalità negative.
Oltre questa prima fase di promozione, e a tendere, i principi normativi di economia di mercato dovrebbero portare a escludere l'esistenza stessa di mercati non in grado di internalizzare in modo sufficiente le proprie esternalità. Questo dato (sicuramente di tendenza ma in parte già attuato nel mercato dell'energia, come si vedrà) determinerà un incremento della partecipazione degli stessi operatori del mercato al costo o al beneficio della riduzione dell'esternalità negativa o della creazione delle esternalità positive.

Come appena accennato, prodromi di questa tendenza si sono attuati nel sistema di tariffazione di energia elettrica di molti paesi, nei quali, da un lato, il cittadino è chiamato a concorrere alla quota di produzione di energia verde, e dall'altro lato, il produttore può negoziare nel mercato i relativi certificati verdi.
Di centrale importanza, diventa dunque il secondo dei quesiti posti: ossia del quanto debba essere remunerata l'internalizzazione delle esternalità.
E difatti, il *quantum* di incentivazione/remunerazione, da un lato, o tassazione, dall'altro, determina il punto di efficienza del mercato facendo giungere domanda e offerta al loro punto di equilibrio.
Come quantificare, quindi, l'impatto sociale di un mercato o dell'agire di un suo operatore diventa un punto nodale per la formazione corretta del mercato.
Sul tema sono stati seguiti diversi approcci, anche in sede istituzionale (cfr. la proposta del comitato GeCes alla commissione europea del giungo 2014), non del tutto coerenti con una metodologia che deve necessariamente essere uniforme, trasparente e tendenzialmente univoca nelle sue applicazioni.
Tra le metodologie che maggiormente riescono a offrire risultati attendibili, si pongono i modelli fondati su analisi comparative del tipo "*what if*": dove la quantificazione del minor costo o del maggior beneficio parte da un dato stabilito (il mercato senza azione correttiva di impatto sociale) per quantificare per differenza il vantaggio con l'impatto sociale generato dal mercato (tra questi i criteri IRIS elaborati in seno al GIIN).

Conclusioni

Svolgendo, quindi, le conclusioni di queste analisi, si è dell'opinione che la teoria delle esternalità e le critiche svolte da Coase possano portare ad una lettura chiara del mercato del *social impact* evitando, in primo luogo, un approccio definitorio/dogmatico del mercato che, in alcuni casi rischia di essere eccessivamente lasco (ad es. quella maturata in seno all'OECD, *Social Impact Investing: Building the Evidence Base* basata, in prevalenza, sull'intenzionalità di generare un beneficio sociale e un profitto economico) e, in altri casi, eccessivamente ristretto (con il rischio di creare una barriera di accesso al mercato, in controtendenza con l'incentivazione prescritta dai principi normativi).
In altra prospettiva, la stessa conformazione del mercato a impatto sociale (o sostenibile) è in grado di portare un contributo ad una lettura "integrata" della teoria delle esternalità, per includere (internalizzare) nei formanti del mercato (domanda e offerta) elementi che, in questo specifico mercato, ne fanno ontologicamente parte. In questa prospettiva, si riesce a giungere ad una "definizione a geometria variabile" di "*social impact*" o "sostenibile" che intende come sostenibile un mercato, un'impresa o un sistema economico che, in un orizzonte di lungo periodo, riesce a internalizzare il maggior numero di esternalità.
Tale ultimo dato (economico) si concilia con il dato normativo delle regole economiche poste dal Trattato UE (nonché dalla Costituzione italiana) che impongono l'attuazione di un mercato e di un'economia sostenibile.
Lo stesso dato normativo indica, poi, come esista un obbligo di "agire sostenibile" il cui adempimento si riverbera nella creazione di un mercato "*social impact*"; in via prospettica, quindi, il mercato dovrà necessariamente orientarsi a includere in sé ogni esternalità, secondo un modello di agire responsabile, mentre interventi correttivi dello stato (nel senso della incentivazione o tassazione) dovrebbero sussistere solo in via residuale.
Fermata questa conclusione, il quesito del soggetto che sopporta il costo dell'esternalità si risolve individuando nello stesso operatore del mercato (produttore o consumatore) il soggetto che remunera ad un prezzo più alto o sopporta un costo maggiore la produzione di un determinato bene, riportando in una logica interna allo stesso mercato, seppur "corretto" dalla sua natura sostenibile e socialmente orientata, l'allocazione dei costi e benefici del mercato.

L|A
LAMBERTINI & ASSOCIATI
Studio Legale

LE INFORMAZIONI NON FINANZIARIE DELLE IMPRESE

D.LGS. N. 254/16

Giovedì, 30 Novembre 2017
Ore 16.30

PALAZZO CANOSSA, CORSO CAVOUR 44
VERONA

Ne discutono

BETTINA CAMPEDELLI
Presidente ICM SpA

GIUSEPPE MANNI
Presidente Manni Group SpA

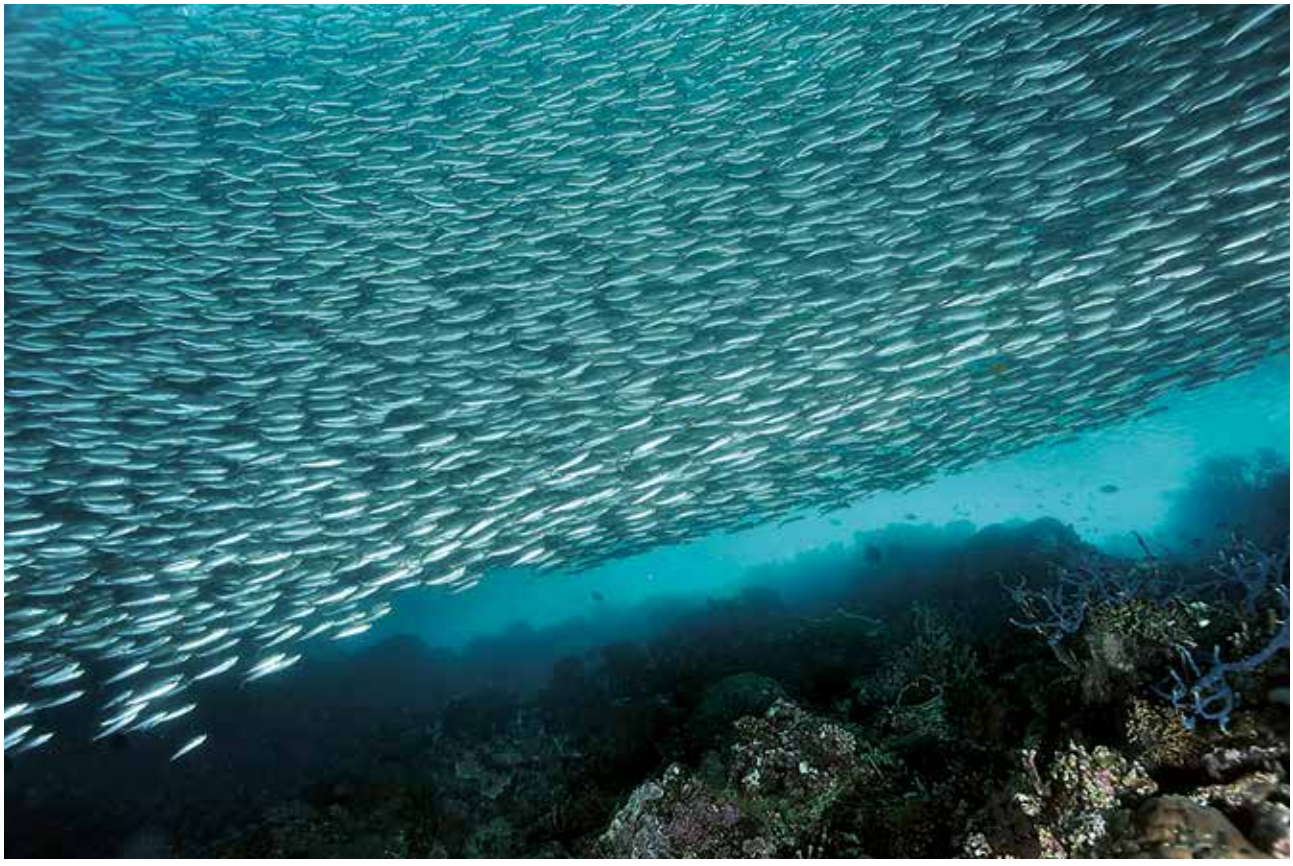
MICHELE CROCE
Presidente AGSM Verona SpA

NICOLA GRIGOLETTO
Presidente Istituti Ospedalieri Bergamaschi

ENRICO DEL SOLE
Amministratore Delegato Corvallis SpA

Introduce
DEBORA CREMASCO
Avvocato

Coordina e conclude
LAMBERTO LAMBERTINI
Avvocato



JENNIFER ADAMI

Il credito del professionista che ha svolto attività di assistenza e consulenza nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione va soddisfatto in prededuzione nel successivo fallimento

Con la sentenza n. 1182/18 la Corte di Cassazione, Prima Sezione Civile, ha esaminato il fondamento dei motivi del ricorso presentato dagli avv.ti Lamberto Lambertini, Manuel Padrini e Michele Croce, avverso il decreto del Tribunale di Verona pronunciato nel procedimento civile di opposizione allo stato passivo *ex* art. 98 L.F., al fine di fissare i principi di diritto rilevanti in materia, atteso che la questione relativa all'atteggiarsi del rapporto tra l'art. 111 L.F. e l'istituto dell'accordo di ristrutturazione del debito di cui all'art. 182-*bis* L.F., non aveva precedenti nella giurisprudenza della Corte.

Il suddetto decreto aveva disposto l'ammissione del credito vantato dagli avv.ti Lambertini, Padrini e Croce per l'attività di predisposizione di un accordo di ristrutturazione del debito *ex* all'art. 182-*bis* L.F. in via privilegiata, e non già, come richiesto da questi ultimi, in prededuzione.

La decisione del Tribunale era stata assunta sulla scorta dei seguenti rilievi: (i) estraneità della fattispecie di cui all'art. 182-*bis* L.F. alle procedure concorsuali in genere; (ii) carattere privatistico della fattispecie in questione; (iii) assenza della previsione di una fase di ammissione di crediti; (iv) assenza della previsione di organi pubblici destinati alla gestione del procedimento; (v) mancata applicazione del principio maggioritario (stante la non vincolatività dell'accordo raggiunto nei confronti dei creditori dissenzienti od estranei); (vi) mancata applicazione del principio della *"par condicio creditorum"* e (vii) assenza di un luogo deputato alla discussione ed approvazione della proposta (quale l'assemblea dei creditori).

Il Tribunale fondava la propria decisione anche sul rilievo che l'accordo (pur omologato) non risultava aver apportato alcuna utilità per la massa dei creditori, essendo stato pronunciato il fallimento a distanza di poco tempo rispetto all'omologa dell'accordo.

Con il ricorso per cassazione suddetto, gli avv.ti Lambertini, Padrini e Croce rilevavano che il credito dagli stessi vantato per l'attività di assistenza alla predisposizione del piano *ex* art. 182-*bis* L.F. prestata in favore di una società, anteriormente alla declaratoria di fallimento della stessa, doveva qualificarsi in termini di prededuzione, e non già essere degradato – come disposto dal Tribunale di Verona – nella categoria privilegiata.

Veniva evidenziato che all'accordo in questione non poteva affatto riconoscersi natura privatistica.

E ciò per due ordini di ragioni: in primo luogo è la stessa collocazione sistematica dell'istituto tra le disposizioni relative al concordato a sorreggere l'impostazione pubblicistica e concorsuale del medesimo (l'art. 182-*bis* è infatti collocato nel Capo V della legge fallimentare, rubricato "*Dell'omologazione e dell'esecuzione del concordato preventivo. Degli accordi di ristrutturazione di debiti*"); in secondo luogo sono la stessa dottrina e giurisprudenza ad aver riconosciuto all'accordo in questione una natura concorsuale, considerandolo una sorta di concordato preventivo «minore» o semplificato.

Gli avv.ti Lambertini, Padrini e Croce segnalavano, altresì, che il *discrimen* per individuare la natura concorsuale o meno di una procedura di composizione della crisi d'impresa andava – e va – individuato nella finalità pubblicistica, caratteristica che è propria degli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex* art. 182-*bis*

L.F. per due ordini di motivi: (i) detti accordi sono conclusi nel rispetto del principio della concorsualità e (ii) detti accordi sono sottoposti alla verifica da parte dell'Autorità giudiziaria che ne decreta l'omologazione in presenza di determinati requisiti di legge.

La natura concorsuale è, inoltre, confermata dall'esenzione in caso di successivo fallimento dalla revocatoria per gli atti, i pagamenti, le garanzie erogate dal creditore in esecuzione dell'accordo, *ex* art. 67, comma 3, lett. e), L.F., al pari del concordato preventivo.

Indicativo della natura concorsuale è, altresì, il fatto che per la disciplina del reclamo nei confronti del decreto di omologazione dell'accordo si preveda espressamente il rinvio esplicito all'art. 183 L.F. riguardante il concordato preventivo.

L'accordo è poi parificato al concordato preventivo altresì nell'art. 182-*sexies* L.F. che afferma che dalla data di deposito del concordato preventivo e della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione (o proposta di "preaccordo"), e sino all'omologazione non si applicano una serie di norme del Codice Civile, che dispongono lo scioglimento della società di capitali in caso di perdita del capitale sociale o di riduzione sotto i limiti di legge.

Non meno trascurabile è la possibilità per il P.M., che tutela interessi pubblicistici, di intervenire nell'accordo.

I ricorrenti precisavano, inoltre, che l'attività dagli stessi prestata mirava ad ottenere l'omologa di un accordo, raggiunto con i creditori rappresentanti il 78% dei debiti sociali, caratterizzato da una rinegoziazione dei termini di adempimento dei rapporti bancari con taluni istituti di credito, accordo che il Tribunale di Verona aveva ritenuto meritevole di accoglimento, in funzione di una valutazione prognostica della fattibilità economica dell'intesa raggiunta.

Il credito in esame era, pertanto, certamente sorto in occasione e/o in funzione della procedura concorsuale.

A nulla poteva valere la circostanza – erroneamente evidenziata dal giudice di primo grado – che l'accordo non aveva apportato alcuna utilità, stante l'intervenuta declaratoria di fallimento della società assistita, a distanza di poco tempo dall'omologa.

Si segnalava che un eventuale giudizio di non fattibilità dell'accordo sottoscritto con i creditori poteva, al più, evidenziare un potenziale profilo di responsabilità in capo all'esperto, per la relazione accompagnata all'accordo dal medesimo predisposta.

Si rilevava, infine, che diverso sarebbe stato qualora detto procedimento si fosse arrestato con una pronuncia del Tribunale che ne avesse dichiarato la non ammissibilità, essendo evidente che, in questo secondo caso, non vi sarebbe stato alcun collegamento tra i costi del professionista ed il vantaggio della massa creditoria (né tra tali costi e il successivo procedimento di fallimento).

Con la sentenza in esame la Corte di Cassazione, condividendo i rilievi svolti dagli avv.ti Lambertini, Padrini e Croce, ha ribaltato l'impostazione assunta dal Tribunale di Verona, affermando che "*l'accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182-bis appartiene agli istituti del diritto concorsuale come è dato desumere dalla disciplina alla quale nel tempo è stato assoggettato dal legislatore; disciplina che, in punto di condizioni di ammissibilità, deposito presso il tribunale competente, pubblicazione al registro delle imprese e necessità di omologazione, da un lato, e meccanismi di protezione temporanea, esonero dalla revocabilità di atti, pagamenti e garanzie posti in essere in sua esecuzione, dall'altro…suppone realizzate, nel pur rilevante spazio di autonomia privata accordato alle parti, forme di controllo e pubblicità sulla composizione negoziata, ed effetti protettivi, coerenti con le caratteristiche dei procedimenti concorsuali*".

La Corte ha altresì convenuto con i ricorrenti circa il fatto che la prededuzione non possa escludersi in base alla successiva declaratoria di fallimento dell'assistita: "*avutasi l'omologazione, non è necessario verificare la definitiva tenuta del "risultato" delle prestazioni medesime (il risultato ultimo)*". E ciò in quanto "*le prestazioni vanno correlate al segno della funzionalità di accesso alla procedura minore per la quale sono state svolte. L'utilità concreta per la massa dei creditori, ove poi consegua il fallimento, non è richiesta, atteso che i concetti – di funzionalità e di utilità concreta – non possono essere sovrapposti, e men che meno confusi tra loro*".

DAVIDE PACHERA

La sospensione della convocazione di assemblea della SpA.

Un caso vicentino nell'orientamento del Tribunale delle imprese di Venezia

Uno dei temi del diritto societario che, nel corso del tempo, ha incontrato i maggiori contrasti giurisprudenziali, riguarda l'ammissibilità del provvedimento cautelare che sospende gli effetti giuridici della convocazione dell'assemblea societaria, ovvero che inibisce lo svolgimento della riunione assembleare.

In taluni casi, contraddistinti da un acceso conflitto societario, si rivela particolarmente utile, se non addirittura indispensabile, una misura che, in via d'urgenza, blocchi la convocazione di un'assemblea, ove è verosimile ritenere che saranno assunte decisioni tali da pregiudicare in maniera irreparabile un socio o la società stessa.

Il primo caso conosciuto è quello deciso dal Tribunale di Lodi con decreto del 21.10.1942, con cui fu concessa tale tutela al socio spogliato del possesso delle proprie azioni e privato del voto, in seguito al sequestro giudiziario ottenuto dal titolare dell'altro 50% del capitale sociale, oggetto di un sindacato di maggioranza fra i due soci (F. Carnelutti, Casi clinici, in Riv. dir. proc. civ., 1943, II, p. 185).

Il *leading case* in materia è, però, quello deciso con l'ordinanza con cui la Pretura di Roma, dieci anni dopo, ha escluso la tutela d'urgenza a favore del socio, nei confronti del collegio sindacale, che aveva convocato l'assemblea. Il giudice del cautelare argomentava sia dall'art. 2366 u.s. c.c., che dichiarava valida l'assemblea di s.p.a. totalitaria, sia dal fatto che è una semplice eventualità la possibilità che l'assemblea assuma la deliberazione paventata dalla ricorrente, sia, infine dalla – almeno in linea teorica – garanzia di celerità data dall'art. 2378 c.c.. Il giudice reputava sufficiente il rimedio approntato dal quarto comma dell'art. 2378 (Pret. Roma 10.02.1952, in Foro it., 1952, I, 533).

Nella ben conosciuta "guerra" della famiglia Gucci, il Pretore di Milano sospendeva ex art. 700 c.p.c. lo svolgimento dell'assemblea. Egli partiva dall'assunto che "*l'intervento in assemblea e l'esercizio del diritto di voto rappresentano un diritto inderogabile ed indisponibile del socio*" e che con precedente provvedimento (del pretore di Firenze) veniva impedita la partecipazione all'assemblea della società del socio di maggioranza relativa, senza che fosse assicurata alcuna rappresentanza in assemblea a tale compagine azionaria, rinveniva nel caso di specie un'ipotesi in cui a fronte di un danno *in re ipsa* consistente "*nella stessa soppressione senza tutela degli interessi sociali degli attuali ricorrenti; un danno di natura irreparabile perché non può rivivere nemmeno con l'esperimento delle opposizioni*", nessun pregiudizio irreparabile sarebbe potuto derivare alla società (Pret. Milano 11.09.1985 (ord.), in Foro. It., 1986, I, 545).

Ed ancora, il giudice milanese dell'urgenza confermava, qualche anno più tardi, l'esperibilità del ricorso cautelare per paralizzare gli effetti della convocazione assembleare. L'ordinanza si inseriva in un altro importante conflitto in ambito societario: quello per il controllo della Mondadori.

Con provvedimento del 22.12.1989, il giudice istruttore ex artt. 700 e 689 c.p.c. sospendeva lo svolgimento dell'assemblea, convocata da un consiglio di amministrazione la cui attività era stata paralizzata da un precedente provvedimento ex art. 700 c.p.c. – concesso in forza della ritenuta decadenza dell'intero organo – ma che era stato attivato nuovamente ai sensi dell'art. 2367 c.c., veniva così ribadita la tesi della convocazione viziata nel procedimento per giustificarne la sospensione, ma il giudice non mancava di osservare che una convocazione può essere pregiudizievole ogniqualvolta sia tale da ledere la posizione

giuridica del socio che "*il diritto di maturare e manifestare il suo voto nel luogo e nel tempo debito e sotto tale profilo si è infatti verificato il caso di inibitorie nei confronti di convocazioni assembleari che sarebbero tradotte in pregiudizi per l'esercizio del suddetto diritto*" (Giur. it., 1990, I, 2, 225; favorevole all'impiego dell'art. 700 c.p.c. per sospendere l'efficacia dell'atto di convocazione dell'assemblea Carnelutti, Casi clinici, in Riv. dir. proc. civ., 1943, II, p. 185).

Sulla scorta di tale tesi, è stato stabilito che, "*deve ammettersi la tutela anticipata, rispetto alla riunione assembleare, come prevenzione del prodursi di effetti già viziati all'origine, in base ad un criterio di razionalità e all'esigenza diffusa di vedere la funzione del giudice anche atta a prevenire, facendo chiarezza interpretativa, le liti future*" (Trib. Milano, ord. Giud. istr. 22.12.1989, Soc., 1990, 625).

Conseguentemente "*Può essere ordinata la sospensione della convocazione dell'assemblea fissata da un consiglio di amministrazione decaduto*" (Trib. Milano 22.12.1989, Giur. merito 1990, 713; RDCo 1990, II, 235; Giur. it. 1990, I, 2, 225)

E così: "è ammissibile il provvedimento d'urgenza che disponga la sospensione della convocazione, quantunque il danno tenuto derivi dalla adozione di una delibera assembleare e non già dalla convocazione della assemblea" (Pret. Modena, ord. 20.07.1988, Giur. Comm., 1989, II, 991).

Si è dimostrato, invece, di contrario avviso il Tribunale di Napoli, il quale ha stabilito che: "*Al giudice non è consentito intervenire in via preventiva nel procedimento di costituzione dell'assemblea di una società, per imporre determinati comportamenti ai soci, perché in tal modo sostituirebbe la propria volontà a quella sovrana dell'assemblea, nè tantomeno gli è attribuito il potere di sospendere gli effetti della convocazione dell'assemblea, o di ordinare in via d'urgenza la integrazione di un ordine del giorno*" (Trib. Napoli, 25.11.1996, in Società 1997, 920).

Ed ancora, "*la natura sussidiaria del procedimento previsto dall'art. 700 c.p.c. non consente un intervento giudiziario nel caso in cui, per tutelare la lesione di tale diritto, è previsto dalla legge apposito rimedio d'urgenza (nella specie l'art. 2378 c.c.). La natura anticipatrice del procedimento ex art. 700 c.p.c. impedisce inoltre di emettere un provvedimento che non sia valido ad assicurare preventivamente gli effetti di una futura probabile decisione giudiziaria conseguente ad un giudizio ordinario*" (in Giur. comm. 1994, II, 472).

Tali pronunce, che escludendo una tutela preventiva rispetto all'assunzione della delibera assembleare, non si rivelano soddisfacenti, sotto il profilo della tutela riservata agli interessi e ai diritti societari.
Esse, infatti, partono dall'assunto che la convocazione dell'assemblea sia un atto per sua natura "*strumentale e neutrale rispetto all'interesse dei soci*", il cui diritto può essere concretamente leso solo dalle successive, eventuali, deliberazioni dell'assemblea.
Invece, come ha osservato autorevole dottrina, "*costituisce un mero postulato l'affermazione secondo cui le potenzialità dannose della convocazione coincidano sempre e comunque con il danno che può derivare dalla delibera assembleare*! (G. Guarnieri, Le Società, 1997, 8, 920).
Tale impostazione porta, del resto, ad escludere una tutela piena ed efficace del socio, il quale è costretto ad una protezione tardiva ed insoddisfacente dei propri diritti, perché si viene a distinguere fra atto di convocazione e deliberazione dell'assemblea, ignorando che l'uno e l'altra sono fasi del medesimo procedimento. Ciò a tacer del fatto che il provvedimento cautelare ex art. 700 c.p.c. può inserirsi in un iter processuale completamente diverso da quello di impugnazione della delibera assembleare.
Per le medesime ragioni, dovrebbe essere ammessa la tutela cautelare d'urgenza rispetto alla delibera consiliare con cui si convoca l'assemblea.
In tale senso si è pronunciato il Tribunale di Bologna, stabilendo che, per ottenere l'inibitoria dello svolgimento dell'assemblea: "*deve essere previamente impugnata la sottostante delibera del consiglio di amministrazione e, una volta nell'ambito di quel giudizio di cognizione, ne va chiesta la sospensione secondo le regole ordinarie*" (Trib. Bologna, decr. 25.02.2005, in Guida al Dir., n. 36/2005, 66).
In linea con il citato orientamento si è espresso recentemente il Tribunale delle imprese di Venezia, che con il decreto n. 2130 del 20.09.2017, ha disposto la sospensione *inaudita altera parte* dell'esecuzione della delibera del consiglio di amministrazione (con la quale era stata disposta la convocazione dell'organo assembleare) e, per l'effetto, ha inibito che fosse dato corso all'assemblea oggetto di convocazione.
Nel caso di specie, l'amministratore-ricorrente ha chiesto, ai sensi dell'art. 2378 c.c. e dell'art. 700 c.p.c., la sospensione della delibera del Consiglio di Amministrazione che aveva deliberato, in violazione delle norme statutarie, la convocazione dell'assemblea dei soci, per la nomina del nuovo organo amministrativo.
Il Presidente del Consiglio di Amministrazione, socio di maggioranza della società, intendeva riservarsi il diritto di rinnovare l'organo amministrativo, prima che il Tribunale di Vicenza nominasse – nell'ambito di un procedimento di pignoramento presso terzo – il custode della partecipazione di maggioranza da egli stesso detenuta e oggetto di pignoramento.
Attraverso la delibera del C.dA, che disponeva la convocazione dell'assemblea dei soci, per deliberare (in data anteriore alla nomina del custode) il nuovo consiglio di amministrazione, il Presidente del C.d.A. intendeva, quindi, realizzare un vero e proprio abuso di potere, diretto a pregiudicare il corretto governo della società e la corretta formazione della volontà sociale.
Il Tribunale delle Imprese di Venezia non ha consentito che si verificasse tale abuso ed ha inibito, *inaudita altera parte*, lo svolgimento dell'assemblea dei soci.
La concessione della misura cautelare è derivata da una considerazione ben precisa: la delibera assembleare (quella appunto oggetto di convocazione) era idonea a determinare un danno o un pregiudizio all'interesse della società, che si sarebbe rivelato irreparabile o particolarmente grave immediatamente dopo la sua adozione.
In altri termini, nel caso di specie il Tribunale ha avuto la sensibilità e la lungimiranza di ravvisare l'esistenza di un pericolo concreto ed attuale, rappresentato dal danno che sarebbe derivato in capo alla società, immediatamente dopo l'adozione dalla delibera oggetto di convocazione.
Tale danno non poteva essere arginato o ricomposto da una futura o successiva inibitoria della delibera assembleare, ai sensi dell'art. 2378 c.c.
Limitarsi a tale rimedio (quello della sospensione della successiva delibera assembleare) avrebbe significato frustrare gli interessi del socio-ricorrente e della società stessa.
L'unico rimedio effettivamente satisfattivo per il socio non poteva essere diverso dall'inibitoria dello svolgimento della riunione assembleare.
Questo precedente consente, quindi, di affermare che, anche dopo la riforma del diritto societario, è possibile ottenere una tutela anticipatoria, rispetto agli effetti pregiudizievoli, che potrebbero derivare da una semplice convocazione assembleare.

FRANCESCA BENATTI

Benvenuti danni punitivi …o forse no!

Sommario: 1. Gli effetti della sentenza sul riconoscimento delle sentenze che liquidano i punitive damages. 2. Le problematiche di una loro eventuale introduzione. 3. La funzione sanzionatoria dei danni punitivi: rischi e benefici. 4. Il merito della decisione.

1. L'importanza della recente sentenza n 16601/2017 delle Sezioni Unite della Cassazione sta nell'aver affrontato il tema della riconoscibilità in Italia di sentenze che liquidano i danni punitivi, superando l'orientamento tradizionale[1] e fornendo indicazioni utili al legislatore per un suo eventuale intervento. Muovendo da indici normativi già presenti e alla luce di una mutata concezione della nozione di ordine pubblico più adeguata ad una società globalizzata e multilivello[2], le Sezioni Unite riconoscono l'ormai polifunzionalità della responsabilità civile. Per tale ragione è stabilita la tendenziale compatibilità tra i *punitive damages* caratteristici dei sistemi di *common law* e il nostro ordinamento, quando sono tipiche e prevedibili le ipotesi di condanna e vengono fissati limiti all'ammontare del risarcimento.

Questa scelta era auspicata dalla dottrina maggioritaria [3]e si inserisce in una tendenza generale volta a considerare sempre più rilevanti la sanzione e la deterrenza nell'illecito[4]. Ciò è dovuto anche alle difficoltà di raggiungere un'effettiva compensazione del danneggiato, soprattutto nei casi più gravi. Esemplificativa di questa evoluzione è la decisione della *Cour de Cassation* francese che nel 2010[5] aveva adottato una soluzione analoga a quella raggiunta dalle Sezioni Unite, permettendo il riconoscimento dei provvedimenti che concedono i danni punitivi, purchè non di ammontare eccessivo. Va, tuttavia, osservato come la motivazione della sentenza che si commenta risulti più attenta e meditata di quella francese e non solo per ragioni stilistiche[6]. Seppure viene richiamato il principio di proporzionalità del risarcimento quale criterio cardine, sono elencati con precisione i requisiti che i *punitive damages* devono avere per la delibazione. Questo è apprezzabile per la complessità della figura[7] e per la facilità con cui essa può essere

1. PONZANELLI, *Danni punitivi: no grazie;* in *Foro.it*, 2007, 1461 ss.; PARDOLESI, *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no*!; in *Danno e resp.*, 2012, 609 ss.,

2. GRONDONA, *L'auspicabile 'via libera' ai danni punitivi, il dubbio limite dell'ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti e giurisdizioni),* in *Dir. civ. cont.,* 31 luglio 2016. ID, *Il problema dei danni punitivi e la funzione degli istituti giuridici, ovvero: il giurista e la politica del diritto*, in *Giustiziacivile.com*, 31 maggio 2017.

3. V. *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle Sezioni Unite,* in *Danno resp.,* 2016, 827 con nota di PONZANELLI; LUCCHINI, *Possibile intervento delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, ivi, p. 836; QUARTA, *Illecito civile, Danni punitivi e Ordine pubblico*, ivi, 2016, 1159; LUCCHINI GUASTALLA, *La compatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico alla luce della funzione sanzionatoria di alcune disposizioni normative processual-civilistiche*, ivi., 2016, 1483 ss.; NIVARRA, *Brevi considerazioni a margine dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite sui «danni punitivi»*, in *Dir. civ. cont., 30 gennaio 2017*. Critico sulla possibile apertura è MONTANARI, *La resistibile ascesa del risarcimento punitivo nell'ordinamento italiano (a proposito dell'ordinanza n. 9978/2016 della Corte di Cassazione),* in *Dir. civ. cont*., 2 febbraio 2017

4. Cfr. *ex multis* sulla polifunzionalità della r.c. ALPA, *La responsabilità civile. Principi*, Torino, 2010; ID., *Gli incerti confini della responsabilità civile*, in *Resp. Civ. Prev*., 2006, 1805

5. *Arret* 1090/2010.

6. È noto, infatti, lo stile sillogistico delle sentenze della Cour de Cassation francese.

7. Mi permetto sul punto di rinviare ai miei precedenti lavori, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto,* Milano, 2008; *Danni punitivi e class actions nel diritto nordamericano*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2008, 233; *Il danno nell'azione di classe*, in *Danno e Responsabilità*, 2011, 14; *La circolazione dei danni punitivi: due modelli a confronto*,

suscettibile di manipolazioni, soprattutto in ordinamenti che non hanno una sufficiente esperienza nel suo impiego.

L'argomentazione delle Sezioni Unite si distingue per il rigore, la cautela e per un uso accorto del metodo comparatistico. Il modello straniero è, infatti, esaminato senza ricorrere a facili entusiasmi o a critiche superficiali, ma considerando i recenti sviluppi[8] e i costi e benefici di un suo inserimento in un sistema diverso.

L'approccio è corretto anche perché i *punitive damages* sono un istituto controverso che ha da sempre suscitato accesi dibattiti e veementi riflessioni. Va ricordato il primo scontro in dottrina avvenuto negli Stati Uniti alla fine del XIX secolo tra Greenleaf e Segdwick o l'opinione di Judge Foster in *Fay v. Parker del* 1872 quando notava che «non è forse la punizione fuori luogo, irregolare, anomala, eccezionale, ingiusta, non scientifica, per non dire assurda e ridicola, quando classificata tra i rimedi civili? Che tipo di rimedio civile è per l'attore la punizione del convenuto? L'idea è sbagliata. È un'eresia mostruosa. È un'escrescenza sgradevole e malsana, che deforma la simmetria del sistema giuridico»[9]. I danni punitivi sono, infatti, un ibrido tra diritto civile e penale con cui bisogna confrontarsi con cautela. Si avverte che, mentre negli USA la valorizzazione della funzione sanzionatoria è oggi accompagnata in dottrina e giurisprudenza da una consapevolezza dei rischi che essa comporta, negli ordinamenti di *civil law* si assiste spesso ad un minor realismo e ad una valutazione solo degli aspetti positivi.

È opportuno, innanzitutto, sottolineare che la decisione delle Sezioni Unite apre unicamente alla possibilità di riconoscere le sentenze che concedono i *punitive damages* e non comporta una loro introduzione sostanziale né tantomeno il riconoscimento di una generale funzione sanzionatoria oltre alle ipotesi fissate legislativamente. Essa, inoltre, favorisce il riconoscimento di provvedimenti che liquidano danni punitivi di ordinamenti[10] quali l'Argentina, la Cina, la Nuova Zelanda dove i risarcimenti sono adottati in ipotesi specifiche o, comunque, di entità limitata, rispetto a quelli statunitensi[11]. In questa ipotesi andrà guardata la giurisdizione che li ha emessi e rimangono aperte alcune questioni[12]: qualora i *punitive damages* siano elevati o eccessivi secondo i nostri parametri perché una parte è legislativamente destinata ad un fondo statale, è probabile che la sentenza non sia delibabile quando è incerta la valutazione stessa dei limiti, soprattutto quelli fondati su percentuali del fatturato del convenuto. I requisiti che vengono richiesti sono, inoltre, stringenti e non si rinvengono in tutti gli stati. Infatti, nonostante sia giustamente constatato nella motivazione il mutamento nella applicazione dei danni punitivi dalla nota sentenza BMW *v.* Gore[13] a livello federale e gli sforzi di molte legislazioni nel contenimento e razionalizzazione del risarcimento, ciò non è univoco ed è soggetto ancora a oscillazioni e tensioni evidenti. Se i *punitive damages* sono ormai distanti dal modello iniziale[14], seppure spesso enfatizzato in modo sensazionalistico[15], che si sta cercando di correggere salvaguardandone i meriti e riducendo gli aspetti negativi, non sono ancora, e forse non lo saranno mai completamente, danni prevedibili. La loro caratteristica funzione sanzionatoria è strettamente connessa ad una flessibilità riconosciuta spesso dalle stesse previsioni normative. In Florida, infatti, viene distinto[16] fra ipotesi "normali" in cui si applica un limite di

---

in *Corriere Giur.,* 2012, 263 ss.; *Inadempimento del contratto e danni punitivi,* in *Rass. dir. civ.,* 2013, 846 ss.; *Il danno punitivo tra forma e sostanza*, in *Resp. Civ e prev*., 2014, 53; *Danni punitivi e abuso del diritto,* in *Contr. e impr*., 2015, 862;, *Dall'astreinte ai danni punitivi: un passo obbligato*, in *questa Rivista*, 2015, II, 679; *Zhonguo chengfaxing peichang (danni punitivi in Cina*), in *Rass. dir. civ.,* 2016, 1425 ss., *I danni punitivi nel panorama attuale*, in *Giustiziacivile.com*, 2017, 24 maggio 2017.

8. Si veda ad esempio il riferimento puntuale alla giurisdizione della Florida che ha emesso i provvedimenti in oggetto.

9. 53 New Hampshire Reports 342 *at* 382 (1872).

10. Con riguardo all'Inghilterra vanno attese le modalità con cui verrà attuata la Brexit.

11. Rimane incerta anche la delibazione di sentenze australiane e nigeriane che in linea teorica vietano danni punitivi eccessivi. La delibazione deve essere valutata caso per caso.

12. Giustamente la stessa sentenza in commento mette in luce la necessità di ulteriori approfondimenti che potrebbero derivare dalla casistica.

13. 517 U.S. 559 (1996).

14. Cfr. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana,* in *Riv. dir. civ.* 1983, I, 435. Va chiarito che nella stessa dottrina statunitense non vi è unanimità sia nella valutazione del modello inziale (cfr. il noto studio di EISENBERG et. Al., *The predictability of punitive damages*, in *26 Journ. Of Legal Studies*, 1997, 623 ss.) sia sugli effetti delle pronunce della Corte Suprema (EISENBERG et Al. *Variability in Punitive Damages: Empirically Assessing Exxon Shipping Co. v. Baker*,in *166 Journ. of Institutional & Theoretical Economics*, 2010, 5 ss.) V. anche MARRERO, Punitive Damages: Why the Monster Thrives, in *105 Georgetown L. Rev.,* 2016, 767 ss.

15. RUSTAD, *The Closing of Punitive Damages' Iron Cage*, in *38 Loy. La. L. Rev.,* 2004, 1297 ss.

16. Un' ulteriore differenziazione si ha nei casi di responsabilità medica.

500.000$ o di tre volte i danni compensativi[17] e quelle in cui il comportamento è motivato da un irragionevole guadagno per il convenuto o vi è la consapevolezza della probabilità che si verifichi la lesione e viene, quindi, previsto un limite di 2,000,000$. Quando sussiste la volontà di danneggiare vengono, addirittura, superati i *caps*. La varietà degli interventi legislativi statunitensi permette, poi, di constatare la complessità della regolamentazione dell'istituto che può avvenire incidendo specificatamente[18]: a) sulla previsione di fattispecie tipiche o di criteri quali i requisiti della condotta o standards di prova elevati; b) sulla determinazione del *quantum* sia con procedimenti più rigidi[19] sia attraverso caps, moltiplicatori o percentuali del fatturato del convenuto; c) sulla destinazione finale di parti del risarcimento con la previsione di fondi generici o specifici.

Devono essere, dunque, svolte alcune considerazioni. Innanzitutto si nota la difficolta per le corti di concretizzare i parametri fissati dalla Corte Suprema Federale sia singolarmente che in relazione fra di loro dovuta anche ad opinioni di maggioranza in *Gore* e *State Farm*[20] poco puntuali[21]. Essi sono la gravità della condotta, il rapporto con i danni compensativi e quello con le sanzioni civili, penali e amministrative previste per ipotesi analoghe. Il primo elemento ha trovato un' ulteriore specificazione e devono essere considerati: la natura del danno fisico o solo economico; l'indifferenza o la sconsiderata disattenzione per la salute o sicurezza altrui; la vulnerabilità dell'attore; la ripetitività della condotta; l'intenzionalità o l'esistenza di truffa o inganno. Non è chiaro il valore di ciascuno di questi requisiti e la loro relazione. Spesso le corti li interpretano in modo estensivo o creativo per poter applicare i danni punitivi quando la condotta è reputata grave anche in base ad uno solo di essi.

Sintomatica delle incertezze è, poi, la diversa comprensione[22] del secondo requisito e cioè della *single digit ratio* stabilita in *State Farm* fra danni punitivi e compensativi: in alcune giurisdizioni è individuata come ogni rapporto inferiore a 10:1, in altre a 4:1. Spesso si è ritenuto che fosse solo una linea guida[23] e quindi non vincolante. Si riscontra anche una notevole difformità nella valutazione del *potential harm* che avrebbe potuto sopportare l'attore. Complessa è, soprattutto, la scelta di come calcolare il rapporto fra *punitive* e *compensatory damages*[24] quando ci sono più attori o più convenuti: la determinazione in alcuni casi è fatta con riferimento alla somma globale, in altri singolarmente. È evidente che la differenza può essere significativa.

Poco chiarificatrice o anzi addirittura oscura è stata la decisione della Corte Suprema in Exxon[25] che pur riguardando il diritto marittimo è parsa indicare un favore nei confronti di una ratio 1:1 e ha rafforzato il criterio espresso in State Farm[26] sulla necessità di abbassare i danni punitivi in presenza di "*substantial compensatory damages*". Il parametro stabilito è stato rigettato dalle corti e la nozione di *substantial damages* è interpretata in modo assai diverso.

Il terzo criterio fissato in Gore e cioè il rapporto con sanzioni civili, penali e amministrative non è stato

---

17. Questa fattispecie è quella cui si riferisce la sentenza.
18. Non sono mutualmente esclusivi e a volte possono essere adottati insieme.
19. V. i *bifurcated trials* a cui fa riferimento anche la sentenza delle Sezioni Unite.
20. State Farm Mutual Automobile Insurance Co. *v.* Campbell, 538 U.S. 408 (2003).
21. HINES, HINES, *Constitutional Constraints on Punitive Damages: Clarity, Consistency, and the Outlier Dilemma*, in *66 Hastings L. Jour*., 2015, 1257 ss.
22. In alcune fattispecie le indicazioni della Corte Suprema Federale sono state rigettate come ad esempio con riguardo al patrimonio del convenuto che continua ad essere utilizzato quale criterio dalle giurisdizioni inferiori. La Corte d'Appello della California ha in Alcoser v. Thomas ha illustrato che la ratio di 1:1 non era efficace e ""such a proposal 'would flatten out the variability of punitive damage awards by deemphasizing two important factors used to determine such damages: the extent of the defendant's misconduct and its wealth'", Alcoser *v.* Thomas, Nos. A124848, A125994, A126464, 2011 WL 537855, at *14 (Cal. Ct. App. Feb. 16, 2011). Tuttavia ciò non deve comportare la distruzione finanziaria del convenuto Peterson *v.* Stewart, No. A127682, 2012 WL 541521, at *4 (Cal. Ct. App. Feb. 17, 2012). Il rifiuto di questa indicazione generalmente si fonda sul principio federale che attribuisce agli Stati il compito di valutare l'ammontare dei danni punitivi.
23. Noble Biomaterials *v.* Argentum Med., LLC, No. 3:08-CV-1305, 2011 WL 4458796, at *8 (M.D.
Pa. Sept. 23, 2011): "the Supreme Court's guideposts are just that: guideposts".
24. Un altro tema è se i danni compensativi su cui calcolare il rapporto debbano tenere conto anche della riduzione dovuta ad un eventuale colpa dell'attore. Qui il consenso sembra vertere sulla somma globale e non su quella diminuita.
25. 554 U.S. 471 (2008).
26. In *State Farm*, l'opinione di maggioranza aveva messo in luce che un rapporto elevato fra sanzione e compensazione «potrebbe essere necessario dove il danno è difficile da rilevare o il valore monetario di un danno non economico potrebbe essere stato difficile da determinare. Anche l'opposto è vero. Quando i danni compensativi sono sostanziali, allora è sufficiente un parametro minore, forse uguale»

quasi mai influente per stabilire i danni punitivi concedibili forse perché non era già parte della tradizione statunitense ed è stato imposto *ex novo*. Le corti hanno poi incontrato degli ostacoli nell'individuare i possibili riferimenti con cui comparare i *punitive damages*. Tuttavia, si avverte come la gravità della condotta rimanga l'elemento fondamentale su cui si fonda la determinazione del quantum e dipende da una attenta analisi del caso concreto e dalla percezione del giudicante.

Se i criteri di Gore sono stati vicini a quella "*road to nowhere*", che Justice Scalia con la consueta lucidità aveva previsto[27] e hanno unicamente indicato una tendenza da seguire, gli stessi limiti stabiliti legislativamente sollevano alcune perplessità[28]. In alcuni stati come l'Arkansas e probabilmente[29] il Montana sono stati dichiarati incostituzionali per violazione della *Substantive due prcoess clause*, dell'*Equal protection clause* e del *Right to trial by jury*[30]. La Corte Suprema del Missouri in Lewellen v. Franklin[31] ha, poi, stabilito l'inapplicabilità dei limiti per i torts che fino al 1820 prevedevano danni punitivi determinati dalla giuria[32].

27. Secondo RUSTAD, *The Uncert-worthiness of the Court's Unmaking 0f Punitive Damages*, in *2 Charl. L. Rev.,* 2008, 518: «The Court's strained efforts to force a complex remedy like punitive damages into a constitutional strait jacket is like the television commercial in which two mechanics are trying to fit an oversized automobile battery into a car too small to accommodate it. The car owner looks on with horror as the mechanics hit the battery with mallets, trying to drive it into place. The owner objects and the mechanics say, "We'll make it fit!" The car owner says, "I'm not comfortable with making it fit».

28. GRIFFITH, *Why Don't Punitive Damages Punish Or Deter? Beyond The Constitution Toward An Economic Solution*, in 77 Montana L. Rev.., 2016, p.327

29. Manca ancora la pronuncia della Corte Suprema dello stato, ma questa pare la linea di tendenza.

30. Butte Local Dev. Corp. v. Masters Grp. Int'l, Inc., No. DV-11-372, 2014 WL 2895577 (Mont. Dist. March 25, 2014): "This case is an example of the capricious nature of the cap. While 3% or $10 million may be an effective deterrent to similar conduct to some defendants, to a party like Comerica with its substantial wealth, $10.5 million is a minuscule amount and likely provides minimal deterrent or none at all.".

31. 441 S.W.3d 136 (Mo. 2014) (en banc).

32. In Lewell si nota che: "c]itizens of Missouri are entitled to a jury trial in all actions to which they would have been en-

Si riscontra la volontà di escludere soprattutto il *tort of fraud.* Per le medesime ragioni sono discussi i caps ai danni non patrimoniali e la Corte Suprema della Georgia li ha considerati contrari alla Costituzione[33] in un caso di responsabilità medica, pur esplicitando che l'analisi non si estendeva ai parametri fissati per i danni punitivi[34]. In altri stati come la California, vi sono proposte legislative per innalzare i parametri dei *non economic damages.* Questi orientamenti sono interessanti, perché l'elemento sanzionatorio, in presenza di *punitive damages* limitati, potrebbe essere introdotto per *cross over* nei danni non patrimoniali. Ciò dovrebbe essere considerato anche nel procedimento di *exequatur*: la valutazione della proporzionalità non dovrebbe, quindi, essere limitata ai *punitive damages,* ma comprendere l'ammontare complessivo liquidato. Tali categorie di danni, poi, risentono delle condizioni economiche, sociali e politiche e quindi sono prospettabili continue variazioni sia sul mantenimento dei *caps* sia sul loro ammontare.

Infine, rimane difficile garantire la prevedibilità del danno punitivo quando la determinazione dell'ammontare è affidato alle giurie, maggiormente soggette ad emozioni e sensazioni. Il progressivo miglioramento delle istruzioni loro fornite non sembra un rimedio sufficiente[35]. Un orientamento dottrinale sostiene la opportunità di affidare la fissazione del *quantum* al giudice. Non sembra, però, attuabile allo stato perché si tratterebbe di modificare un indirizzo consolidato.

Si presenta, pertanto, complessa, seppure possibile, la delibazione di provvedimenti statunitensi, mentre parrebbe da escludersi per quelli canadesi, dove non sono previsti limiti all' ammontare dei danni punitivi[36], e messicani[37] perché sono ancora incerti i confini di applicazione. La decisone in commento apre, dunque, condivisibilmente ai danni punitivi in modo prudente e impone la valutazione nel caso concreto della compatibilità della sanzione erogata con le regole nostro ordinamento.

titled to a jury when the Missouri Constitution was adopted' in 1820. " V. RUSSELL, *Statutory Caps on Punitive Damages*; *Are they Infringing your Rights*, in *80 Mo. L. Rev.,* 2015, 853 ss.

33. Anche in Alabama, la Corte Suprema è giunta al medesimo risultato.

34. Atlanta Oculoplastic Surgery *v.* Nestlehutt, 691 S.E.2d 218, 223 (Ga. 2010).

35. V. sulle istruzioni QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013.

36. 2002 SCC 18, [2002] 1 SCR 595.

37. Amparo directo 30/2013 che ha introdotto per via giurisprudenziale i danni punitivi.

2. Questa sentenza potrebbe incentivare un possibile intervento legislativo che li riconosca espressamente come sta, peraltro, avvenendo in Francia[38]. È apprezzabile, però, il *self-restraint* della Corte che non si è trasformata in legislatore, utilizzando principi e valori per introdurre istituti non conosciuti al nostro ordinamento. L'affermazione della funzione sanzionatoria è, innanzitutto, politica ed è delicata perché incide profondamente sui rapporti sociali ed economici. Non è possibile ignorare che negli USA essa è servita per facilitare l'accesso alla giustizia, tentare di coprire i problemi derivanti da un *welfare state* quasi inesistente e spesso pure con intenti redistributivi. Ciò spiega perché i limiti ai *punitive damages* vengano supportati maggiormente dai giudici conservatori[39] piuttosto che dalla componente *liberal*[40], che ne ravvisa scopi sociali[41]. Anche con riguardo agli interventi legislativi si è osservato che un controllo repubblicano ha favorito e velocizzato le riforme statali, seppure con alcune eccezioni, mentre i democratici hanno sostenuto maggiormente posizioni *anti-business*[42].

La dottrina statunitense più attenta[43] ha, poi, messo in evidenza come i danni punitivi riflettano la complessità della responsabilità civile e non abbiano una sola

38. L'art. 1266-1 del progetto di riforma del libro III del *code civil* sulla responsabilità prevede che: «cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur ou aux profits qu'il en aura retirés. L'amende ne peut être supérieure à 2 millions d'euros. Toutefois, elle peut atteindre le décuple du montant du profit ou de l'économie réalisés. Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise».

39. I giudici originalisti, invece, come dimostra la posizione di Justice Scalia hanno sempre ostacolato i limiti per una critica all'uso disinvolto del XIV Emendamento.

40. Emblematica è l'opposizione ai limiti di Justice Ginsburg seppur motivata sulla base della competenza degli Stati e non federale.

41. Questi non vengono, ovviamente, mai dichiarati nelle motivazioni.

42. DENG, ZANJANI, *What Drives Tort Reform Legislation? An Analysis of State Decisions to Restrict Liability Torts,* in *The Journal of Risk and Insurance*, 2016, 1539 ss.

43. CALABRESI, *The Complexity of Torts. The Case for Punitive damages,* in *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli*, II,2008, Milano, 327 ss. OWEN, *A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform*, in *39 Vill. L. Rev.,* 1994, 363 ss. ID, *The Moral Foundations of Punitive Damages*, in *40 Ala. L. Rev. 1989*, 705 ss., ne valorizza il ruolo morale purchè vi sia attenzione ai limiti.

funzione, ma molteplici[44]. Ciascuna di esse presenta le sue peculiarità e regole spesso distanti fra loro. La Corte Suprema Federale, peraltro, si è sempre limitata ad affermare la natura principalmente sanzionatoria e in subordine deterrente dei *punitive damages*[45]. Bisogna, però, notare con riguardo a quest'ultima che nonostante il loro fascino, i modelli di analisi economica del diritto, tra cui il moltiplicatore di Polisky e Shavell[46], la teoria del *gain elimination* di Hylton[47] e il *property model* di Haddock[48] non hanno trovato salvo sporadici casi, accoglimento in giurisprudenza. Ciò è dovuto non solo alla difficoltà per i giudicanti di confrontarsi con modelli matematici, ma anche all' impossibilità di utilizzarli in una complessa e caotica realtà, soprattutto quando gli obiettivi possono essere diversi dall'efficienza economica. Si nota anche che essi porterebbero comunque a risultati diversi: per Polisky e Shavell la decisione in *Exxon* con cui erano stati concessi 5 miliardi di dollari di danni punitivi era sbagliata, per Hylton no. La divergenza si fonda su una opposta valutazione della condotta.

La preferenza per la funzione deterrente o sanzionatoria incide, comunque, sul modo in cui vengono delineati e disciplinati. Nel panorama attuale non è più possibile, e forse non lo è mai stato, ravvisare una categoria generale di danni punitivi. Ogni ordinamento che li ha recepiti ha cercato di conformarli alle proprie esigenze e di adeguarli al sistema. La tendenza attuale sembra volta a sottolineare la loro componente sociale[49] come nella tutela dei consumatori, dell'ambiente e a valorizzarne un limitato ruolo compensativo.

L'introduzione di un istituto delicato[50] che comporta la necessità di una analisi completa e approfondita sulle sue differenti funzioni all' interno di un sistema giuridico, economico, sociale deve essere, pertanto, affidata in una democrazia al legislatore. È, però, interessante evidenziare che nella motivazione delle Sezioni Unite si riscontra già una preferenza per un'adozione dei danni punitivi in ipotesi precise e con limiti stabiliti al loro ammontare al fine evitare l'eccessiva discrezionalità delle corti e risultati difformi e arbitrari. Con riguardo alla tipizzazione delle fattispecie, va ricordato come gli ordinamenti che hanno recepito successivamente l'istituto optino in genere per questa soluzione. Ciò pare dovuto a prudenza e alla volontà di evitare esperimenti in ambiti delicati: una graduale introduzione dei danni sovracompensativi permette, infatti, non solo di abituare gli interpreti al loro utilizzo, ma di verificare, in particolare, la loro concreta operatività, correggendone le distorsioni. Parrebbe diversa il progetto di riforma francese che li prevede per *faute lourde* e *faute lucrative*. Soprattutto la prima ipotesi, che si avvicina al modello maggioritario in *common law*, è generale e lascia un certo grado di discrezionalità alle corti. È evidente che la scelta di individuare determinate fattispecie incontra alcune obiezioni. Innanzitutto, vi è il rischio di lacune, ambiguità o pressapochismo per una scarsa tecnica legislativa. Inoltre, vanifica in parte le finalità dell'istituto. Il modello originario mira, infatti, a sanzionare qualunque comportamento grave e oltraggioso senza riguardo al *tort* commesso come dimostra una decisione canadese: «il tentativo di limitare i danni punitivi a" categorie "non funziona ed è giustamente respinto in Canada.... Il meccanismo di controllo non sta nel ridurre le categoria ma nel determinare razionalmente le circostanze che giustificano l'aggiunta della pena alla compensazione in un'azione civile. È nella loro

44. V. per una individuazione della funzione dei danni punitivi non fondata su modelli economici SEBOK *What Did Punitive Damages Do? Why Misunderstanding the History of Punitive Damages Matters Today*, in *78 Chicago-Kent L. Rev*., 78, 2003, 163 ss.; ZIPURSKY, *A Theory of Punitive Damages*, in *84 Texas L. Rev*., 2005, 105 ss.; COLBY, *Clearing the Smoke from Philip Morris v. Williams: The Past, Present, and Future of Punitive Damages,* in *118 Yale L. Jour*., 392 ss..

45 Cfr. sul punto SHARKEY, *Economic analysis of punitive damages: theory, empirics, and doctrine*, 2011, presso papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1990336.

46. POLINSKY, SHAVELL, Punitive Damages: An Economic Analysis,in 111 Harv. L.Rev., 111, 869 ss., secondo I quali il moltiplicatore si calcola sula base della volte in cui il convenuto non è chiamato ad agire in giudizio.

47. HYLTON, *Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties*, in *87 Georgetown L. J*., 1998, 421 ss., che propone di determinare I punitive damages alla luce del profitto ottenuto.

48. HADDOCK, McCHESNEY, & SPIEGEL, *An Ordinary Economic Rationale for Extraordinary Legal Sanctions*, in *78 California L. Rev.*, 1990, 1 ss., i quali ritendono che la funzione dei danni punitivi sia impedire la trasformazione di *property rules* in *liability rules*.

49. Tale aspetto è esaminato da SHARKEY, *Punitive damages as societal damages*, in *113 Yale Law Journal*, 2003, 347.

50. Sembra preferibile non concentrarsi come fatto da parte della dottrina su questioni nominalistiche e quindi sulla eventuale qualificazione come danni punitivi, multa civile, danni aggravati. Anche ordinamenti che hanno utilizzato nomi diversi hanno dovuto affrontare i medesimi problemi. Il tema è sostanziale e riguarda la disciplina concreta del risarcimento sovra-compensativo e i suoi limiti. La distanza dal modello dei *punitive damages* deve, infatti, essere tracciata sulla base delle regole.

natura che i danni punitivi siano in gran parte applicati a torti intenzionali (e)... nei casi eccezionali per inadempimento del contratto ...»[51] Poi nella prassi si assiste alla sanzione di certi illeciti con maggiore frequenza spesso per una sensibilità particolare del decisore. Anche con riguardo alla funzione deterrente è una valutazione di fatto che prescinde dal *tort*, seppure si possono riscontrare alcune tendenze applicative. Sembra perciò preferibile ritenere i danni punitivi un rimedio generale piuttosto che specifico ed eventualmente limitarli con riguardo alle caratteristiche della condotta e all'onere probatorio. La previsione nei soli casi di dolo pare la più corretta[52], ma deve fondarsi su una valutazione degli scopi da perseguire. Negli USA si è infatti assistito ad una concessione sempre più frequente nelle ipotesi di colpa (grave) tanto da far parlare di una seconda generazione di *punitive damages*. Ciò è dovuto proprio ad una considerazione dell'importante ruolo sociale. Questo aspetto è rilevante perché incide sulla loro assicurabilità. Infatti, a partire dalla celebre decisione *Lazenby*[53] essa viene generalmente permessa nella maggioranza degli stati, tranne che per condotte dolose o per risarcimenti che superino un determinato ammontare. Tuttavia, proprio la diffusa applicazione a fattispecie colpose ha favorito l'estensione della loro copertura assicurativa. Il tema è complesso[54] e lontano dall'aver raggiunto una soluzione definitiva, ma deve essere tenuto in considerazione in un ordinamento che potrebbe adottare l'istituto[55]. Se prevale un modello compensativo e "sociale"[56], non sembrano esservi ragioni per escludere l'assicurazione. La valorizzazione della funzione sanzionatoria, invece, potrebbe portare ad una soluzione contraria[57] o anche alla proibizione per legge come nel progetto di riforma francese. Nel primo caso, è, prospettabile un significativo innalzamento del premio assicurativo, nel secondo un aumento non prevedibile dei costi d'impresa, con riflesso, sulle attività produttive.

Anche l'innalzamento dell'onere probatorio dipende dalla valutazione della funzione dei danni punitivi. Qualora siano concepiti come punto d' incontro fra diritto civile e penale, è opportuno uno standard elevato. Negli USA, alcuni stati hanno, infatti, richiesto una "*clear and convincing evidence*" o addirittura una prova "*beyond any reasonable doubt*" proprio per segnare la distinzione con il risarcimento compensativo. È condivisibile, poi, la preferenza evidenziata dalle Sezioni Unite per limiti predeterminati e questo forse è l'aspetto più delicato[58] per la necessità di bilanciare prevedibilità ed efficacia. Peraltro, l'esperienza statunitense ha illustrato non solo il vanificarsi di questi sforzi di riduzione per il meccanismo del *cross-over* in alcuni casi, ma anche la diversa operatività dei parametri nei differenti settori. All' interno della stessa responsabilità medica, ad esempio, mentre si sono verificate diminuzioni consistenti dei danni in ginecologia e pediatria, non si è avuto lo stesso effetto in chirurgia cardio-toracica. La ragione consiste nel fatto che in questa fattispecie i risarcimenti sono frequenti ma generalmente meno elevati[59]. Una diversità di cri-

---

51. Tale principio è fissato in Whiten. In Canada è utilizzato il criterio illustrato da Lord Devlin in Rookes v. Barnard, 1228, dell' "if but only if": "if, but only if, the sum which they have in mind to award as compensation (which may, of course, be a sum aggravated by the way in which the defendant has behaved to the plaintiff) is inadequate to punish him for his outrageous conduct, to mark their disapproval of such conduct and to deter him from repeating it, then it can award some larger sum."

52. McMICHAEL, VISCUSI, *The Punitive Damages Calculus: The Differential Incidence of State Punitive Damages Reform*, in *84 South. Econ. Journal*, 2017, 84 ss. evidenziano come il problema non sia esclusivamente sul *quantum* ma attenga anche all'*an*. L'ammissibilità dei *punitive damages* per *gross negligence* ne aumenta la concessione in modo imprevedibile.

53. Lazenby *v.* Universal Underwriters Ins. Co., 383 S.W.2d 1, (1964).

54. Va constatato che le riforme sono state favorite spesso dal ruolo delle lobby assicurative.

55. In Argentina, ad esempio, si ritengono non assicurabili.

56. V. ad esempio la decisione della Corte Suprema della Georgia: «because punitive damages serve a public interest and are intended to protect the general public, as opposed to benefitting or rewarding particular private parties, we find the State, in seeking punitive damages in the suit against B & W, did so as parens patriae and in this capacity represented the interests of all Georgia citizens, including plaintiffs here», Brown & Williamson Tobacco Corp. v. Gault, 627 S.E.2d 549, 553–54 (Ga. 2006). L'approccio è criticato da SEBOK, *Punitive damages: from myth to theory*, *92 in Iowa L. Rev.*, 2006, 957 ss.

57. Con riguardo alla funzione deterrente, varie giurisdizioni si sono espresse a favore della assicurabilità dei danni punitivi ritenendo che non vi fossero ragioni per escluderla.

58. Va constatata anche la rilevanza della tematica sulla destinazione dei danni punitivi a fondi statali. Se da un lato ciò comporta la diminuzione dell'effetto *windfall* per l'attore, dall'altro solleva dubbi con riguardo all' uso delle somme da parte dello stato.

59. SEABURY, HELLAND, JENA, *Medical Malpractice Reform: Noneconomic Damages Caps Reduced Payments 15 Percent, With Varied Effects By Specialty*, in *33 Health Aff.*, 2014, 2048 ss.

teri in relazione alle fattispecie potrebbe essere consigliata perché più rispondente ad esigenze concrete. La soluzione migliore è, comunque, la fissazione di un moltiplicatore rispetto a limiti numerici e soprattutto a quelli fondati sul patrimonio del convenuto.

3. La decisione delle Sezioni Unite e gli spunti che offre in tema di funzione sanzionatoria porta a domandarsi se sia consigliabile o auspicabile una sua introduzione[60]. Va constato che una conseguenza della previsione dei danni punitivi potrebbe portare all' aumento delle liti. Se tale rimedio si è consolidato anche per favorire l'accesso alla giustizia, devono essere sottolineati i rischi di un eccessivo incremento soprattutto per ipotesi non significative con un aggravio del sistema giudiziario. Strettamente connesso è poi il problema dello *shadow effect* e quindi della scelta dei convenuti di transigere anche ad un costo più elevato invece di difendersi in giudizio[61]. L'esperienza statunitense ha mostrato la rilevanza di questo aspetto che non sempre dipende da una valutazione razionale della probabilità di incorrere nella sanzione. Esso è, però, difficilmente monitorabile perché normalmente le parti preferiscono evitare di definire le somme in transazione come *punitive damages* per evitare la tassazione, pregiudizi all'immagine e anche eventuali difficoltà con l'assicurazione. Questo effetto è collegato alla imprevedibilità delle giurie, ma non può essere escluso nei casi in cui la decisione è lasciata al giudice soprattutto se l'*an* e il *quantum* sono discrezionali. In Italia esso potrebbe essere accentuato dalla lunghezza dei processi e, quindi, dalla preferenza per una transazione.

Il nostro ordinamento presenta, inoltre, un sistema di risarcimento abbastanza articolato tanto che una completa funzione compensativa potrebbe già essere svolta dai danni non patrimoniali e quindi non necessiterebbe di quelli punitivi[62]. Un ostacolo ad una riparazione effettiva si ha nelle tabelle, che dovrebbero

essere limitate ai casi routinari[63] non parendo adeguate alle ipotesi più gravi, eccezionali oppure con una pluralità di sfaccettature. Una maggiore flessibilità nella loro applicazione sarebbe dunque opportuna come auspicato anche da un apprezzabile indirizzo giurisprudenziale[64].

Con riguardo alla funzione sanzionatoria[65], si è constatato che la gravità della condotta è un elemento sempre valutato dalle corti e determina risarcimenti più elevati. Ciò emerge soprattutto nell' impiego del danno non patrimoniale[66] e da *chance*. Il rischio evidente di una introduzione di liquidazioni punitive consiste nella duplicazione dei risarcimenti. La *US Federal Su-*

60. In tal senso KOZIOL, WILCOX, *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wien/New York, 2009, p. 308: «punitive damages do not have to be admitted into the seventh legal heaven but neither would eternal damnation be appropriate. I think they should be condemned to purgatory and after a due period of purification some may graciously be admitted to the first legal heaven».

61. Esso è presente anche nelle *class action* ed è stato una delle ragioni che hanno portato ad una loro limitazione negli USA.

62. Si tenga conto anche del diverso regime sulle spese legali negli Stati Uniti, che sicuramente influenza la concessione dei danni punitivi.

63. A favore delle tabelle v. PONZANELLI, *Tabelle*, in *Scritti in onore di Antonio Gambaro*, II, Milano, 2017, 1651 ss.

64. Cass. 20 aprile 2016 n. 7766

65. Va sottolineato anche un problema di carattere generale che consiste nel rapporto con il sistema penale e quindi da un lato la eventuale necessità delle garanzie previste per comminare una sanzione dall'altro il tema del *ne bis in idem*.

66. Esemplificativo è il danno all'immagine.

preme Court ha evidenziato il problema in *State Farm*, richiamando l'attenzione delle corti sulla necessità di limitare i danni punitivi se quelli compensativi sono elevati. Tale avvertimento è presente nelle istruzioni alle giurie statunitensi ed australiane. Si vuole evitare che la volontà di sanzionare una condotta si rifletta in una liquidazione sproporzionata sia dei danni punitivi che compensativi. Questo rafforza la necessità, come si è già accennato, di una considerazione globale del risarcimento in sede di *exequatur.*

Il tema della duplicazione assume un'altra sfumatura che negli USA è attenuata, non sempre felicemente[67], dalle *class actions* e delle multi-*district litigation*. Diversamente un convenuto potrebbe essere chiamato a rispondere della medesima condotta davanti a corti diverse con un potenziale effetto *overkill*[68]. Se le azioni di classe possono funzionare bene in assenza di danni punitivi, il contrario è molto difficile. Non servendo a compensare l'attore, ma a punire una condotta, è irragionevole la loro concessione in numerosi casi senza tenere conto delle somme già liquidate[69].

Benché, dunque, l'esigenza di chiarezza e trasparenza potrebbe suggerire l'introduzione di un risarcimento sovra-compensativo per evitare quelle punizioni mascherate che si rinvengono nelle nostre decisioni, non si può prevedere questa tipologia di danni come "*a normal cost of doing business*"[70]. Ciò sembra ancor più rilevante in un momento storico di crisi economica dove l'attenzione alla realtà d'impresa e la necessità di attirare investimenti dovrebbe portare ad una prevedibilità e cautela dei risarcimenti. Va evitato, infatti, un uso della figura per punire quei soggetti che per la loro natura suscitano impressioni non positive nell'immaginario collettivo quali banche, assicurazioni, grandi imprese indipendentemente dalla gravità della condotta con scopi redistributivi. Il danno punitivo, sfuggendo a calcoli precisi e a razionalità, si presta ad usi distorti e a dare sfogo ad emozioni e sensazioni. La necessità di deterrenza non deve trasformarsi in paternalismo o, peggio, in rivendicazioni sociali come è possibile quando mancano parametri certi. Essa, infatti, dipende da modelli difficilmente applicabili e può portare ad una *overdeterrence* ancor più dannosa[71].

Non si può, tuttavia, ignorare l'esistenza di casi che si distinguono per gravità della condotta e dell'offesa e giustificano una sanzione[72]. Si tratta di ipotesi rare, in cui è applicabile rigorosamente la regola del "se ma solo se" il risarcimento diversamente sarebbe inadeguato. In queste fattispecie, l'ordinamento italiano potrebbe beneficiare di una funzione punitiva della responsabilità civile purché attentamente meditata.

4. La decisione delle Sezioni Unite costituisce un momento fondamentale di un percorso che è probabilmente solo all'inizio, chiarisce il dibattito e apre a possibili interventi del legislatore. È apprezzabile per equilibrio, moderazione e si pone come una delle migliori sentenze in materia non solo nel nostro ordinamento. È condivisibile la soluzione di circoscrivere l'ambito del riconoscimento dei danni punitivi ed escluderne l'ingresso effettivo. Essa dimostra, poi, che solo quando il giudice non vuole essere "sovrano"[73], ma applica le leggi con puntuale adesione a al sistema si ha una vera e consapevole evoluzione del diritto. E allora diventa "sovrano".

---

67. Il tema è affrontato da HUANG, *Surprisingly punitve damages*, in *Va. L. Rev*.,2014, 1027, 1029: «In each context, the damages a defendant should pay for a single bad act contain both a "variable" component (which properly varies with the number of victims or nominal counts), as well as a "fixed" component (which should be awarded only *once* for the given act). The crucial mistake that can lead to surprisingly punitive damages in each context is repeatedly awarding the "fixed" portion along with the "variable" portion when multiple awards are based on the same underlying act».

68. L'espressione era stata coniata da Judge Friendly in Roginsky v. Richardson-Merrell, Inc., 378 F.2d 832, 839 (2d Cir. 1967).

69. Va, poi, notato che spesso i primi attori potrebbero esaurire il patrimonio del convenuto.

70. L'espressione, seppure con una sfumatura diversa, è impiegata in Seltzer, 154 P.3d at 597, *quoting* Simon v. San Paolo U.S. Holding Co., Inc., 113 P.3d 63, 78–79 (Cal. 2005).

71. Nel nostro ordinamento sono inferiori i problemi di accesso alla giustizia rispetto a molti degli ordinamenti che adottano l'istituto. Non solo va ricordata la diversa regola sulle spese legali in vigore negli USA.

72. Sulla funzione deterrente v. le riflessioni di MAGGIOLO, *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015,I, 92 ss.

73. Ci si richiama al noto volume di BORK, *Il giudice sovrano*, Macerata, 2004.

ISSN 1122-0147

ASSOCIAZIONE
ITALIANA
PER L'ARBITRATO

Pubblicazione trimestrale
Anno XXVII - N. 3/2017
Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p.
D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n° 46)
art. 1, comma 1, DCB (VARESE)

RIVISTA DELL'ARBITRATO

diretta da
Antonio Briguglio - Giorgio De Nova - Andrea Giardina

GIUFFRÈ EDITORE

RASSEGNE E COMMENTI

A proposito di *wing arbitrators*, di arbitri alati e di gatti che sogguardanti volano (e di altri animali.... della mia famiglia.... in senso lato e durrelliano)

CLAUDIO CONSOLO

1. Per gli amici fedeli allo *humour* anche (e specialmente) nelle cose serie della vita sociale del diritto, risalta quest'anno il volumetto sullo arbitro volgarmente detto di parte, volumetto (*La neutralità benevola dell'arbitro di parte nel giudizio di equità*, Verona, 2017, a cura di L. Lambertini) che essi ora avranno modo di leggere, con diletto riflessivo. Il suo significato poi non avrebbe potuto essere meglio introdotto di come ha fatto il prof. Troiano, che del tema della "neutralità benevola", quale qui approfondito esperienzalmente e sociologicamente, ha così già tratteggiato i vari aspetti anche giuridici in modo che non lascia nulla a desiderare.

Eppure, forse per il contagio, non mi ritraggo all'invito di aggiungere qualche riga, anzi pochi pensieri, da un punto di vista diverso e alla evidenza senza alcun paludamento, posto che se è certo vero che su tutto ciò — ed il caso di quello che terrei a chiamare, alatamente, lo "*wing arbitrator*" è tipicamente tale, ad onta dei fiumi di inchiostro che ha originato — di cui non si può (o non si può ulteriormente senza troppe contestualizzazioni e *caveat*) parlare si dovrebbe tacere, però anche si potrà dire pur qualcosa su un piano che non sia onirico ma neppure grottescamente acquiescente. Insomma, riguardando il tema — suggerisce il volumetto stilato con cultura fantasiosa dallo avv. Lambertini — con l'occhio misterioso e sardonico dei gatti e più ancora, eh sì, di certe speciali gatte, di cui non solo Montaigne è stato tentato di divinare immagini e ironiche e sensoriali cogitazioni ed allora, forse, dovrebbe dirsi — e penso ad una certa gattina (attorno al 2001, in Scalone Castel San Pietro) Minù —: altro che parità! Del resto Tolstoi, certo non temperamento felino, ha fatto descrivere la società russa piuttosto dal cavallo Passolungo (Cholstomer).

Se il processo di cognizione (meritale) è certamente anche esperienza visuale e teatrale — quello cautelare e ancor più quello esecutivo assai meno, quello inglese è addirittura dramma di lusso in costume —, il processo arbitrale rituale, specie se collegiale (e ovviamente meno se societario) lo è in

qualche modo al quadrato (e in talune deteriori esperienze lo diviene al cubo, cioè teatro del grottesco e dell'effetto brechtiano di "straniamento", appunto): poiché il vero arbitrato "giurisdizionale" incrocia la vera e propria cosa giudicata (come chiarivano, cent'anni fa, Mortara e Carnelutti) con il carattere non solo "privato" ma "prescelto" del giudice e, se si vuole per giudice un Collegio, con una scelta... a doppia campata, anche audacemente, gravida di ponderazioni e anche di sorprese. Il pensiero corre a come — se la Russia zarista lo avesse praticato (pare di no!) — la penna deliziosa ma acre di Gogol avrebbe descritto una serie di vicende a cui ai lettori (di rado, beninteso) sarà capitato di assistere o di essere partecipi, specie negli arbitrati *ad hoc* (e specie se, come a frà Paolo Sarpi su un certo ponte veneziano, sarà capitato di dover dire "*Cognosco Stylum...*").

2. La trigonometria del diritto arbitrale (che molti vorrebbero) maggiormente "calcolabile" (più o meno) inizia già al momento della domanda di arbitrato, nella quale la scelta del "proprio" arbitro avviene in relazione a tante variabili, rese più complesse dal fatto che non si ha idea (o quasi) di chi diverrà il suo... dirimpettaio, scelto invece *ex adverso* potendo per così dire... fargli la rima. E ancora dolorosamente si ignora come i due potranno giungere a rapportarsi in quello che, probabilmente, finisce con l'essere un momento principale della opera dei primi prescelti: la individuazione del loro presidente, dell'ago della bilancia.

Benissimo Lambertini, nel ciato volume evoca (già) qui, nelle sofferte designazioni, i "campi di rapporti", per solito di rispettivo ascendente professionale e intellettuale (il pensiero corre a Weber), eppur talora però, rudemente, piuttosto di forza tentacolare e tentatrice dei poteri economico-politici, e le "traiettorie individuali", le valenze simboliche, *et coetera* sul piano della psicosociologia.

È chiaro che l'arbitrato cui venga additato il canone equitativo per la decisione (non mai per la trattazione) accresce le incognite della equazione, in cui si vorrebbe che il capitale giuridico e qui vieppiù anche culturale, e quindi di "umanità", dei decidenti primeggiasse. Per altro verso, per fare l'esempio più significativo, altrettanto vale per quei giudizi in cui appare chiaro, o almeno presumibile, che occorrerà una consulenza tecnica di ufficio, in cui le campate del ponte che condurrà alla decisione si accrescono di un arco fondamentale e sovente periglioso (il rapporto fra arbitrato e perizia è interessantissimo, come mostrato da un recente seminario romano presso la sede di Unidroit... dunque forse non a caso in via Panisperna evocatrice di scienza ammirevole, se però non si bada invece all'etimo del nome della via — si controlli per favore — e al rischio che esso evoca).

E le scenografie teatrali, seppur con un pubblico ridottissimo, proseguono via via: mi limito a qualche visione a caso: gli avvocati e magari addirittura i due arbitri davanti alle "*appointing authorities*" in caso di fallimento della

loro diciamo autodichia, i mutamenti di certi collegi difensivi a *panel* arbitrale infine rivelato o, al contrario e all'apologo della innaturalezza, le dimissioni dell'arbitro designato *ab initio* dall'attore per potergli dare un più acconcio sostituto dopo le evoluzioni nella formazione del *panel* decidente! la comparizione personale delle parti e talune scivolate che ne possono sortire, la discussione in loro presenza o assenza sulla natura dello arbitrato e l'invito a chiarirla, o mutarla, ove i termini, obsoleti, rituale e irrituale volteggiano nel vento dei mutamenti (non molti) e dei diversi accenti (o quanti!) giurisprudenziali, delle loro regole di default, delle evocazioni della volontà di parti lontane nel tempo o disinformate e planano verso apici di *wishful thinking* nei casi in cui figurino anche espressioni ineffabili del tipo "secondo diritto e giustizia" oppure "con amichevole composizione", etc. Ovviamente, poi, sovvengono le auscultazioni testimoniali con il dubbio che i normali presidii — giuramento, per impoverita che ne sia divenuta la formula, ammonizioni, confronto fra testi distonici e infine sanzione penale — non possano operare affatto o, al più, operino in guisa assai scipita. Per finire con la sciarada della autentica personalità e presenzialità della deliberazione dei provvedimenti ed almeno dei lodi, *et coetera*. E il resto nol dico. Già ognuno lo sa.

Un teatro un pò di Corte, senza un gran pubblico certo (ma del resto non lo si vuole più neppure nei processi statali, neppure in ultimo grado, checché sembri dire l'art. 6 Cedu, di cui vari anni addietro importò saggiare il rapporto appunto con il processo arbitrale), un teatro che non trova finora il suo disvelante Shakespeare che pure viveva ed operava presso le tante (allora ben più delle quattro odierne) *Inns of Court* (i colleghi che si dedicano alacremente a fare, o a incrociare con il diritto, la narrativa, perché finora sembrano aver trascurato il sapido campo degli arbitrati e dei loro retroterra?). Un teatro infine senza regista alcuno (ed è bene sia così, anche nell'arbitrato amministrato) e senza neppure una vera critica teatrale, complice il dogma comodissimo della assoluta privatezza degli arbitrati e financo dei lodi, di fatto non pubblicabili e non "sondabili". E questo non è bene.

Eppure teatro perché ciascuno opera sempre in vista degli altri, anche se non sempre, per fortuna, porta addirittura una maschera. Forse non è del tutto vero, anche per questo verso, ciò che pur acutamente ci dice Francesco Benatti ossia che i processualisti si sono impadroniti dell'istituto e lo verrebbero addirittura snaturando: una certa qual sua natura più elastica del processo statale appare saldamente presidiata da fattori di costume, di tradizione, di psicologia, financo di storia e, solo a tratti, di natura stessa della cosa. Pur chi evoca, ancor recentemente e forse un poco rugiadosamente, "la imprevedibile dolcezza della procedura" (che ricolma la borsa di miss Flyte, e si lascerebbe accostare alla pratica della prospettiva nel Paolo Uccello... notturno), dovrà pur ammettere che varie cose non tornano nel dilagante amore per la novella "*forms of action*".

3. Quel che, anche scontatamente, si vien dicendo vale infatti similmente in tutti i contesti ed in tutti gli ordinamenti? Certamente no, e trovo un poco eccessivo infatti parlare (e temere quasi l'avvento) di un farisaico puritanesimo arbitrale anglosassone, là dove taluni aspetti educazionali fra cui anche non tanto gli asciutti climi protestanti (sono assai vari, infatti) quanto la lontananza da certi insalubri umidori di sagrestie e congreghe (di nuovo *Cognosco* — ed *agnosco* — *stylum* ...., pur senza evocare il vecchio settore delle opere pubbliche in cui Pantalone moriva sempre) cambiano alquanto ed in meglio le cose di cui, con onirica sprezzatura, veniamo almanaccando. In ciò spronati dalle certo non reticenti pagine di Lambertini e di Benatti, senza che la puntuale e garbata introduzione di Troiano — cui interamente *ex cathedra* aderiamo — ci inibisca in questa veste rustica e dilettantesca di inanellare queste men che rigorose, proprio in quanto reminiscenti, annotazioni, con gaddiane espressività e financo con il suo intrigo di sintassi. Quante vie Merulana e quanti "Pasticciacci"!

Ma insomma, chè tanto altro sovverrebbe alla mente della nostra antica Minù, gatta osservatrice, cosa si può fare per rendere meno turgida di incognite e di rischi la scena? O meglio per portarvi in primo piano, e togliere dal retroscena, un bel pò di quelle pittoresche ma non di rado moleste variabili (ed infatti in Italia, sia chiaro, gli arbitrati non solo non decollano ma tendono a diradarsi, anzi a ritrarsi; e forse a ragion veduta). E questo al di là di tante retoriche e di una letteratura giuridica tanto cresciuta per quantità rispetto all'epoca — quella di Vecchione, Schizzerotto, Carnacini, Minoli, e davvero pochissimi altri — in cui iniziammo ad accostarci a questa "figura *juris*" strana fin nel nome e nel suo etimo, oggi analizzata in sterminate ed incalzanti bibliografie. Solo in questo senso va ammessa la appassionata invasione in effetti soprattutto da parte dei processualcivilisti, molto spesso anche dei giovanissimi e talora un filino... ignari, del mondo non del diritto (beninteso).

4. Qualche modesto consiglio, a questo punto, per prevenire, sia pure a costo di rendere tanto più prosaica e meno rutilante e acrobatica la esperienza. Il più è da tempo sul tappeto ma stenta a trovare fattivi ascoltatori, per varie ragioni di *habitus* su cui, se del caso, meglio ci si potrà intrattenere in incontri dal vivo di psicopatologia del tema. Eccone dunque un primo set:

— pubblicare tutti i lodi, al pari delle sentenze (salvo quelli irrituali che son contratti *ergo* davvero cosa privata, e dovrebbero essere eccezionali), seppur debitamente anonimizzati quanto a parti e peculiarità sensibili del caso;

— potenziare l'arbitrato (ben) amministrato, ma senza moltiplicare a dismisura le camere arbitrali e certune tendenze autonomistiche, anzi realizzando, fra quelle sorte in ambienti pubblicistici, maggiori e più snelle interrelazioni;

— non rifuggire, assecondando varie ragioni pur addotte in tal senso,

realistiche o mitiche che volta a volta siano, dalle esperienze di arbitro unico, cui in grazia del tanto risparmio di tempo, di affanni e di rischi di sviamenti non dispiacerà di non poter venire apostrofato con l'àmbito, seppur temporaneo, titolo di Presidente (per taluni quasi inebriante, seppur — se ne converrà — meno elegante di *Chairman*).

Così non solo si spende molto meno, ma di solito, se la scelta è sagace, si avrà un esito ancor più attento alle esigenze, sartoriali spesso suol dirsi, del caso concreto; inoltre gli avvocati vedranno potenziato il loro ruolo di diretti interlocutori del giudicante; una variante marcata, ma alla fine equipollente, è quella di prevedere, già ad opera delle parti non ipocrite, due arbitri su tre dichiaratamente e quindi anche paritariamente partigiani (quegli stessi che magari avevano invano tentata la conciliazione) secondo un modello, non a caso, di ascendenza anglosassone, ispirato ad una esigenza di trasparenza e *truthtelling*. Non ipocrita, lodevole anzi.

— In caso di collegialità, pur in presenza di liti a spiccato gradiente tecnico metagiuridico, rifuggire dalla frequente soluzione di avere due legali *a latere* ed un capace tecnico al centro (che, per capace che sia, rischia venire irretito da uno o anche da entrambi i suoi eterogenei interlocutori: ricordo un antico caso in cui un presidente ingegnere, forse sedotto dal fascino dell'ignoto, definì il caso con un bel difetto di interesse ad agire, beninteso invocato del tutto fuor di luogo quale che sia la dottrina seguita su tale condizione della azione e poi annullato, con anni di perdita di tempo e di spese). Potrebbe talora funzionare invece la soluzione inversa, in cui i due tecnici-arbitri *a latere* dialogheranno fra loro un poco al modo degli *expert witnesses* di matrice anglosassone — frequenti negli arbitrati che si ispirino alle IBA Rules — e il terzo, dal loro dialogo, capirà chi meglio seguire sui dissensi fino in fondo davvero inconciliabili, mentre assicurerà la necessaria tenuta giuridica della decisione.

— Pubblico e privato nell'arbitrato rituale, ossia nell'arbitrato *tout court* (l'altro è solo contratto e vera specie di ADR), esprimono piani valutativi compresenti e dopo tutto convergenti. Non vi è antagonismo e quindi non si può vedere l'arbitro *a latere* come una proiezione solo privatistica all'interno di un organo indubbiamente giudicante, teso all'accertamento e non alla semplice composizione della lite; in guisa allora da generare soddisfazioni, o più spesso scontenti, tendenzialmente paritari. Secondo il vanto di alcuni *frequent players* della giustizia arbitrale.

— Nella designazione di parte dei futuri *wing arbitrators* ci si attenga pure alla idea sintetizzata — asciugando fiumi di inchiostro — nella formula indipendenza seppur non del tutto equidistante, Lambertini direbbe strabicamente benevola, rendendosi ben conto che tutta un'altra cosa è la parzialità e sovente anche controproducente (almeno quando non venga a mancare la vera congruenza e rettitudine del terzo arbitro ed *hic sunt leones* e *leones... antiqui*). Chiaro sia che tutti gli arbitri ricevono e accettano un mandato da tutte le parti, mentre bilaterale è solo la designazione di taluni fra loro, che è

cosa ben differente: ogni faziosa parzialità implica quindi inadempimento di quel mandato e intorbida la funzionalità del rapporto arbitrale. *De lege lata* i rimedi sono vari, più o meno efficienti, e così le sanzioni alla persona e magari anche all'atto, ma è dovere del terzo arbitro e del dirimpettaio del fazioso rendersi elegantemente sordi ad ogni proposta e profferta, anche subliminale, ispirate dal diffuso gusto non di giudicare ma di far vincere, qualunque di quel gusto sia la scaturigine, magari... solo competitiva e sportiva.

— Infine, neppure l'arbitrato di equità si sottrae a tali orientamenti, salvo che in esso (e per altro verso, come sopra accennato, negli arbitrati ad alto gradiente tecnico) si comprende alquanto meglio il *favor* per la collegialità — e quindi per avvicinamenti progressivi — e forse anche per una certa qual maggiore *seniority* dei designandi, che ne corrobori la familiarità e finezza comparativa delle (e fra le) situazioni (secondo la nota interazione fra la equità e il canone del *distingue frequenter*, ancor più di quanto la legge positiva possa mai ambire a fare).

— *Lastly*, poiché la patologia esiste... eccome, devesi richiedere con più fermezza e costanza un serio, ma veloce, grado di *judicial review of the awards* (rituali od anche irrituali): da qualche lustro, a parte la nota insindacabilità degli errori di diritto sostanziale che non trasmodino in violazione dell'ordine pubblico (molti spunti, seppur in diverso contesto, da ult. in Hazelhorst, *Free movement of civil judgments in the European Union and the right to a fair trial*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2017), le nostre Corti di appello mostrano di volersi troppo ritrarre da ogni intensa forma di verifica, salvi i più gravi errori meramente procedurali: all'insegna, più o meno, del motto "questa è la bicicletta che hai voluto" (abbia o meno essa il sellino), la impugnativa per nullità vien rigettata circa in nove casi su dieci, seppur — si nota — dopo aver non di rado sospesa cautelarmente per vari anni la esecutività del lodo (massimizzando così spese e guasti per le parti) e magari per iscritto od oralmente, non lesinando critiche all'operato degli arbitri, alla fine tuttavia quasi sempre omologato (e la Cassazione poi conferma ossia rigetta i ricorsi, nel progetto Alpa sulle ADR si propone quindi di abolire il passaggio presso le Corti di appello, tanto i lodi vengono calando di numero). Se non si intende male il senso della intera operazione, quasi sanzionatoriamente per le parti ancora sensibili al fascino dell'antico mito dell'arbitrato. Qualche annullamento in più farebbe bene all'arbitrato, per paradossale che possa sembrare.

— Può allora la prassi e la virtù del nostro caro (in ogni senso) arbitrato, almeno di quelli nazionali, fiorire in un tale contesto?

IL CONCETTO AMBIGUO DI POPULISMO

Corriere della Sera · 1 Oct 2016 · Di Natalino Irti

La riflessione sul «populismo» — parola così abusata, che semplifica il discorso e risparmia la fatica del pensiero — esige una breve premessa, che forse saprà un poco di scolastico. Ogni sistema politico obbedisce a una logica interna (che sia democratica, autoritaria, oligarchica ecc.). Nulla impedisce di passare ad altro ordine di convivenza; e perciò divampano guerre e rivoluzioni e colpi di Stato, o avvengono, più pacificamente, svolte politiche ed elettorali. Ma fino a che il vecchio ordine dura, va osservato e condiviso nella sua propria logica.

Quando il sistema è fondato su sovranità popolare e democrazia rappresentativa, la volontà della maggioranza segna il cammino dello Stato. La minoranza è soccombente, e, per la regola propria del regime, è vincolata anch'essa alla scelta deliberata. Questa, come è ovvio, è una descrizione povera e scarsa, che non si ferma né sui limiti costituzionali né sulle forme necessarie alla legalità democratica. Ed è anche una descrizione del profilo giuridico e istituzionale, e non del «populismo» come mito salvifico o come ideologia di piccoli borghesi e di gente campagnola, spaventati dalla tecno-economia e dai «poteri forti» dell'industria e della finanza. Dinanzi a noi, non c'è una disputa dottrinaria, ma eventi storici da capire, concreti ed effettivi risultati elettorali, cospicui movimenti di opinione in Stati europei.

Si danno situazioni, ed anche del nostro tempo e degli ultimi anni, in cui la decisione della volontà popolare (cioè, della maggioranza votante), viene degradata e spregiata come «populismo». Che non è il populismo russo del secolo decimonono, il nobile e umano «andare verso il popolo» che registrò anche il grande nome di Turgenev, ma, ad avviso dei critici, quasi uno smarrimento collettivo, una folle ebbrezza dei votanti. La razionalità starebbe altrove, in élites di politici o in burocrazie di tecnici, usciti soccombenti dalla prova elettorale, ma superbi di costituire la melior pars. Gli sconfitti custodi della «razionalità» si ergono a giudici del sistema, giudici superiori alla pattuita regola della maggioranza. E così non si avvedono di minacciare e contestare lo stesso sistema democratico, nell'espresso o segreto o inconsapevole desiderio di un regime diverso, autoritario e ostile alle prove elettorali.

Lo spettatore «apota», che «non se la beve» e vuol ragionare sulle cose, incomincia a domandarsi da dove oggi giunga la investitura in élite: non più da dinastie monarchiche, o da primati culturali o generose utopie, o da dure selezioni sociali. E non trova sicura e immediata risposta. Appartiene al lontano passato l'antitesi risorgimentale fra il «popolare» Garibaldi e il genio solitario del conte di Cavour. Se il problema e la definizione della élite possono lasciarsi al dibattito sociologico, davvero stupisce l'angustia storica dell'accusa di «populismo». L'accusa imporrebbe il dovere di capire, di quell'intelligere, che, secondo il vecchio Spinoza, deve prevalere sul piangere ed esecrare, sul condannare e schernire. Anche il «populismo», la scelta di milioni e milioni di individui, obbedisce a una logica e trova unità in principî di azione. Allorché si oppone l'identità storica delle nazioni al cosmopolitismo, o il vincolo di costumi e luoghi alla sconfinata distesa dell'economia globale, o una fede religiosa al disincanto della modernità; ebbene queste sono antitesi di idee, conflitti di visioni, che esigono il più rigoroso e acuto impegno di comprensione. Sono concezioni contrastanti, che si fronteggiano all'interno del sistema democratico e rivolgono l'appello ai votanti. Il risultato non è né populistico né élitistico, ma soltanto democratico. Se quelle concezioni rompono o sovvertono le regole di sistema, allora il problema si fa diverso, e le forze scendono su altri campi.

Il giudizio sprezzante di «populismo» — e del pari suonerebbe l'accusa di «élitismo» — non giova a capire, e dunque neppure a difendere le tesi avverse e le posizioni proprie della minoranza. Appare piuttosto come una movenza da conversazione, un modo stanco e ripetitivo, con cui si chiude il discorso e si soddisfa la propria vanità sociale. Come sopra si accennava, ogni sistema, ogni regime di vita politica, è retto da un metodo di decisione, che è bensì modificabile e sostituibile, ma che, nel suo vigore, lega tutti i consociati, ossia tutti coloro che si riconoscono in un certo accordo di convivenza. I risultati di quel metodo possono essere discussi, sottoposti a critiche nette e severe, ma non liquidati come aberrazioni collettive, deviazioni da una razionalità custodita dai soccombenti.

Se una società è così fervida e ricca da generare élites, classi dirigenti portatrici di visione storica e consapevoli della funzione ad esse assegnato, allora quelle minoranze sanno anche farsi interpreti del sentire comune, o capaci di orientarlo e influenzarlo; se invece a questo non riescono, e vengono sconfitte nelle prove elettorali, allora è ben inutile contrapporsi altezzosamente alla «massa», ed enunciare il sommario verdetto del «populismo». Gli illuminati o si fanno illuminanti, o si spengono in irosa solitudine.

Natalino Irti

Il commento di Francesca Benatti è apparso nel numero di novembre della nostra Rivista. Mancava l'articolo di Natalino Irti, per un refuso.
Ci scusiamo con il prof. Irti e provvediamo alla pubblicazione di un articolo quanto mai attuale.

FRANCESCA BENATTI

Democrazia e populismo

(a proposito di un saggio di Natalino Irti)

Amartya Sen ha constatato efficacemente come "in qualsiasi età e clima sociale, ci sono alcune convinzioni che comandano rispetto come una sorta di regola generale, come un'impostazione predefinita in un programma di computer. Sono considerate giuste, a meno che la loro validità sia in qualche modo esattamente negata. Mentre la democrazia non è ancora praticata universalmente e non è universalmente accettata, nel clima generale mondiale la governance democratica ha ora raggiunto lo status di essere considerata generalmente giusta". Tuttavia, una delle difficoltà maggiori si rinviene da sempre nelle incertezze della stessa definizione di "democrazia". Popper, pur sottolineando che i problemi terminologici non sono mai importanti, chiarisce che "in questo caso, l'uso di un unico termine "democrazia" per indicare sia una certa forma di governo che certi valori sociali e forme di vita sociale ha condotto ad una confusione, detta approssimativamente tra mezzi e fini: mezzi politici e fini sociali individuali. Come conseguenza mezzi politici necessariamente imperfetti vengono difesi ed esaltati come fossero fini in se stessi". La complessità è poi avvertita con riferimento sia alla discrepanza tra il modello ideale e la sua realizzazione concreta anche per la frequente coesistenza di elementi democratici ed autoritari in numerosi Stati sia con riguardo alla evoluzione che essa ha avuto nei secoli.

Oggi il dibattito si concentra soprattutto sulla crisi della democrazia. Infatti, da un lato si è assistito al fallimento delle ultime ondate di democratizzazione nonché all'affermarsi di democrazie illiberali o regimi, dall'altro il consenso ottenuto dai populismi nelle democrazie consolidate ha suscitato preoccupazioni. Il fenomeno non pare nuovo, ma assume caratteri diversi. Negli anni '70 del secolo scorso, infatti, consisteva soprattutto in una perdita di "government legitimacy", mentre rimaneva salda la "regime legitimacy", cioè il sostegno alla democrazia. Oggi questo sembra messo in discussione. Dati empirici mostrano una crescente disillusione, soprattutto nelle fasce più giovani o benestanti della popolazione nei confronti della stessa idea di democrazia, considerata non più "the only game in town", e una progressiva fascinazione per le democrazie illiberali o i regimi guidati da personalità carismatiche. In base a questa teoria si tratterebbe di una fase di crisi non tanto del supporto specifico quanto di quello diffuso nei confronti della democrazia stessa. Le posizioni sono variegate, tuttavia devono essere fatte alcune distinzioni. Sono, infatti, differenti i casi di transizioni democratiche non riuscite o di arresto delle "waves of democratization" dalle tensioni che colpiscono le democrazie mature. I fattori che portano al fallimento di progetti di democratizzazione possono essere interni, relativi cioè alle particolari condizioni economiche, sociali, culturali, politiche o religiose dei paesi, oppure derivanti da interventi esterni, che, pur tentando di favorire certi processi, si fondano su presupposti erronei o forzano situazioni delicate. Si rileva come difficilmente si possa rinvenire un modello unitario di transizione adeguato a tutte le fattispecie o la democrazia si possa instaurare "as we know it" con le stesse caratteristiche in tutti gli Stati.

Inoltre nelle democrazie mature si avverte la tendenza a qualificare come "populiste" tutte quelle ideologie o politiche che sembrano distaccarsi da una certa uniformità di pensiero della tecnocrazia al potere come sottolinea Irti con chiarezza. La definizione di questo fenomeno tentata fra gli altri da Canovan, Laclau, Meny e Surel è, infatti, complessa giacchè può riguardare ipotesi diversissime fra loro, ma anche specifiche politiche. Oggi il termine sembra ricomprendere "quei movimenti che enfatizzano gli interessi, i tratti culturali, e le emozioni spontanee della gente comune in opposizione alle élites privilegiate. La legittimità deriva dall'appellarsi alla volontà popolare, attraverso incontri di massa referendum o altri strumenti di democrazia diretta senza attenzione ai pesi e contrappesi o ai diritti delle minoranze".

È stato messo in luce come le criticità attuali derivino "dal dilemma di un mondo che, alla fine del secolo aderisce a un tipo particolare di democrazia politica, ma che nello stesso tempo deve fronteggiare problemi per risolvere i quali l'elezioni di parlamenti o di parlamenti pluripartitici non serve a nulla, quando addirittura complica le soluzioni…È il dilemma di un'epoca in cui il governo può-e alcuni direbbero-deve essere "del popolo" e "per il popolo", ma che in nessun senso operativo può essere esercitato "dal popolo" o neppure dalle assemblee rappresentative elette tra coloro che scendono in lizza per il voto popolare". Le opzioni sarebbero, dunque, rinvenibili solo in un processo decisionale che si sviluppa al di fuori del contesto politico ed elettorale con una mimetizzazione delle autorità oppure nella affermazione di una democrazia plebiscitaria, che si avvicina al populismo.

La tesi non sembra del tutto condivisibile, seppure inquadra con chiarezza quella che pare essere, secondo la maggioranza della dottrina, la situazione odierna. La democrazia liberale nasce, infatti, come compromesso fra due diverse tendenze: la necessità di rispettare la volontà della maggioranza e al contempo quella di proteggere i diritti delle minoranze, garantendo la libertà di tutti i cittadini attraverso meccanismi di pesi e contrappesi. Si tratta di un sistema "ibrido", che può causare insoddisfazioni con riguardo a entrambi gli obiettivi. Il populismo trova, dunque, nelle tensioni della collettività e nella mancata rispondenza della classe politica alle sue richieste una legittimità e sfera operativa. La critica al fenomeno considerato pericoloso argomenta dai rischi che esso comporta, ma incontra dei limiti nel momento in cui postula la rinuncia ad un certo grado di democraticità a favore della tecnocrazia allo scopo di garantire la democrazia stessa. Emerge, dunque, come il problema andrebbe diversamente impostato non sulla base di un conflitto fra élites, populismo, democrazia quanto nella ricerca di un equilibrio effettivo fra di essi e nel riconoscimento della legittimità di opinioni e aspirazioni differenti dall'ideologia dominante.

Mentre, infatti, devono essere evitati gli eccessi della maggioranza come già illustrato da Madison, non possono essere completamente ignorati i suoi bisogni o preferenze, che devono essere accolti per quanto possibile. La difficoltà nel rapportarsi a certe esigenze, reputandole pericolose, da un lato mostra in re ipsa una crisi democratica, trattandosi di una forma di paternalismo oligarchico, dall'altro aggrava proprio questo distacco reale o percepito fra le élites e la collettività. Non si assiste, dunque, ad una crisi della

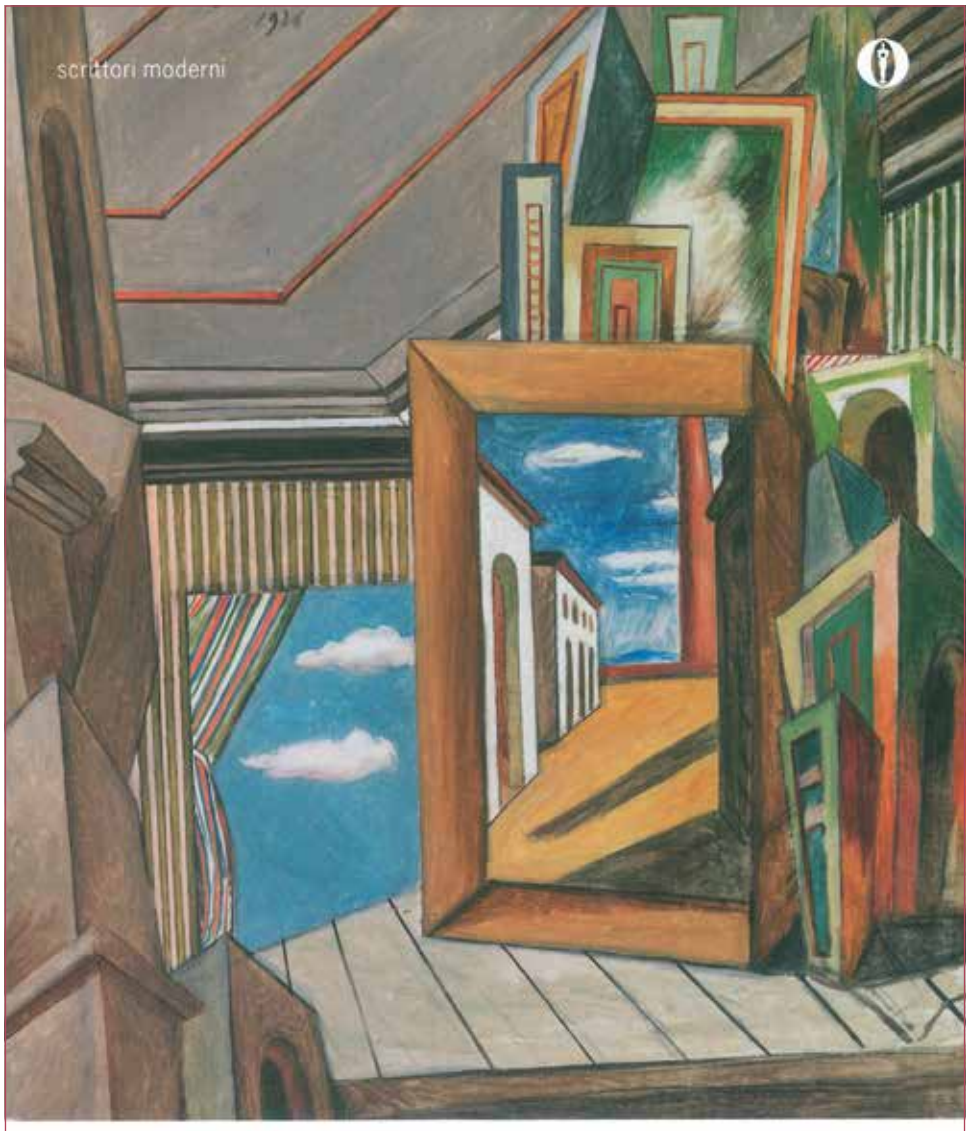
democrazia quale idea in sè, ma il declino del supporto diffuso sembrerebbe coinvolgere "questa democrazia". Peraltro come è stato chiarito da Bobbio riprendendo anche le parole di Pasternak: «È successo più volte nella storia. Ciò che era stato concepito come nobile e alto, è diventata rozza materia. Così la Grecia è divenuta Roma. Così l'illuminismo russo è divenuto la rivoluzione russa». Così…il pensiero democratico e liberale di un Locke, Rosseau, Tocqueville, di un Bentham e di un John Stuart Mill è divenuto l'azione di … (metteteci voi il nome che credete non avrete difficoltà a trovarne più d'uno)". In tal senso, evidenziando come la democrazia risulti più complessa in una società caratterizzata da spinte centrifughe, vengono elencate le sua promesse non mantenute quali la persistenza delle oligarchie, la forza dei gruppi di interesse, la forza dei poteri invisibili, lo spazio limitato, la scarsa preparazione politica con la conseguente apatia del cittadino.

L'erosione del principio della separazione dei poteri e l'incremento delle scelte di policy significative da parte di istituzioni dalla natura anti-maggioritaria che irrompono in ambiti tradizionalmente riservati al legislatore creano problemi di legittimità e di democrazia. Ciò non deve portare ad una visione idealizzata del potere legislativo quale espressione perfetta della volontà popolare: correttamente si evidenzia come le scelte siano spesso il risultato di compromessi fra diversi gruppi di interesse o di influenze non sempre evidenti e non necessariamente rispondenti alle preferenze della collettività oppure di una non adeguata preparazione. Va però notato come certe scelte di policy che toccano la vita dell'individuo dovrebbero essere decise da coloro che lo rappresentano e non da soggetti terzi che difettano di accountability. Altrettanto problematica è la devoluzione da parte degli

Stati di questioni rilevanti a organizzazioni internazionali per la necessità di controllare i mercati e affrontare in modo efficiente questioni ormai di natura transnazionale.

La forza attuale della tecnocrazia non pare più giustificabile con l'argomento che certe questioni per la loro complessità non possono essere decise dall'uomo medio. Se questo è vero, da un lato si constata come il tecnico dovrebbe decidere le modalità, ma non gli obiettivi, dall'altro l'argomento ha minor forza di fronte a risultati non più considerati soddisfacenti. Soprattutto, la rilevanza di autorità, corti, istituzioni non maggioritarie, unitamente ad una realtà soprattutto economica slegata dallo stato nazionale, evidenzia come l'ambito riservato alle scelte prese da istituzioni democratiche maggioritarie sia sempre più evanescente. Se la democrazia non può più essere pura, non è neppure però prospettabile un sistema che non comprenda le ragioni della maggioranza e che si allontani in modo significativo dall'ideale "dal popolo", "del popolo" e "per il popolo", come sembra avvenire nella realtà odierna. Questa osservazione può prestarsi alla medesima obiezione mossa al populismo e cioè l'impossibilità di considerare popolo ed élites come due gruppi omogenei. Tuttavia, la limitata considerazione per una volontà popolare, che seppur non unitaria tende ad emergere, pone il problema della incertezza dell'identità del decisore, dei suoi limiti e dei criteri di riferimento e perciò apre scenari in cui sfuma la stessa nozione di democrazia.

Nell'articolo di Irti il tema del populismo è affrontato con la consueta lucidità, e ne mostra le contraddizioni. Esso si inserisce in un discorso globale affrontato in numerose sue opere come la crisi dell'ideologia e l'affermazione della tecnocrazia e della tecnologia, il rapporto fra stato e mercato, la funzione del diritto in una realtà globalizzata e le sue connessioni con il capitalismo. L'analisi è efficace e penetrante, perché riposa su una profonda conoscenza delle filosofie, delle teorie generali del diritto e dello stato e della sociologia, che gli permette di sfuggire all'uniformità di vedute e ai luoghi comuni tipici della dottrina attuale, superandoli. Irti è un giurista che illumina, perché sa cogliere le tensioni centrali della società e le dinamiche della modernità con una forza e una raffinatezza di pensiero rare nel panorama attuale non solo giuridico.



Eugenio Montale / Auto da fé

OSCAR MONDADORI

Il mercato del nulla

La quasi totale scomparsa della conversazione (probabilmente il solo divertimento dei nostri antenati) ha fatto sì che lo scambio di idee sia diventato un genere particolare di spettacolo. Tre o quattro persone che sono ritenute qualificate, abilitate a esprimere idee, si radunano intorno a una tavola rotonda, e il pubblico, stupito e annoiato, assiste al loro colloquio. Talvolta i conversatori appaiono sul video; talaltra sono presenti in carne ed ossa in una sala, di fronte a un certo numero di invitati.

I conversatori esprimono le loro idee, le loro opinioni. C'è qui qualcosa di anacronistico perché anche le opinioni – materia prima di ogni conversazione non meramente utilitaria – hanno da tempo seguito la stessa sorte dell'arte del conversare: sono scomparse. Naturalmente non si dà scomparsa senza sostituzione dell'ente o dell'oggetto sparito; e in questo caso le opinioni, che sono giudizi di valore, indipendenti dalle fluttuazioni provvisorie del gusto e del costume, sono costituite da fiato di voce, da chiacchiere prive di consistenza ma dotate di una provvisoria efficacia. Coloro che reggono la vita pubblica – politici, amministratori, uomini d'affari – non potrebbero impunemente mostrarsi a vuoto di idee generali, di opinioni; e quanto più il vuoto è reale tanto più essi sono tenuti a coprirlo col vento della loro verbosità. Non altrimenti potrebbero andare le cose, perché il linguaggio – veicolo di ogni opinione – è anch'esso in crisi. Una importante scuola filosofica si è sforzata di dimostrare che il linguaggio non afferra enti reali ma fantasmi. L'uomo,

sostanzialmente, non sa nulla di sé, ma per vivere deve darsi significati del tutto provvisori. Il filosofo è consapevole della sua ignoranza, ma è necessario impedire che l'uomo della strada si renda conto dell'ignoranza dei *clercs* e dei filosofi.

Si riesce a impedirlo? Un tempo si riusciva, perché gli uomini di dottrina, col sussidio della religione o di qualche filosofia positiva, erano ancora uomini di opinione; e soprattutto perché gli uomini indotti erano tenuti fuori dal circolo del pensiero. Gli uomini autorizzati a pensare erano pochi; la bomba del pensiero era custodita da rari specialisti che non avevano alcun interesse a farla scoppiare. Oggi la bomba è scoppiata e anche l'analfabeta ha il sospetto che la sua ignoranza valga la più scaltrita dottrina.

Reso balbuziente il linguaggio – al quale si riconosce una utilità non più che pratica, di segno utilitario – si mostra inutile la conversazione, ridicola l'affermazione di opinioni che pretendano di cristallizzare in un senso o nell'altro il flusso della vita. Resta il problema della comunicazione, tutt'altro che insolubile sul piano della vita pratica. Si possono comunicare non idee, ma fatti e bisogni, con l'arte del segno, dell'allusione, con l'impiego di particolari cifrari; e a questo provvede la scienza delle comunicazioni visive. Un laureato in lettere che non avesse mai messo piede in un cinema non saprebbe comprendere i mille stenogrammi di cui è gremito un film moderno; mentre milioni di quasi analfabeti sono iniziati a quel tipo di linguaggio. Comunque, la sostituzione della parola con altro dalla parola, con differenti mezzi espressivi, rende sempre più affannosa la proliferazione dei mezzi visivi e magari acustici. Perché i pittori non dipingono più la figura umana e il paesaggio in cui vive l'uomo? Perché dietro l'uomo e dietro il suo reale *habitat* è pur sempre nascosta l'insidia della parola. Un'opera d'arte che si possa spiegare, tradurre in termini di linguaggio appartiene ancora al vecchio mondo che si illudeva di spiegare, di giustificare, di capire: è un'opera che non si muove, che nasce vecchia.

Così per la musica. Il tradizionale tonalismo era il prodotto di un'umanità ancora pensante e parlante; dietro il *do maggiore* c'era una concezione della vita che i filosofi e gli scienziati d'oggi respingono. Il passo da compiere era quello di dar cor-

so legale alla dissonanza; e a questo si è arrivati in pochi anni. Non si era tenuto conto, tuttavia, di un fatto: che l'uomo aspira al caos ma non rinunzia al *comfort*, non rinunzia a un margine di sicurezza fisica. E a questo bisogno è stato facile provvedere imprigionando il caos musicale entro un sistema di regole fisse più o meno matematiche e in ogni caso arbitrarie. Oggi il disordine musicale non è più una minaccia, è un gioco di società. S'intende che un simile *new deal* musicale lascia inquieti e dissenzienti non pochi musicisti appartenenti all'ala sinistra del movimento modernista. Un giorno mi accadde di ascoltare una musica tutta fatta di sibili e di ruggiti, ma tale da permettere ancora qualche riferimento umano in virtù di un titolo che accennava a episodi della Resistenza. Il pubblico applaudì con moderata convinzione; ma un giovane e già stimato compositore straniero che assisteva al concerto dette in escandescenze e uscì dalla sala gridando: basta con questo umanesimo.

Dal suo punto di vista quello scalmanato aveva ragione: se l'uomo si vergogna di essere uomo è perfettamente logico che egli espunga dalle sue manifestazioni (non dico dal suo linguaggio, perché si tratta di ben altro) ogni riferimento alla sventurata condizione umana.

In realtà coloro che rifiutano davvero la condizione umana, fra gli artisti e i filosofi, sono pochi. Non mancano, fra questi *ultra* del mondo espressivo, i casi della rinunzia, del suicidio o della pazzia. Si tratta pur sempre di rispettabili e altamente comprensibili casi isolati. I più hanno compreso che la rinunzia, la protesta, il grido di chi non si rassegna e vuol morire sulla breccia sono, in se stessi, una eccellente materia di commercio. Sorge così la figura moderna di chi, tutto rifiutando e deplorando, prospera e impingua sulle macerie di un mondo che si suppone essere in disfacimento, ma che in verità gode di un benessere medio che non ha precedenti nella storia. Dimostrando che il linguaggio è una finzione priva di ogni contenuto e che l'uomo è sorto per caso dal nulla e che il nulla è la sua vera vocazione, il filosofo può conquistare cattedre e assurgere a reputazione mondiale. Distruggendo l'ipotesi stessa di ogni possibile arte, un artista di oggi può acquistare larga fama e vivere alle spalle del mondo borghese da lui detestato.

Il caso di chi vuol distruggere tutti e tutto ma non potrebbe vivere in un mondo diverso e trae buon partito dalla situazione ch'egli, spesso in buona fede, detesta, non si può, in ogni modo, generalizzare. Sono molti, ma non moltissimi, quelli che fanno mercato, e vantaggioso mercato, dell'equivoco in cui vivono. I più, la grande maggioranza, sono coloro che seguono passivamente la corrente e traducono in prodotto vendibile i gesti, gli atteggiamenti che sono nati da un autentico sentimento d'insofferenza e di protesta. Qui non c'è più equivoco, e non c'è nemmeno l'innegabile talento dei grandi maestri dell'equivoco. C'è la scaltrezza artigiana di chi segue – e a volte prevede e a volte addirittura determina – i bisogni della clientela.

Quale imbecille ha potuto affermare che manca nel mondo attuale ogni possibilità di comunicazione? Mai sono esistiti tanti mezzi di comunicare, né così facili né così irresistibili. L'importante è che fra questi mezzi sia sacrificata la parola, che ha il torto di non essere abbastanza polivalente e di pretendere a qualche durevole verità. L'industria della comunicazione sarebbe minata alla base se i mezzi espressivi pretendessero di avere qualche durata nel tempo. Quel che occorre non è il linguaggio, ma l'interiezione, l'accenno, il grido, il lampo, l'arabesco che nasce e muore nel giro di pochi istanti. Quel che abbisogna è ciò che si vede, si ascolta, si tocca per un attimo solo e poi viene bruciato e sostituito da un'altra analoga eccitazione.

In questa corsa verso il nulla la letteratura sembra alquanto sacrificata. Non rinunzia però ad aggiornarsi. I romanzieri descrivono ancora l'uomo ma lo riducono alla figura dei *mannequins* di De Chirico, ignorandone i pensieri e i sentimenti. Restano in coda gli scrittori tradizionali, che dell'uomo pretendono di non ignorare nulla. Battono una strada buona, ma sono quasi tutti mediocri, e per essi resta vero che la cattiva letteratura si fa coi buoni sentimenti. Eppure è proprio su quella strada che presto o tardi noi incontreremo ancora – di tanto in tanto – qualche scrittore leggibile.

10 ottobre 1961

ANDREA CAPRARA

Una decisione della Cassazione e un saggio di Giovanni Tantini: due lenti con le quali mettere a fuoco il tema dell'indipendenza del sindaco-consulente[1]

Sommario: 1. Le due prospettive di osservazione offerte dalla giurisprudenza e dalla dottrina; 2. La questione esaminata dalla Cassazione; 3. L'indipendenza del sindaco: una questione di metodo, prima che di contenuti; 4. (Segue): l'indipendenza del sindaco-consulente; 5. Le argomentazioni della Cassazione alla luce del quadro disegnato dalla dottrina; 6. Una (ulteriore) questione utile sul piano applicativo: la rilevanza dei contenuti dell'attività di consulenza a favore della società o altre società del gruppo; 7. Gli effetti (distorsivi) dell'assenza di indipendenza nelle recenti pronunce giurisprudenziali: dall'irrilevanza del sindaco di fatto al «premio» per il sindaco non indipendente.

1. Le due prospettive di osservazione offerte dalla giurisprudenza e dalla dottrina

Il tema dell'indipendenza del sindaco di s.p.a., già oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina, ha recentemente interessato la giurisprudenza della Suprema corte. Ed è un confronto tra le argomentazioni sviluppate dalla prima, ed in parte riprese dalla seconda, che qui si intende proporre. La Cassazione[2] ha esaminato la questione del possibile pregiudizio per l'indipendenza del sindaco di una s.p.a. che svolge altresì un'attività di consulenza per la medesima società.

Un contributo di Giovanni Tantini, dedicato al tema dell'indipendenza dei sindaci[3], può costituire un'utile guida alla lettura della sentenza. Il saggio, dal cui fondo traspare un particolare modo di intendere l'impresa e il corretto esercizio della stessa, si caratterizza non solo per i contenuti, ma anche, come già le precedenti opere monografiche dell'a., per l'approccio metodologico adottato. Un metodo che riprende le proposte del Maestri del secolo scorso[4], ponendo attenzione, da un lato, ai fenomeni marginali come strumenti per cogliere l'ordinaria manifestazione della natura dell'istituto e, dall'altra, all'importanza dell'individuazione della regola e alla sua distinzione dall'eccezione[5].

---

1. Nel testo viene ripresa parte della relazione presentata al convegno *Il giurista e il suo impegno civile. Convegno in ricordo di Giovanni Tantini*, tenutosi a Verona il 16 aprile 2015.

2. Cfr. Cass. 28 marzo 2013, n. 7902, in *Foro it.*, 2013, I, c. 3534.

3. G. Tantini, *L'indipendenza dei sindaci*, Cedam, Padova, 2010.

4. Cfr. G. Oppo, *Note sull'istituzione di non concepiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 66, nota 1, in cui si riprende lo scritto di W. Bigiavi, *I vizi della volontà nella dichiarazione cambiaria*, Soc. an. it. Sperling & Kupfer – Merano, Milano, 1943, p. 31 ss.

5. Limitando i riferimenti alle opere principali, sarà sufficiente ricordare che nella monografia dedicata a *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni* (Cedam, Padova, 1973), da un lato, si tende a ricostruire il fenomeno societario usando la figura della persona giuridica per superare la dicotomia tra la visione contrattuale e organizzativa del fenomeno societario e, dall'altro, si considerano le operazioni di modifica dell'atto costitutivo e, in particolare, di aumento e di riduzione del capitale nella contrapposizione tra "ipotesi normale e casi quasi patologici" (p. 234 ss. e, rispettivamente, p. 286). Analoga tecnica interpretativa si ritrova nella monografia specificatamente dedicata al *Capitale e patrimonio nelle società per azioni* (Cedam, Padova, 1980, p. 153 ss.) e ne *I "versamenti in conto capitale" tra conferimenti e prestiti* (Giuffrè, Milano, 1990, *passim*). In quest'ultima opera il rapporto tra regola ed eccezione consente di cogliere il confine della legittimità della prassi del finanziamento soci finendo per rappresentare la chiave sotterranea dell'intera

2. La questione esaminata dalla Cassazione

La Cassazione esamina una vicenda che emerge nel corso di una procedura concorsuale quando un professionista chiede l'ammissione privilegiata allo stato passivo del suo diritto di credito relativo a compensi a suo dire dovuti per l'attività svolta negli anni Novanta del secolo scorso quale presidente del collegio sindacale della società fallita. Nei giudizi di merito, avanti il Tribunale di Pordenone e alla Corte d'appello di Trieste, l'opposizione allo stato passivo viene rigettata, motivando con la circostanza che l'attività svolta dal professionista nella sua veste di consulente della società[6], era "incompatibile con le funzioni di sindaco". Per i compensi relativi a dette attività il professionista aveva già chiesto e parzialmente ottenuto l'ammissione allo stato passivo.

Peraltro, sempre sul piano fattuale, la vicenda è interessante perché parte delle attività contestate sono state svolte non dal sindaco, ma da un altro componente dello stesso studio associato. Si impone dunque di chiarire se tale circostanza possa incidere sull'indipendenza del sindaco ed eventualmente se sia possibile individuare un criterio alla luce del quale definire tipologie e/o valore delle prestazioni lesive dell'indipendenza.

3. L'indipendenza del sindaco: una questione di metodo, prima che di contenuti

Il tema dell'indipendenza è, a partire dal codice di commercio del 1882, storicamente molto legato alla figura dei sindaci di società anonima (prima) e di s.p.a. (poi)[7], ma continua ad essere, per il diritto comune, un "requisito implicito (e sottinteso)"[8] finché, con la riforma del diritto societario, viene espressamente indicato dall'art. 2399 c.c. tra le cause di ineleggibilità e decadenza. Tale disposizione (come, per le società con azioni quotate con formula simile, l'art. 148 TUF)[9] attribuisce rilievo, infatti, agli "altri rapporti di natura patrimoniale che (...) compromettano l'indipendenza [del sindaco]". L'interesse della dottrina per cause di ineleggibilità e decadenza si giustifica per diverse ragioni, ma soprattutto perché l'indipendenza, che ha una portata sistematica ben più ampia, trova nell'art. 2399 lett. *c*, c.c. l'unica disposizione che, nel diritto societario riformato, la richiama con riferimento ai sindaci di s.p.a. L'anomala collocazione, che pure in dottrina trova delle giustificazioni[10], ne ha condizionato l'analisi delle caratteristiche strutturali e funzionali come emerge più chiaramente se si considerano due profili che spesso emergono dalla giurisprudenza e dalle ricerche condotte sulle ipotesi di ineleggibilità e decadenza, ossia l'efficacia automatica e la natura eccezionale delle stesse. La prima implica che l'effetto si produce senza che sia necessaria alcuna iniziativa da parte dei soci e trova conforto, da un lato, nell'esigenza di certezza delle relazioni giuridiche e, dall'altro, nella chiarezza della fattispecie che, in quanto tale, non lascierebbe dubbi all'interprete circa la sua concreta verificazione[11].

---

analisi, come emerge sin dal primo paragrafo volto a inquadrare i versamenti dei soci in conto capitale nella "fisiologia" e nella "patologia" del rapporto sociale. Nella monografia su *L'indipendenza dei sindaci* (Cedam, Padova, 2010), come si vedrà meglio nel testo, l'a. usa l'osservazione marginale del fenomeno come strumento di analisi delle discipline dell'indipendenza (Id., op. ult. cit., p. 49 ss.) e la contrapposizione tra regola ed eccezione per ricostruire i confini della fattispecie (Id., op. ult. cit., p. 56 ss.).

6. Il riferimento è alla difesa avanti le commissioni tributarie, alla consulenza per la redazione di dichiarazioni dei redditi, bilanci e rimborsi IVA, nonché per l'ammissione allo stato passivo e la redazione di una situazione patrimoniale da sottoporre all'assemblea straordinaria.

7. Per la ricostruzione delle vicende storiche che caratterizzato la disciplina dei sindaci v. almeno A. Sciumè, voce *Sindaci (collegio dei-storia)*, in *Enc. dir.*, XLII, Giuffrè, Milano, 1990, p. 707 ss. e il contributo in due parti di E. Cervellera, *Cenni storici sull'istituto dei sindaci, Parte prima – Fino al codice di commercio*, in *Riv. dott. comm.*, 1981, p. 633 ss.; Id., *Cenni storici sull'istituto dei sindaci*, *Parte seconda – Dal Codice di Commercio al Codice Civile*, in *Riv. dott. comm.*, 1981, p. 835 ss. Per ulteriori riferimenti bibliografici sull'emersione dell'indipendenza come qualità del controllore sia poi consentito il rinvio ad A. Caprara, *Le funzioni dei sindaci tra principi generali e disciplina*, Cedam, 2008, in part. capitolo I.

8. Così lo definisce G. Tantini, *L'indipendenza dei sindaci*, cit., p. 17.

9. Cfr. D. Vattermoli, *sub* art. 2, in Aa.Vv., *La tutela del risparmio: commentario della legge 28 dicembre 2005, n. 262 e del d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303*, a cura di A. Nigro e V. Santoro, Giappichelli, Torino, 2007, p. 42 ss., in part. p. 47. V., inoltre, la Comunicazione Consob, n. DEM/DCL/DSG/8067632 del 17 luglio 2008, sulle *Situazioni di incompatibilità dei componenti degli organi di controllo ai sensi dell'art. 148, comma 3, lett. c) del TUF*.

10. Cfr. M. Franzoni, *Gli amministratori e i sindaci*, in *Le società, Trattato diretto da F. Galgano*, Utet, Torino, 2002, p. 527.

11. In passato, per giustificare l'automaticità della decadenza, si è riconosciuto, nelle varie ipotesi previste dall'art. 2399 c.c., un comune carattere di immediata percezione dell'incompatibilità che non richiederebbe, perciò, alcun giudizio

A queste considerazioni si ricollega l'elaborazione relativa alla natura eccezionale delle cause di ineleggibilità/decadenza previste dall'art. 2399 c.c., in quanto esse sarebbero limitative della libertà di assunzione dell'incarico e, più in generale, della libertà di instaurare un rapporto contrattuale funzionale all'esercizio dell'incarico[12].

Su questo terreno si radica la ricerca di Giovanni Tantini il quale, estendendo ai sindaci uno spunto di Paolo Ferro-Luzzi in tema di amministratori indipendenti[13], riconsidera l'intero fenomeno attraverso un doppio passaggio logico: innanzitutto le cause di ineleggibilità vengono lette *in positivo*, anziché *in negativo*; in secondo luogo l'indipendenza è elevata a principio generale.

La lettura in positivo porta a reputare le cause di ineleggibilità come espressione delle qualità che il candidato deve possedere per ricoprire la carica, non un mero divieto di assunzione della stessa[14]. La proposta non è, dunque, diretta ad evidenziare solo un diverso modo di rappresentare un medesimo fenomeno semplicemente invertendo i toni di colore, ma è volta a mutare l'orientamento precettivo della regola. Questa, infatti, da divieto e, quindi, norma puntuale a contenuto limitativo della libertà di contrarre alla cui violazione consegue una sanzione, viene reinterpretata come regola di condotta espressione di un principio generale.

Il cambio di prospettiva determina, pertanto, un mutamento di contenuti normativi: un criterio che era considerato l'*eccezione* (al principio di libertà di assunzione l'incarico e, più in generale, alla libertà di esercizio di attività economica) viene ora letto come una regola espressione di un *principio* (di corretto adempimento dell'incarico e quindi di valorizzazione e tutela della libertà di esercizio dell'attività economica)[15].

Questa autentica inversione nell'approccio alla norma determina importanti conseguenze sul piano sistematico ed interpretativo. Sul piano sistematico diventa possibile ipotizzare una definizione unitaria di indipendenza, isolando un nucleo forte che caratterizza l'"agire indipendente"[16]. In questo modo si può cogliere, nelle diverse definizioni di indipendenza che ricorrono nella legislazione speciale, delle mere declinazioni di un più generale principio di indipendenza[17].

Sul piano tecnico dell'approccio chiesto all'interprete occorre distinguere, invece, due profili, ossia la modalità di formazione della regola (i.e. del principio giuridico) e l'elaborazione del criterio applicativo.

Nella prima direzione all'interprete è richiesto di eseguire un compito particolarmente delicato in quanto dovrà, da un lato, porre attenzione alla individuazione della forma di esternalizzazione (e obiettivizzazione) di una "condizione dello spirito" (i.e. l'indipendenza) e, dall'altro, valorizzare la percezione che i terzi hanno del comportamento tenuto dal soggetto rispetto alle esigenze dell'impresa da «desumersi dalla costruzione di un modello socio-economico di "buon imprenditore"»[18].

---

di valore. Si tratterebbe di un meccanismo diretto a garantire l'"efficienza dell'organizzazione societaria" e che risponde all'"esigenza di certezza, che (...) è implicita nella ricostruzione delle fattispecie rilevanti ai fini della determinazione dei requisiti di ineleggibilità e decadenza". Così M. Libertini, *Note in materia di ineleggibilità e decadenza del sindaco consulente della società*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 270 ss., in part. p. 272, da dove sono tratte le citazioni, per il quale l'"esigenza di certezza" si traduce nella necessità di poter "definire sufficientemente *a priori*, ipotesi di incompatibilità e decadenza" (Id., op. cit., p. 277). In giurisprudenza, sull'automaticità della decadenza v. per alcuni riferimenti *infra* § 7. In dottrina, per tutti, v. G. Cavalli, *Collegio sindacale*, in G. Cavalli, M. Marulli, C. Silvetti, *Le società per azioni*, II, 2, Utet, Torino, 1996, p. 734 ss.

12. V., anche nel vigore del nuovo testo dell'art. 2399 c.c., P. Montalenti, *Conflitto di interessi e funzioni di controllo: collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, revisori*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 555 ss., in part. p. 558.

13. Cfr. P. Ferro Luzzi, *Indipendente... da chi; da che cosa?*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 204 ss.

14. Così G. Tantini, *L'indipendenza dei sindaci*, cit., p. 25.

15. L'importanza della diversa prospettiva di osservazione del fenomeno si apprezza maggiormente se si considera l'importante principio affermato dall'art. 1, comma 2, d.l. 1/2012 convertito con modificazioni con l. 27/2012, dove si prevede che le "disposizioni recanti divieti, restrizioni, oneri o condizioni all'accesso ed all'esercizio delle attività economiche sono in ogni caso interpretate ed applicate in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato alle perseguite finalità di interesse pubblico generale, alla stregua dei principi costituzionali per i quali l'iniziativa economica privata è libera secondo condizioni di piena concorrenza e pari opportunità tra tutti i soggetti, presenti e futuri, ed ammette solo i limiti, i programmi e i controlli necessari ad evitare possibili danni alla salute, all'ambiente, al paesaggio, al patrimonio artistico e culturale, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e possibili contrasti con l'utilità sociale, con l'ordine pubblico, con il sistema tributario e con gli obblighi comunitari ed internazionali della Repubblica".

16. V. ancora G. Tantini, *L'indipendenza dei sindaci*, cit., p. 46.

17. Cfr. G. Tantini, *L'indipendenza dei sindaci*, cit., p. 43 e *passim*.

18. Così C. Angelici, *La società per azioni. Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2012, p. 425. La figura del "buon

In merito al secondo aspetto, ossia l'elaborazione del criterio applicativo, il parametro che consente di verificare se sussiste, in concreto, l'indipendenza viene colto nel "terzo informato e qualificato (dagli interessi di cui è portatore) come il socio, il creditore o l'investitore (...) che non devono mettere in dubbio l'obiettività di giudizio del controllore"[19].

4. (Segue): l'indipendenza del sindaco-consulente

Alla luce di questo inquadramento teorico-sistematico occorre considerare il tema "classico"[20] del sindaco consulente, concentrandosi sull'analisi giuridica della fattispecie. A tal proposito si è proposto di includerla tra i "*casi limite e quasi patologici*" evidenziando, da un lato, la collocazione della stessa nello schema regola-eccezione e, dall'altro, prendendo in considerazione due versanti della disciplina[21].

Nella prima direzione si osserva che la regola consiste nel negare che il consulente possa efficacemente svolgere le funzioni di controllo attribuite al sindaco. Il consulente, infatti, per il legame che si crea con l'amministratore e la circostanza che si tratta di materie oggetto del suo controllo "finisce per fare poi come sindaco un'autovalutazione del suo operato come consulente", perdendo la sua neutralità ed autonomia di giudizio. A tale principio sopravvive una sola eccezione: l'indipendenza non viene compromessa in seguito ad una "prestazione del tutto occasionale"[22], connotata da una specifica competenza tecnica elevata al punto che l'apporto professionale prevale sulla percezione della possibile compromissione dell'indipendenza del sindaco[23].

Lo stesso rigore si riscontra per il caso in cui il sindaco, pur non operando come consulente per la società, sia associato nello studio professionale che svolge l'attività a favore di detta società[24]. In tal caso occorrerebbe una valutazione caso per caso senza che possano ritenersi utili previsioni legislative o deontologiche che definiscano soglie percentuali di rilevanza, poiché l'indipendenza è uno *status* non suscettibile di misurazioni[25].

5. Le argomentazioni della Cassazione alla luce del quadro disegnato dalla dottrina

La Suprema corte, alla luce dell'art. 2399 c.c. (testo anteriore alla riforma del 2003) conferma la nozione ampia della fattispecie "rapporto continuativo di prestazione d'opera retribuita"[26] e, soprattutto, individua

---

imprenditore" può trovare validi strumenti di esplicazione in principi elaborati da organizzazioni pubbliche o private come l'OCSE (*Principles of Corporate Governance*) e l'*American Law Institute* (*Principles of Corporate Governance of the American Law Institute – ALI Principles*). Il tema finisce col toccare, proprio con riferimento alle imprese di grandi dimensioni organizzate secondo i modelli della s.p.a., aspetti molto delicati come quello della individuazione di un criterio del "buon andamento dell'impresa" di cui discute la dottrina giuslavoristica, ispirandosi ai principi ricavabili dall'art. 97 Cost. (cfr. L. Nogler, (*Ri)scoprire le radici giuslavoristiche del "nuovo" diritto civile*, in *Europa dir. priv.*, 2013, p. 962 ss., in part. p. 995 s.).

19. Così, testualmente G. Tantini, *L'indipendenza dei sindaci*, cit., p. 25.

20. Così lo definiscono P. Giudici, G. Ferrarini, *La legge sul risparmio, ovvero un* pot-pourri *della* corporate governance, in *Riv. soc.*, 2006, p. 573 ss.

21. G. Tantini, *L'indipendenza dei sindaci*, cit., p. 55, da dove sono tratte le successive citazioni.

22. La fattispecie del sindaco-consulente, ossia di chi svolge continuativamente la consulenza, è espressamente e più chiaramente prevista dopo la riforma del 2003 come causa di ineleggibilità dall'art. 2399, lett. *c*, c.c. (M. Libertini, *Sui requisiti di indipendenza del sindaco di società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 237). Il dubbio può riguardare dunque solo la precisazione della "non occasionalità".

23. L'esempio, proposto da G. Tantini, *L'indipendenza dei sindaci*, cit., p. 62, è quello delle privative industriali.

24. Una diversa fattispeie è presa in considerazione dal Trib. Milano 22 novembre 2006, in *Società*, 2007, p. 729, con nota di M. Benetti, *Cause di ineleggibilità e decadenza del sindaco e attività di consulenza svolta dal collega di studio*, dove la mancata prova della sussistenza di una associazione professionale tra il sindaco e il consulente, che fatturava le prestazioni alla società cliente, persuade il giudice che vi sia al più "una semplice organizzazione di mezzi economici tra singoli professionisti indipendenti" di per sé irrilevante per le cause di ineleggibilità e decadenza del sindaco.

25. Cfr. G. Tantini, *L'indipendenza dei sindaci*, cit., p. 72. Il tema è ripreso con ulteriori argomenti in G. Tantini, *Gli "altri rapporti di natura patrimoniale" e l'indipendenza dei sindaci*, in Aa.Vv., *Le clausole generali nel diritto societario*, a cura di G. Meruzzi-G. Tantini, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, LXI, Cedam, Padova, 2011, p. 353 ss., in part. p. 371 ss. Tale considerazione dovrebbe oggi essere sviluppata con riferimento alle società tra professionisti (art. 10, l. 12 novembre 2011, n. 183 e d.m. 8 febbraio 2013, n. 34).

26. È tale infatti, secondo la Corte, "qualsiasi legame che abbia ad oggetto lo svolgimento di attività professionali, rese anche nell'ambito di un rapporto di lavoro autonomo, quando la prestazione a titolo oneroso abbia carattere continuativo".

la *ratio* della norma nell'esigenza di tutela dell'indipendenza[27].

Dalla lettura della decisione della Cassazione emergono alcuni passaggi importanti.

Innanzitutto l'occasionalità della consulenza *può* essere compatibile con la carica di sindaco, mentre la *non occasionalità* della prestazione professionale è causa di incompatibilità. A tal fine si rileva che la non occasionalità si ha anche in presenza di pluralità di incarichi, pur formalmente distinti, che possono configurarsi come uno *stabile legame con la clientela*. È questo, dunque, l'elemento che va accertato in sede di giudizio di merito, in quanto il nocumento per l'indipendenza consegue ad una "dipendenza economica dalla società". Ai fini di tale accertamento vengono in considerazione due aspetti, ossia, da un lato, il momento in cui si accerta la continuità e, dall'altro, la rilevanza qualitativa del valore economico della prestazione effettuata. Nella prima direzione si riconosce che l'accertamento del giudice di merito è solo *ex post*: quello sarà l'unico momento, infatti, in cui sarà possibile ricostruire il rapporto e valutare se le diverse prestazioni eseguite a favore della società sono o meno riconducibili ad un disegno unitario in grado di compromettere l'indipendenza[28].

---

27. Osserva la corte che la "*ratio* di tale incompatibilità consiste infatti nella tutela dell'indipendenza dei sindaci, che può risultare compromessa dall'esistenza di un vincolo stabile di collaborazione con la medesima società nell'ambito della quale è rivestita la predetta carica, instaurandosi in tal caso un legame suscettibile d'impedire di fatto l'assunzione d'iniziative non gradite agli amministratori o al capitale di comando". Così Cass. 28 marzo 2013, n. 7902, cit.

28. In questo modo si frantuma la convinzione che l'immediata percezione della fattispecie sia caratteristica comune ed essenziale delle cause di ineleggibilità e decadenza. Una caratteristica su cui, come si è visto, la dottrina aveva fondato buona parte delle proprie elaborazioni. Analizzando il problema del sopraggiungere di "altri rapporti di natura patrimoniale", in grado di compromettere l'indipendenza, C. Angelici, G. Cavalli, M. Libertini, *Parere pro veritate in materia d'ineleggibilità del sindaco e società tra professionisti*, 4 febbraio 2005, indirizzato al Consiglio Nazionale dei Ragionieri e Periti Commerciali, pur confermando l'immediata operatività delle cause di dacadenza, osservano che "non può non tenersi conto che la vicenda si caratterizza in termini marcatamente valutativi e che, quindi, si appalesa più idonea ad

Circa la rilevanza quantitativa la Cassazione si sofferma anche sulle proposte, in parte accolte dalla giurisprudenza di merito[29], già avanzate dall'Ordine dei dottori commercialisti (oggi ODCEC) di introdurre delle soglie di "tolleranza" destinate a segnalare la giuridica rilevanza dei ricavi sul reddito complessivo del professionista o dello studio di cui è componente/associato[30], precisando che tali soglie possono essere un mero fattore di ausilio per l'interprete, ma non una guida vincolante. Peraltro, adottando una soluzione di minor rigore rispetto a quella proposta dalla dottrina[31], si precisa che nella valutazione della rilevanza assunta dalle prestazioni professionali occorre tener conto, da un lato, dell'"interesse per il cliente" e, dall'altro, che le stesse "nel loro insieme" assumano una "ragguardevole consistenza in rapporto all'esercizio ordinario della professione da parte del sindaco"[32].

Se alle argomentazioni svolte dalla Corte si applica lo schema logico-giuridico sopra richiamato, fondato sulla individuazione del principio giuridico (i.e. la regola da applicare) e del criterio normativo alla luce del quale valutare l'applicabilità della regola, emergono ulteriori spunti di riflessione.

La regola da applicare è quella per la quale il *controllore deve essere indipendente*; l'indipendenza è, dunque, elemento essenziale affinché l'incarico sia espletato in modo corretto[33]. La Cassazione richiama a tal proposito l'art. 10 del d.lgs. 39/2010 (T.U. Revisione Legale), laddove l'indipendenza è intesa come assenza di "relazio-

essere compresa sul piano degli obblighi di comportamento piuttosto che delle conseguenze oggettive ed automatiche del verificarsi di una determinata fattispecie" (p. 20 s.).

29. Cfr. Trib. Vicenza, 17 giugno 2005, ined.; Trib. Vicenza, 12 giugno 2008, ined., ma commentata da G. Tantini, *L'indipendenza dei sindaci*, cit., p. 74, ed ora Cass. civ., sez. I, 8 maggio 2015, n. 9392, in *Giust. civ. Mass.*, 2015, per la quale ciò che «rileva è il rapporto associativo fra il sindaco ed il consulente, talchè occorre valutare i profili di compromissione patrimoniale verificando quale sia la quantità dei ricavi derivanti dalla collaborazione altrui destinata a rifluire nel patrimonio personale del sindaco in rapporto all'entità del compenso sindacale, tenendo presente la sua posizione nella compagine associativa. In applicazione di tale criterio, occorre concludere che l'indipendenza del controllore sia messa in pericolo tutte le volte in cui egli si possa attendere dal rapporto di consulenza del suo associato un ritorno economico personale superiore a quello che gli deriva dalla retribuzione sindacale. Peraltro, l'espressione "altri rapporti patrimoniali che ne compromettano l'indipendenza", nella sua indeterminatezza, affida al prudente apprezzamento del giudice di merito l'individuazione del criterio da seguire nella concreta fattispecie sottoposta al suo esame (oltre che la verifica della sussistenza in fatto dell'incompatibilità in base allo stesso criterio)».

30. Consiglio nazionale dei dottori commercialisti – Consiglio nazionale dei ragionieri (CNDC – CNR), *L'indipendenza del sindaco e/o del revisore contabile* (circolare 1/2005, seduta del 25-26 gennaio 2005), che interpreta, in modo assai poco convincente la Racc. 02/590/CE del 16/5/2002, ritenendo che l'indipendenza del revisore sia pregiudicata (o meglio si verifichi una dipendenza finanziaria) quando i compensi erogati dal medesimo cliente per l'attività prestata (per l'attività di revisione e non) superi il "15% del totale complessivo dei ricavi dello studio professionale, individuale o associato".

31. Cfr. *supra*, § 3 s.

32. Aspetto carente nella decisione di merito della corte d'appello di Trieste e che giustifica, per la Cassazione, l'annullamento con rinvio.

33. Si tratta di un dato acquisito al patrimonio giuridico come confermano anche le *Norme di comportamento del collegio sindacale* (5 marzo 2015, Norma 1.4), elaborate dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili, in cui si prevede che "Le cause di ineleggibilità, decadenza e incompatibilità previste dalla legge sono dirette a garantire l'indipendenza del sindaco, quale requisito indispensabile ai fini di un corretto esercizio delle funzioni di vigilanza affidate al collegio sindacale".

ni finanziarie, d'affari, di lavoro o di altro genere, dirette o indirette, comprese quelle derivanti dalla prestazione di servizi diversi dalla revisione contabile" che pregiudicano il corretto adempimento dell'incarico.
La circostanza che detta disposizione fosse non applicabile *ratione temporis* si fa apprezzare da due punti di vista, ossia, da un lato, quello dell'emersione, sul piano legislativo, di un principio che, come affiora dall'analisi della dottrina, si riteneva già presente nell'ordinamento anteriormente alla sua codificazione e, dall'altro, la scelta operata dalla Cassazione che preferisce, sul piano dell'argomentazione giuridica, rifarsi ad un principio generale non ancora patrimonio, al tempo della controversia, del diritto scritto, piuttosto che all'interpretazione analogica della disciplina allora vigente.
Nella prima direzione va ricordato che con l'art. 10 d.lgs. 39/2010, attuazione della direttiva 2006/43/CE sulla revisione legale dei conti, viene definitivamente acquisito al nostro ordinamento un concetto di indipendenza maturato in un contesto giuridico, ma anche socio-economico e culturale, sovrannazionale. A questa affermazione si ricollega il secondo aspetto segnalato, che denota come la giurisprudenza, valorizzando il principio di indipendenza, abbia attribuito allo stesso un ruolo di architrave del sistema dei controlli, che opera ad un livello diverso e più ampio rispetto alle norme analitiche e alla clausola generale prevista dall'art. 2399 c.c., che in esso si spiegano pur senza esaurirlo.
Il criterio normativo che giustifica l'applicazione della disciplina è rintracciato ancora nell'art. 10 d.lgs. 39/2010[34], considerando rilevanti le relazioni "dalle quali un terzo informato, obiettivo e ragionevole trarrebbe la conclusione che l'indipendenza del revisore legale o della società di revisione legale risulta compromessa". Si fa riferimento in altre parole alla manifestazione esterna della "condizione dell'anima", misurata in relazione alla percezione che il terzo trae da un determinato comportamento. Lo lo *standard* solo apparentemente introduce una valutazione di tipo quantitativo, poiché esso impone di considerare se, in concreto, la condizione in cui si trova ad operare il soggetto gli consente di agire come indipendente: si passa, dunque, da una condizione meramente interna dell'animo del soggetto che si afferma indipendente, all'apprezzamento sociale del suo comportamento come indipendente[35].

6. Una (ulteriore) questione utile sul piano applicativo: la rilevanza dei contenuti dell'attività di consulenza a favore della società o altre società del gruppo

Tra le molte questioni che ancora potrebbero venire in considerazione rispetto ai temi trattati, merita particolare attenzione, per i risvolti pratici a cui conduce, quella relativa alla possibilità di isolare alcune attività meramente operative che il professionista può svolgere a favore della società o di altre società del gruppo, senza che le stesse siano da considerarsi lesive dell'indipendenza del sindaco.
Occorre chiedersi, in particolare, se l'indipendenza è pregiudicata nel caso in cui il professionista si occupi di attività di carattere meramente tecnico, come la redazione di buste-paga o la compilazione della denuncia dei redditi.
La risposta positiva sembra potersi ricavare sia dal dato normativo, sia dalla stessa argomentazione della Cassazione.
L'attuale formulazione letterale dell'art. 2399 c.c. non fa riferimento solo alla "consulenza", ma anche alla "prestazione d'opera retribuita": la contrapposizione tra le due categorie può ragionevolmente indurre a ritenere che in quest'ultima vadano ricondotte tutte le operazioni, ancorché prive di un connotato valutativo, svolte senza vincolo di subordinazione. In definitiva ciò che viene in considerazione ai fini della definizione dei contenuti precettivi della regola non è solo il rischio di riesame, ma il possibile condizionamento che il professionista potrebbe subire nell'eser-

34. La disposizione riprende un concetto già esplicitato seppur solo sul piano del soft law dalla Commissione Europea nella raccomandazione del 16 maggio 2002 *"L'indipendenza dei revisori legali dei conti nell'UE: un insieme di principi fondamentali"*. In quella sede si è precisato che *"il criterio fondamentale per giudicare l'approccio adottato da un revisore legale per ridurre le minacce ed i rischi per la propria indipendenza (…) è se un terzo ragionevole ed informato, che conosca tutti i fatti e le circostanze rilevanti attinenti ad uno specifico incarico di revisione, giungerebbe alla conclusione che il revisore esercita in modo obiettivo ed imparziale la sua capacità di giudizio su tutte le questioni sottoposte alla sua attenzione"*.

35. Con diretto riferimento alla nuova disciplina della revisione legale v. G. Bertolotti, in N. de Luca (a cura di), *La revisione legale dei conti annuali e dei conti consolidati*, Commentario, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2011, *sub* art. 10, p. 135 s., per il quale si opta "non tanto per una tutela sostanziale dell'indipendenza, quanto piuttosto per una tutela dell'apparenza dell'indipendenza (…)".

cizio dell'incarico di sindaco per il fatto che lo stesso trae un reddito dall'attività professionale meramente operativa[36]. In altri termini il legislatore sembra voler assicurare l'indipendenza rispetto a tutti i possibili comportamenti che potrebbero condizionarne le scelte (i.e. autonomia di giudizio) e, quindi, la corretta esecuzione dell'incarico.

Del resto anche la Suprema corte[37], pur applicando la disciplina previgente, sembra orientarsi nella stessa direzione. Nel caso sottoposto al suo esame, tra le attività contestate al sindaco vi era, infatti, anche la redazione della dichiarazione dei redditi; un'attività che i giudici non espungono dai comportamenti potenzialmente rilevanti ai fini della valutazione del pregiudizio dell'indipendenza[38].

Circa l'ambito applicativo, l'art. 2399 c.c. svolge un ruolo importante nella proiezione del principio di indipendenza sull'intera area su cui insiste l'impresa. Se, infatti, l'indipendenza è funzionale al corretto esercizio dell'impresa[39], l'ambito applicativo delle regole che ne sono espressione deve coincidere con l'attività esercitata e la sua articolazione organizzativa. I comportamenti pregiudizivoli indicati dall'art. 2399 c.c. saranno, dunque, rilevanti anche quando posti in essere a favore delle società controllate, collegate o sottoposte a comune controllo.

7. Gli effetti (distorsivi) dell'assenza di indipendenza nelle recenti pronunce giurisprudenziali: dall'irrilevanza del sindaco di fatto al «premio» per il sindaco non indipendente.

Un ultimo aspetto su cui portare l'attenzione riguarda le conseguenze dell'assenza di indipendenza. La giurisprudenza non dubita che la carenza orinaria o sopravvenuta dell'indipendenza, ancorché non rilevabile *ex ante*[40], determina la decadenza automatica dall'incarico[41], ma non è ben chiaro l'effetto (ulteriore) che tale circostanza produce. Si rilevano, infatti, differenti decisioni che considerano come giuridicamente inesistente l'attività compiuta dal sindaco successivamente alla decadenza, con conseguenze talora paradossali. Per convincersene è sufficiente porre attenzione ad alcuni recenti arresti della Suprema Corte. Una prima

36. Peraltro se si aderisce all'opinione per la quale le cause di ineleggibilità tipizzate nell'art. 2399 c.c. sono una sorta di presunzione assoluta di lesività dell'indipendenza (G. Tantini, *L'indipendenza dei sindaci*, cit., p. 21), poco pregio avrebbero le distinzioni dirette ad evidenziare l'irrilevanza, sulla base dell'esiguo valore percepito dal professionista, della prestazione eseguita. Del resto la circostanza, sottolineata dall'ODCEC nelle *Osservazioni al documento di consultazione diramato il 13 febbraio 2008 dalla Consob concernente le cause di incompatibilità per la nomina a componente degli organi di controllo degli emittenti*, per al quale anche le cause tipizzate dal legislatore sarebbero rilevanti solo laddove compromettano, in concreto, l'indipendenza sembra difficilmente compatibile con la fissazione di una soglia percentuale di rilevanza delle prestazioni erogate dalla società al sindaco-professionista o altro componente dello studio associato. In questo modo, infatti, da un lato, si sollecita una verifica caso per caso, dall'altro, fissando una soglia percentuale, si introduce un valore rigido che esclude meccanismi valutativi.

37. Cass. 28 marzo 2013, n. 7902, in *Foro it*., 2013, I, c. 3534, ma v. già Cass. 11 luglio 2008, n. 19235, in *Diritto e Giustizia online*, 2008, con nota di S. Garufi, la quale analizza un caso in cui la contabilità sociale ed i compiti di consulenza ed assistenza fiscale, come pure gli adempimenti ed i versamenti di natura fiscale e previdenziale erano stati affidati dal consiglio di amministrazione ad uno dei tre sindaci nominati dall'assemblea dei soci. V. anche, nella giurisprudenza di merito, Trib. Trento, 30 maggio 2003, e Trib. Trento, 4 agosto 2003, in *Giur. comm*., 2004, II, p. 158, con nota di M. Spiotta, *Sindaco e consulente della stessa società possono essere colleghi di studio?*; in *Giur. it*., 2004, p. 108, con nota di M. Spiotta, *Revisori, sindaci, consulenti: brevi note tra "vecchio" e nuovo diritto*, dove veniva in considerazione "un'attività retribuita di consulenza generale in materia *fiscale*, *contabile*, societaria e di bilancio" (corsivi nostri); Trib. Milano, 19 gennaio 2000, in *Società*, 2000, p. 1133, con commento di A. Redeghieri Baroni, *Prestazioni professionali e dovere di indipendenza dei sindaci,* dove si afferma che per attività continuativa di consulenza e assistenza a favore della società deve intendersi "anche un'attività professionale in materia contabile, tributaria e contrattuale che, pur non avendo assunto carattere di rapporto a tempo indeterminato, si sia protratta per svariati anni dell'attività della società ed abbia riguardato in modo penetrante non già singole questioni o affari della medesima, bensì propriamente la redazione del bilancio, degli allegati esplicativi e delle relazioni degli amministratori".

38. La giurisprudenza di merito, anche successivamente all'entrata in vigore del nuovo testo riformato dell'art. 2399 c.c., richiama la distinzione tra consulenza e "prestazioni fiscali", da considerarsi "prestazioni specifiche di natura più ridotta" (rispetto alla consulenza), senza però farne derivare conseguenze sul piano applicativo. Così Trib. Milano 22 novembre 2006, in *Società*, 2007, p. 729, con nota di M. Benetti, *Cause di ineleggibilità e decadenza del sindaco e attività di consulenza svolta dal collega di studio*.

39. Cfr. C. Angelici, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., p. 374 ss., nel più ampio discorso sulla importanza della separatezza tra proprietà e gestione.

40. Cfr. *supra* § 5.

41. Sui riflessi dell'affermazione rispetto alla stessa configurabilità della categoria giuridica unitaria dell'ineleggibilità/decadenza v. *supra* § 3 s., in nota.

rilevante decisione, emessa in un caso in cui si era registrato un rapporto continuativo di prestazione d'opera retribuita tra il sindaco (presidente del collegio) e la società, si precisa che l'accertata, ma non tempestivamente dichiarata, decadenza di un sindaco rende illegittimi gli atti (le delibere) del collegio a prescindere dalla misura del contributo del decaduto alla formazione dell'atto. Infatti, nella ricostruzione svolta dai giudici di legittimità, la decadenza di un sindaco, operando automaticamente, senza che sia necessario un atto accertativo, determina, se il decaduto non è prontamente sostituito dai supplenti, l'illegittima composizione del collegio con conseguente illegittimità degli atti che sono l'esito del procedimento in cui il collegio sindacale interviene, come ad esempio accade per il bilancio[42].

Sugli stessi principi fa leva la sentenza dalla quale si è presi le mosse in questo scritto[43] quando afferma che l'incompatibilità determina la decadenza del sindaco, che dunque non potrà pretendere il compenso per l'attività prestata per l'ufficio.

Ben altre conseguenze derivano, però, se il medesimo schema logico-giuridico si applica all'azione di responsabilità, dove la Cassazione[44], ribadito che la

42. Cfr. Cass., 15 febbraio-9 maggio 2008, n. 11554, in *Guida dir.*, 2008, 31, p. 64 ss., con nota di M. Leo, *La causa d'ineleggibilità dei componenti prescinde da un procedimento di verifica*; in *Riv. not.*, 2008, p. 1120 ss., con nota di S. Ancillotti, *Principio di chiarezza e funzione informativa del bilancio sociale. Decadenza di un membro del collegio sindacale e conseguenze sugli atti del collegio e degli altri organi sociali*; in *Foro it.*, 2009, I, c. 2175 ss., con nota di L. Nazzicone, *Sindaco decaduto ed invalidità, diretta e derivata, di deliberazioni societarie*; in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 924 ss., con nota di I. Russo, *La rilevanza esterna dei chiarimenti forniti dagli amministratori in sede di approvazione del bilancio d'esercizio*. La decisione è commentata altresì da T.E. Romolotti, *Decadenza automatica e atti collegiali illegittimi: la gestione del rischio*, in *Dir. e prat. società*, 2008, 17, p. 58 ss., e da T. Pastori, *Decadenza del sindaco ed illegittimità della deliberazione del collegio sindacale*, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 1110 ss. Cfr., in particolare, il punto 6 della motivazione, ove si precisa che il venir meno di un componente del collegio, in "mancanza di una specifica disciplina dell'invalidità degli atti del collegio sindacale (...) è idoneo ad incidere sulla legittimità degli atti da quel medesimo organo compiuti, ma (...) pure di organi diversi (...)".

43. Cass. 28 marzo 2013, n. 7902, cit.

44. Cass. 23 ottobre 2014, n. 22575, in *Giur.it.*, 2015, p. 1642, con nota di F. Sudiero *Sindaco di fatto e decadenza automatica: riflessioni su formalismo ed eterogenesi dei fini*; in *Giur. comm.*, 2015, II, p. 957 ss., con nota di P. Corubolo, *Responsabilità del sindaco decaduto ed esercizio di fatto delle funzioni*.

decadenza dalla carica di sindaco per la sussistenza di una causa di ineleggibilità prevista dall'art. 2399 c.c. opera automaticamente, considera non proponibile l'esercizio, nei confronti di questo, dell'azione di responsabilità promossa dal curatore del fallimento[45]. In sostanza, se la decadenza opera con efficacia *ipso iure*, la giurisprudenza ne fa logicamente derivare l'irrilevanza giuridica del comportamento del decaduto, considerando evidentemente priva di giuridica consistenza la figura del c.d. sindaco di fatto, che la giurisprudenza di merito aveva in passato valorizzato[46]. Sembra peraltro incongruo, in questo caso, trascurare il profilo della responsabilità civile, considerato che la decadenza di per sé non esaurisce, ma arricchisce il panorama delle possibili reazioni giuridiche alla violazione di una regola di condotta, ossia un atto o fatto idoneo a produrre obbligazioni (art. 1173 c.c.)[47]. In tutti questi casi, dunque, la decadenza opera come sanzione sul piano strettamente organizzativo[48], lasciando impregiudicata, però, la possibilità di agire per ottenere il ristoro dei danni eventualmente patiti per la violazione di regole di condotta che impongono al sindaco di non tenere comportamenti lesivi dell'indipendenza[49]. Laddove tali comportamenti siano causalmente riconducibili ad un danno arrecato alla società, sarebbe difficilmente giustificabile, in altre parole, un esonero da responsabilità. La diversa soluzione potrebbe condurre a ritenere la sanzione della decadenza per l'assenza di indipendenza, ossia per la carenza di un requisito necessario per l'assunzione della carica, come assorbente di altri rimedi e, dunque, uno strumento invocabile a propria discolpa da parte dei professionisti che, pur privi dei requisiti per la corretta assunzione della carica, accettano l'incarico consapevoli che non potranno essere chiamati a rispondere per i loro eventuali inadempimenti. Una china pericolosa soprattuto considerando che l'attuale contesto socio-economico di crisi potrebbe incentivare comportamenti opportunistici.

45. Si afferma, infatti che la "decadenza dalla carica di sindaco di chi si trovi nella situazione di ineleggibilità prevista dall'art. 2399 c.c., nella specie, quale dipendente della società, opera automaticamente, da ciò conseguendo che nei confronti della parte, che non ha pertanto mai ricoperto la carica di sindaco, non può esercitarsi l'azione di responsabilità ex art. 146 l.f.".

46. Si legge, infatti, nella motivazione della sentenza Cass. 23 ottobre 2014, n. 22575, cit., che l'«efficacia ipso iure della causa di decadenza, quale vizio della condizione soggettiva del nominato, priva il V. della qualità di sindaco, che costituisce il presupposto soggettivo della fattispecie costitutiva della domanda di responsabilità esercitata dal Fallimento *ex* art. 146 l.f. Né potrebbe attribuirsi rilevanza all'accettazione dell'incarico, atteso che l'art. 2399 c.c. ricollega tout court all'elezione del soggetto ineleggibile la decadenza. Né potrebbe valorizzarsi lo svolgimento in concreto delle funzioni (che il Giudice del merito, tra l'altro, collega al "non svolgimento" dell'attività come sindaco), non essendo ipotizzabile lo svolgimento "di fatto" delle funzioni sindacali, che la legge specificamente ricollega all'elezione di soggetto, nei cui confronti non sussista alcuna causa di ineleggibilità, secondo la norma imperativa ed inderogabile di cui all'art. 2399 c.c., intesa ad assicurare l'indispensabile imparzialità collegata alle funzioni di sindaco. Va pertanto affermato il seguente principio di diritto: "La decadenza dalla carica di sindaco di chi si trovi nella situazione di ineleggibilità prevista dall'art. 2399 c.c., nella specie, quale dipendente della società, opera automaticamente, da ciò conseguendo che nei confronti della parte, che non ha pertanto mai ricoperto la carica di sindaco, non può esercitarsi l'azione di responsabilità ex art. 14 6 l.f."». Per riferimenti alla dottrina e giurisprudenza anteriori sia consentito il rinvio ad A. Caprara, *Le funzioni dei sindaci tra principi generali e disciplina*, cit., p. 281 ss.

47. Su questo tema ci si era soffermati ampiamente in A. Caprara, *Le funzioni dei sindaci tra principi generali e disciplina*, cit., p. 57 ss.

48. Sia consentito il rinvio ad A. Caprara, *Decadenza dei sindaci e profili dell'organizzazione*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 85 ss., ove ci si sofferma altresì sulla diversa natura giuridica dell'ineleggibilità rispetto alla decadenza: la prima è requisito per l'assunzione della carica, la seconda è una delle sanzioni (che, in particolare, opera sul piano solo organizzativo) predisposte dall'ordinamento per il caso manchi un requisito per l'assunzione della carica.

49. Diversa la soluzione proposta in passato dalla Cass., sez. I, 11 luglio 2008, n. 19235, cit., quando, a fronte dell'attribuzione dell'incarico di tenuta della contabilità e ulteriori adempimenti di natura fiscale ad un componente del collegio sindacale, ha considerato la stessa grave violazione dei doveri degli amministratori e inadempimento dei sindaci. Rileva infatti la Suprema corte, riprendendo le argomentazioni della Corte d'appello di Milano, che "avendo trascurato di far ricorso alle iniziative più opportune e doverose per fare cessare la imprudente ed illegittima situazione di incompatibilità, [i sindaci] non avrebbero potuto incautamente confidare in una presunzione di diligenza del M.A., posto che costui, già accettando un incarico non compatibile con l'incarico di sindaco, aveva mostrato di non tenere in nessun conto l'osservanza dei limiti e degli adempimenti di legge. I sindaci, semmai, avrebbero dovuto agire con ancora più scrupolo ed attenzione nella vigilanza cui erano tenuti nell'esercizio del loro ufficio, per evitare che la subordinazione economica del M.A. alla Società si ripercuotesse sulla diligenza degli adempimenti dell'organo di controllo. Se i sindaci avessero adeguatamente vigilato in conformità degli obblighi inerenti alla loro carica, l'illegittimo comportamento del rag. M.A. e degli amministratori e il danno che ne è derivato sarebbero stati evitati".

Studio dell'Avvocato Ivone Cacciavillani

AVV. IVONE CACCIAVILLANI
AVV. PROF. CHIARA CACCIAVILLANI
AVV. AGOSTINO CACCIAVILLANI
AVV. RICCARDO FERRI
AVV. MARTA CENDRON
AVV. LUIGI SELMO
DOTT. GIACOMO LANZIERI

30039 STRA (VENEZIA)
PIAZZA MARCONI 51
TEL (049) 50 20 81 - 50 22 66
TELEFAX (049) 98 00 585
segreteria@studiocacciavillani.com

C.F./P.I. 01936650272

Stra, 7 febbraio 2018

Preg.mo Avvocato
Lamberto Lambertini

Via mail: lambertini@studiolambertini.it

Carissimo

In attesa di vederci per la *Nuova Temi Veneta*, Ti anticipo quello che avrei voluto dirTi di persona sul bellissimo volume sull'arbitrato. Tema che mi ha assiduamente coinvolto nel vivo della mia professione.

Tutto bene; tutto condivisibile; quello che nella pratica crea problemi all'arbitro di parte già nominato è la scelta del Presidente del Collegio. Dopo innumeri conati avevo elaborato un sistema che ha funzionato a perfezione: ciascuno dei due arbitri nominati compila una terna di nomi proposti a presidente; resta nominato il primo nome che compare in ambedue le terne. Se non ne compare nessuno, si ripete lo scambio di terne; una volta abbiamo dovuto arrivare alla terza terna per trovare un nome comune ad ambedue.

Molto importante la diffusione dell'arbitrato come mezzo di soluzione della controversie! Occorre divulgarne la prassi tra i Colleghi come normale mezzo di soluzione delle controversie civili, in luogo di tanto ciarpame di sistemi alternativi al giudizio, che imperversano spesso in puro burocratese!

Perché non approntare noi un "codice dell'arbitrato", con fissazione di termini ben precisi per i vari adempimenti; regole di procedura minime ma semplici e chiare; la disciplina della nomina del Presidente.

Un disciplinare da allegare ad ogni contratto!

Siamo maggiorenni e vaccinati; perché non darci da fare per lavorar un po' meglio? Spetta a noi giovani darci da fare!

Aspetto e spero… con vivissima cordialità.

Ivone Cacciavillani

AVV. BARNABA RICCI

Milano, 23.01.2018

Caro Lamberto,
ti ringrazio per il tuo libro
del quale hai voluto farmi
gentile omaggio. L'ho letto
d'un fiato e l'ho trovato
molto stimolante e pieno di
spunti che riducono alla
riflessione, cosa di cui, del
resto, ero certo, considerando
la multiforme qualità che tu
contraddistinguono non solo
come giurista.

/.

Ti ringrazio, poi, per l'amicizia
da me sinceramente ricambiata
e della quale mi onoro.

Auguro a te ed al tuo libro
il successo che meritate.
Sperando in un'occasione
di incontro a breve, ti
saluto caramente.

FRANCESCO CARBONETTI

Don Giovanni, Donna Anna e il lutto vedovile

Il Don Giovanni di Mozart si apre – come tutti sanno – con la scena notturna di Don Giovanni che, celandosi il volto, tenta di fuggire dal Palazzo del Commendatore. Alle grida di Donna Anna, che lo trattiene, interviene il padre. Donna Anna rientra nel palazzo; nel giardino si svolge il duello nel quale Don Giovanni ferisce a morte il Commendatore.

Cosa sia avvenuto subito prima lo apprendiamo solo nella scena tredicesima del I atto, dal colloquio tra Donna Anna e il fidanzato Don Ottavio. Donna Anna ha appena riconosciuto, dalla voce, in Don Giovarmi il responsabile della morte del Commendatore; lo dice a Don Ottavio e gli racconta, in un colloquio concitato, che Don Giovanni non soltanto le ha ucciso il padre, ma ha anche tentato di violentarla.

Era notte avanzata – racconta Donna Anna – quando un uomo, avvolto in un mantello, è entrato nella sua stanza da letto. In un primo momento Donna Anna pensò che fosse il fidanzato; ma poi si rese conto che l'uomo che tentava di abbracciarla era uno sconosciuto. Nessuno accorse alla grida della ragazza, che venne dapprima sopraffatta, ma poi riuscì a resistere e a divincolarsi. Don Giovanni tentò di fuggire, ma lei riuscì a trattenerlo fino all'arrivo del padre.

Il desiderio di vendetta di Donna Anna – che sarà soddisfatto nel finale, quando la statua del. Commendatore trascinerà Don Giovanni all'inferno – è dunque doppiamente giustificato, dal tentato stupro e dall'uccisione del padre.

Resta però il dubbio se il racconto di Donna Anna non sia alquanto edulcorato a beneficio di Don

Ottavio il quale ascolta "con affanno" (così precisamente il libretto) e poi tira un respiro di sollievo ("Ohimè! respiro") quando apprende che la violenza non è stata consumata.

Una ipotesi non irrealistica è che Don Giovanni, penetrato nella stanza da letto della ragazza approfittando del buio e del sonno di lei, che del resto era evidentemente abituata alle visite notturne del fidanzato, sia riuscito nel suo intento e che solo dopo la consumazione del rapporto, o comunque quando le era oramai impossibile resistere, Donna Anna si sia resa conto che nel suo letto vi era uno sconosciuto.

Un pallido indizio che le cose sia siano svolte in questo modo è dato proprio dal racconto di Donna Anna a Don Ottavio, nel quale il tentato stupro è diviso in due fasi, una prima in cui Donna Anna non riesce ad opporsi ("Stretta così, che già mi credo morta") e una seconda in cui la ragazza ritrova forza sufficiente per sciogliersi dall'abbraccio. Lo svolgersi del racconto sembra invero condizionato dalle reazioni di Don Ottavio: può darsi che Donna Anna, di fronte allo sgomento del fidanzato, inventi un lieto fine non corrispondente alla realtà.

Un secondo un po' meno labile indizio è che l'odio implacabile di Donna Anna per Don Giovanni, che contraddistingue il personaggio, sarebbe ancor più giustificato se la giovane avesse effettivamente subito uno stupro. È vero che l'uccisione del padre è di per sé sola una sufficiente motivazione; ma occorre considerare che Donna Anna ha una reazione furibonda ancor

prima del duello: la giovane non si accontenta d'aver messo in fuga Don Giovanni, ma lo insegue e lo trattiene fino all'arrivo del padre. Inoltre, allorché Donna Anna, alla fine della scena tredicesima, incita Don Ottavio alla vendetta, la frase "rammenta la piaga del misero seno", che si collega alla precedente "or sai chi l'onore rapire a me volse", sembra più consona a una violenza consumata, che ad una solo tentata.

Ma, come vedremo, esiste un terzo indizio a mio avviso ben più probante. Per due volte l'innamoratissimo Don Ottavio chiede a Donna Anna, che lo ricambia con altrettanta passione, di accelerare le nozze, ricevendone un rifiuto. La prima volta è nella scena tredicesima del II atto; la seconda è nella scena diciottesima quando, a vendetta ormai realizzata, Don Ottavio torna alla carica proponendo nozze immediate. Il secondo rifiuto di Donna Anna è connotato da un particolare curioso: ella fissa il termine di un anno per celebrare le nozze ("Lascia, o caro, un anno ancor allo sfogo del mio cor "). Per quale motivo Donna Anna, pur profondamente innamorata di Don Ottavio – con il quale del resto, lo abbiamo già detto, intrattiene da tempo rapporti intimi – chiede di rinviare di un anno le nozze?

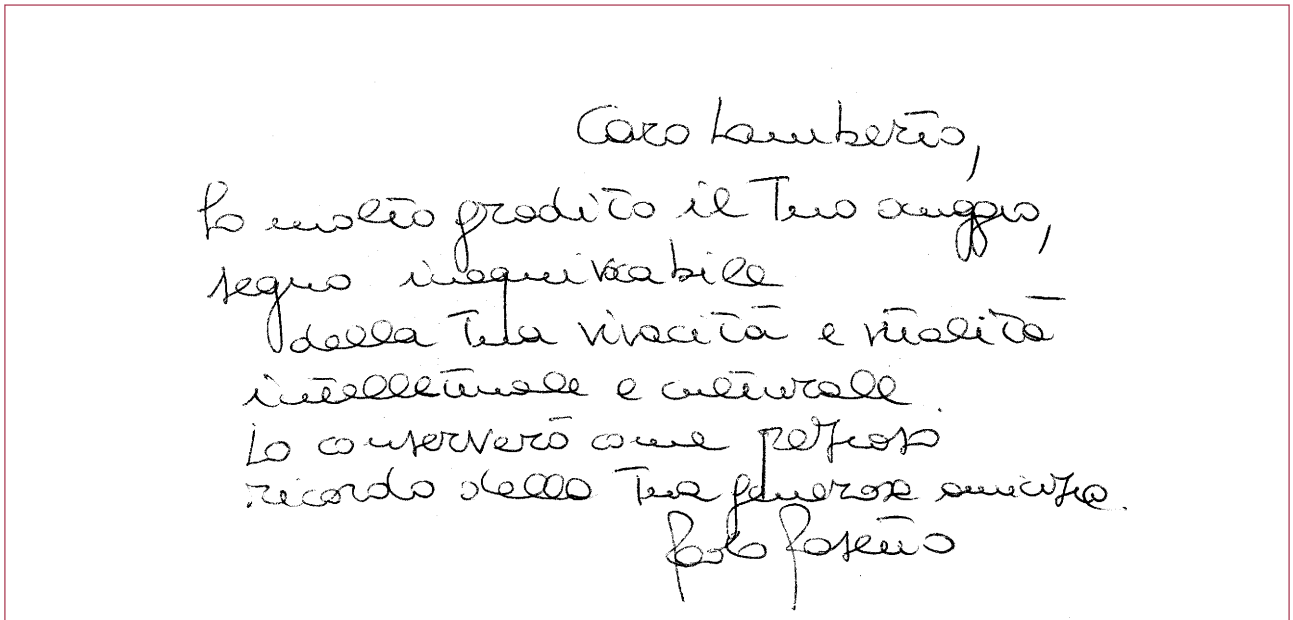
La spiegazione non può certo fondarsi sull'esigenza di osservare il lutto per la morte del padre: Don Ottavio, nobile al pari di Donna Anna, conosce perfettamente le regole sociali del lutto e non proporrebbe dunque un matrimonio immediato, se queste non lo consentissero.

C'è un solo caso in cui una regola, questa volta giuridica, obbliga la donna a dilazionare le nozze: si tratta del cosiddetto lutto vedovile – che nulla ha che fare con il lutto in senso proprio – in conformità del quale la vedova non può risposarsi se non decorso un certo tempo dalla morte del marito.

Nel diritto italiano vigente la nonna è posta dall'art. 89 cod. civ., il quale vieta alla donna di contrarre nuovo matrimonio se non dopo trecento giorni dallo scioglimento, dall'annullamento o dalla cessazione degli effetti civili del precedente matrimonio. Ma la regola è comune alle altre codificazioni (prima fra tutte quella napoleonica: art. 528) e risale addirittura al diritto romano arcaico (cfr. E. Bianchi, Per una indagine sul principio *conceptus pro iam nato habetur,* Milano, 2009, *passim).*

Che il divieto temporaneo di nuove nozze (così la rubrica dell'art. 89) non abbia a che vedere con il lutto in senso stretto è dimostrato dal secondo comma, il quale prevede una serie di ipotesi in cui il divieto non opera: e sono tutti ipotesi che hanno a che fare con la esclusione dello stato di gravidanza.

Ciò che la regola intende impedire è la c.d. *turbatio sanguinis,* vale a dire il rischio che il figlio nato in costanza del nuovo matrimonio, pur essendo stato concepito con il precedente marito, venga ad essere considerato come figlio legittimo del nuovo. Invero l'art. 89 è lo strumento che consente di far coesistere due presunzioni: quella dell'art. 231, secondo il quale



"il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio" e quella dell'art. 232, primo comma secondo il quale *"si presume concepito durante il matrimonio il figlio nato quando non sono ancora trascorsi trecento giorni dalla data dell'annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio".*

In realtà, la disposizione è essenzialmente volta a tutelare il nuovo marito dal rischio di vedersi attribuire come proprio il figlio concepito con il precedente.

Torniamo a questo punto al capolavoro mozartiano. Abbiamo forse trovato il motivo che induce Donna Anna a posporre il matrimonio. Ella, innamorata come è di Don Ottavio, vuole salvaguardarlo dal pericolo di dover riconoscere come proprio figlio legittimo l'eventuale frutto dello stupro perpetrato da Don Giovanni.

Resta un dettaglio da chiarire: Donna Anna chiede di dilazionare il matrimonio di un anno e non dei trecento giorni previsti dal diritto romano arcaico e classico e oggi dalle codificazioni, periodo corrispondente, con prudente larghezza, a quello naturale della gravidanza. Si potrebbe replicare che la locuzione "trecento giorni" mal si adatterebbe al verso e alla musica ed inoltre che un termine così preciso renderebbe chiaro ciò che invece Donna Anna vuole lasciare ambiguo. Ma una spiegazione ancor più persuasiva ci viene dalla storia della regola: i trecento giorni del diritto romano arcaico e classico, che verranno poi ripresi dalle codificazioni nazionali, divennero un anno nel diritto romano tardo per effetto di una costituzione di Graziano, Valentiniano II e Teodosio del 381 d.C. (notizia tratta da Bianchi, op. cit., p. 30, nota 68), rifluita nella sistemazione giustinianea: *" Non audiente muliere ante anni lapsum, in aliud respicere matr monium, propter generationis aut seminis incertitudinem"* (nov. 39, c.2)

Non ho fatto ricerche in proposito, ma è presumibile che nell'Austria dell'epoca di Mozart, in cui si osservava, come nel resto dell'Europa continentale, il diritto romano giustinianeo evolutosi nel diritto comune, il termine vigente fosse appunto l'anno.

Desidero infine ricordare che la conclusione di questo scritto era stata già intuita dalle Autrici di una deliziosa rivisitazione dei tre capolavori nati dalla collaborazione tra Mozart e Da Ponte (L. Bentivoglio – L. Bramani, E Susanna non vien. Amore e sesso in Mozart, Milano, 2014), le quali notano che "Anna...soffre della sindrome di chi ha *davvero* subito violenza" (p.164, corsivo delle Autrici).

Francesca Marena 18/1/18

Caro Lamberto,
non ci credevo,
ma io questo tuo libro,
che ho visto citato nelle riviste,
lo stavo cercando senza successo
da tempo - stavo per chiederlo
direttamente a te e invece
è arrivato! Quindi, grazie
davvero vivissime = lo leggerò
prestissimo -
E grazie anche per gli auguri,
che ricambio con affetto —

22 gennaio 2018

PAOLO CASELLA

Caro Lamberto,

scusa per il ritardo con cui ti ringrazio per il tuo prezioso libro sull'arbitro di parte, ma, prima, volevo leggerlo.

E, naturalmente, me sono stato conquistato: con leggerezza e cultura tocca diversi punti "sensibili" e offre preziose indicazioni.

Personalmente, le mie migliori esperienze sono legate a arbitrati amministrati, senza la nomina di arbitri di parte [ma con un collegio; non condivido la simpatia di Claudio (consolo per l'arbitro unico, ma lui non ha bisogno di qualcuno con cui confrontarsi e discutere le proprie idee, io temo di sì).

Grazie ancora, anche e soprattutto per il segno di amicizia di cui mi hai fatto partecipe.

Un caro saluto.

MANCINI
STUDIO LEGALE

Avv. Sergio Mancini
Avv. Roberto Mancini
Avv. Giorgio Mancini
Avv. Franco Vinci
Avv. Michele Agostini
Avv. Daniele Reversi
Avv. Roberto Valapolli
Avv. Michele Tommasi
Avv. Eleonora Fasoli
Dott.ssa Claudia Degani

Verona, 3 novembre 2017

Egr. Sig.
AVV. LAMBERTO LAMBERTINI

fax 045 8034080

Caro Lambertini,
grazie per copia della tua nuova fatica "Lambaradan" ottobre 2017!
A parte il resto, tutto interessante, ho particolarmente apprezzato il ricordo del compianto collega Zenari e (horribili dictu) l'esaltazione papillare della "pasta e fagioli" (notoriamente letale la sua mancanza perché di universale gradimento).
Vado ad inserire anche questa edizione e nella già consistente raccolta delle precedenti
Con tanta cordiale e collegiale amicizia Ti saluto, con l'auspicio di prossimi immancabili "Lambaradan".

avv. Sergio Mancini

37121 VERONA PIAZZA BRA 10 TELEFONO 045 8002849 FAX 045 8005994
E-Mail: info@mancinieassociati.eu

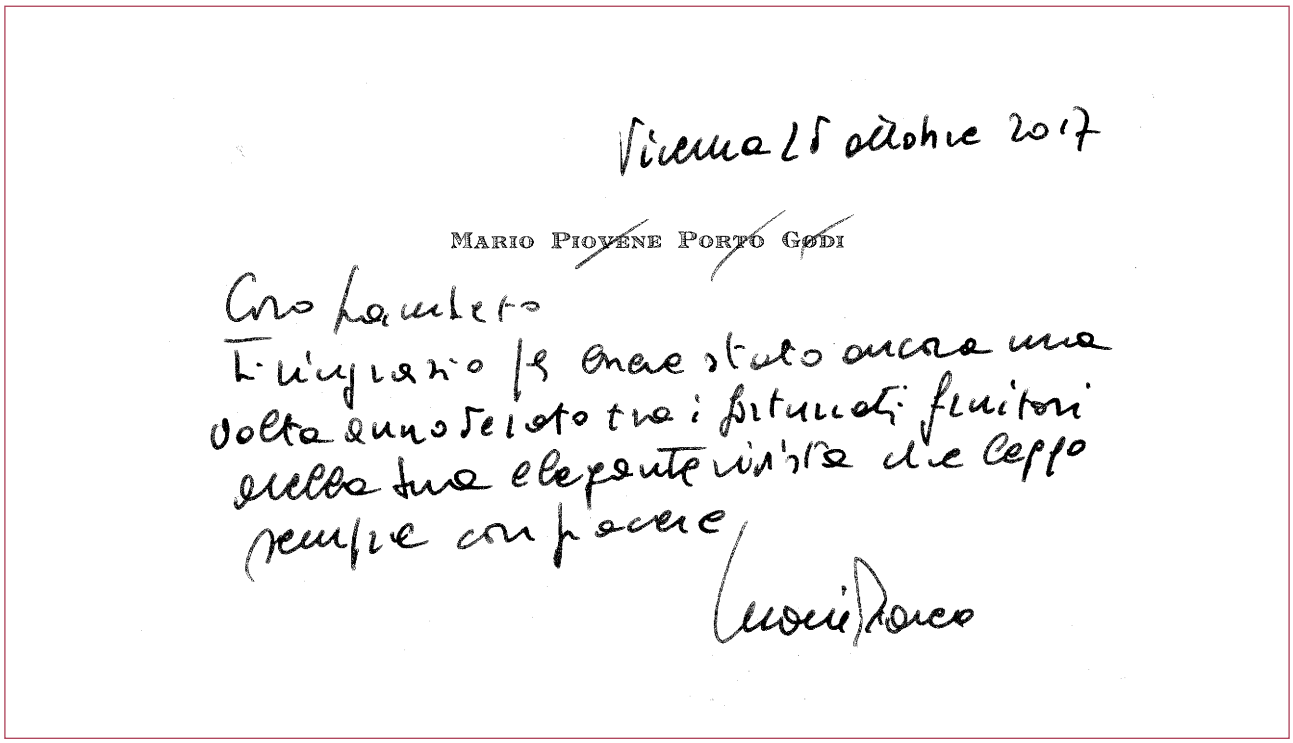
RENÈ GOURMAND

Le Coq, il Guelfo, il Pestello, alcuni altri e (per far contento l'amico Totò) il Fuori Modena

Vicenza è una bella città (come quasi tutte le città venete), nella quale la dolcezza del vivere trova un limite solo nella ristorazione offerta nel centro cittadino.
L'amico Paolo Caprara, la cui mancanza si fa ancora sentire, sosteneva che nelle abitudini del buon vicentino non rientrava una spesa di qualche rilievo per la colazione o per la cena, determinando così un turismo gastronomico in provincia o nelle vicine Verona e Padova.
Pur tuttavia, cercando bene, una sosta gradevole la si può trovare. Forse non per chi aspira ad una cucina molto ambiziosa, ma sicuramente per chi apprezza invece la buona trattoria di tradizione.

La riapertura e l'attuale conduzione de **Il Guelfo** ci sembra meritare una segnalazione, sia per la corretta conduzione familiare, che per il nitore dell'ambiente.
I legni chiari si accompagnano alla cortesia del servizio e al corretto sapore di alcuni piatti, non molti, ma sicuramente curati.
Gli antipasti di pesce conservano il sapore naturale di una materia prima di qualità, tra cui spiccano seppie e polipi.
Il baccalà alla vicentina è leggero, nonostante le porzioni piuttosto abbondante e l'accompagnamento di una squisita polenta.

I vini dei colli Berici ci accompagnano piacevolmente ma, volendo si può scegliere anche qualche etichetta di rilievo dell'Alto Adige.
Il tutto per una spesa effettivamente modesta.
Non parleremo altrettanto bene invece di **Le Coq** guidato da un cuoco sicuramente fantasioso, ma forse votato ad una ricerca eccessiva della meraviglia del commensale.
Alcuni piatti sono decisamente sbagliati (le seppie, per esempio, pur costituendo un piatto a cui è dato molto rilievo, sono troppo tenaci e/o troppo crude, scivolosi e un po' repellenti). Discreti i primi. Eccellente la scelta dei vini. Ambiente asettico, come vuole la codificazione attuale di chi al minimalismo dell'arredo accoppia audacie gastronomiche, non sempre riuscite. Certo l'affaccio sulla Basilica Palladiana illuminata merita la visita.
Nutriamo la speranza che il fantasioso cuoco recuperi quella sapienza di base, che peraltro si può gustare nella cucina al piano di sotto, al bistrot Garibaldi, diretto proprio da lui.
Il Pestello si segnala per una ricerca di prodotti del territorio, per il buon prezzo e per il trattamento amicale del proprietario. I tortellini in brodo, gli spezzatini, il baccalà (naturalmente!) si consigliano, in un ambiente suggestivo, con un servizio molto amichevole.
Qualche volta non è spiacevole andare al piano di sotto de **Il Ciocco** dove è allestita una cucina da battaglia, con pochi piatti, molto belli da vedere e qualcuno anche discreto da mangiare (le varie declinazioni dell'immancabile baccalà si consigliano per la fantasia con cui sono servite).
Si mangia circondati dallo scintillio di centinaia di bottiglie, tra cui si possono trovare delle vere e proprie rarità.
Anni fa era simpatico mangiare al **Malvasia**, più per le frequentazioni che per il cibo. Oggi non sappiamo più.
Fino al '15 poteva essere divertente affacciarsi ad **Amici miei**, dove una grande materia prima (*foie gras,* gamberi di Mazara del Vallo, ecc.) si univano alla simpatia del cuoco. Peraltro il locale è molto piccolo e risentiva degli umori e degli odori della cottura, rendendo meno gradevole il pranzo e la degustazione di una scelta di vini rispettabile.
Per finire, cercando qualcosa di diverso dal baccalà, onnipresente come le architetture del Palladio, c'era fino a poco tempo fa il **Fuori Modena**, tortelloni ed erbazzone, come l'Emilia impone.
I vicentini invidiosi sostenevano che la pasta venisse dal vicino supermercato, circostanza vivamente contestata da Totò Sanzo, avvocato eccellente e buona forchetta.
Oggi il locale è chiuso e non sapremo mai se avesse ragione il nostro amico.
In sostanza si sopravvive anche pranzando o cenando a Vicenza, ma il divertimento non è assicurato.


Vicenza 25 ottobre 2017

MARIO PIOVENE PORTO GODI

Caro Lamberto
Ti ringrazio per essere stato ancora una volta annoverato tra i fortunati fruitori della tua elegante rivista che leggo sempre con piacere

Mario Piovene

Studio L|A

Da: MARINI PAOLA <paola.marini@beniculturali.it>
Inviato: lunedì 30 ottobre 2017 20:45
A: lambertini@studiolambertini.it
Oggetto: Lambaradan ottobre 2017

Caro Lamberto,
Lambaradan arriva felicemente anche alle Gallerie dell'Accademia di Venezia, dove cerchiamo con impegno di mettere in atto la riforma del ministro Franceschini.
Premesso che vorrei essere avvocato per districarmi meglio in varie situazioni e per godere appieno la lettura della tua bella rivista, questa mi comunica comunque il senso di una grande passione unita a strenuo lavoro e a una implacabile capacità di divertirsi. Un bell'incoraggiamento anche per una storica dell'arte talvolta perplessa, che ti ringrazia e saluta con amicizia insieme ai valenti collaboratori
Paola

CORRIERE DI VERONA

03-NOV-2017

L'intervento

Polo, il doppio incarico e l'errore del Ministero

di **Lamberto Lambertini***

Anche i Ministeri, come gli esseri umani, a volte sbagliano. E quando cercano di riparare peggiorano le cose , come è avvenuto qualche giorno fa con la nomina di un «comintendente» alla guida della lirica veronese.

Un anno fa il commissario straordinario per la Fondazione Arena , prof Carlo Fuortes, veniva prorogato nel suo incarico, pochi giorni prima che lo stesso Ministero procedesse alla nomina alquanto sorprendente di un sovrintendente, che all'evidenza non poteva che essere un sub commissario.

In realtà infatti la nomina doveva supplire ai diversi impegni del Commissario straordinario e quindi alla sua difficoltà di garantire una presenza veronese. Il fatto è che il capo azienda nelle Fondazioni liriche è il componente di un Consiglio di Indirizzo, consiglio che a Verona non esiste più , da quando all'unanimità gli ultimi consiglieri di quel l'organo deliberarono la liquidazione della Fondazione. Dunque il prof Polo è una vittima incolpevole di un Ministero diciamo distratto, che gli ha chiesto un intervento straordinario di supplenza di un commissario altrettanto se non più straordinario.

Qualche giorno fa però il Ministero fa di peggio, cumulando in una sola persona i due incarichi di commissario e sovrintendente, con identici compiti ed identico mandato a termine nei prossimi due mesi. Oggi quindi il prof Polo è il sovrissario o il comintendente della lirica veronese. Ma perché criticare un orrore ministeriale, se nella sostanza si ottiene di avere un governo della nostra Fondazione? I motivi di dissenso sono molteplici e non formali.

Prima di tutto perché questa duplice nomina poteva essere evitata con la semplice proroga di Fuortes per i prossimi due mesi. E se così è si deve interpretare il fatto come una forte pressione affinché il sindaco di Verona, a cui spetta la Presidenza della Fondazione e l'indicazione del sovrintendente , confermi il prof Polo . Scelta legittima naturalmente. Polo ha gestito una situazione di emergenza , ha abbondato in ottimismo (caratteristica di tutti i sovrintendenti peraltro), si è adeguato all'ambiente con intelligenza situazionistica (il suo passato da sindacalista lo ha molto aiutato nei rapporti con il personale) : gli effetti della sua gestione andranno valutati a fine esercizio, numeri alla mano, ma gestire una emergenza non è mai facile.

Dunque è comprensibile che il ministero spinga per confermarlo. Ma così facendo toglie a Verona una facoltà e dimentica che la Fondazione Arena necessita di una nuova configurazione. Se infatti la legge Bray porterà nuova finanza , darà un po' di ossigeno ai conti odierni, ma aumenterà il debito di ulteriori dieci milioni, avvicinandolo ai quaranta complessivi. Un numero di poco inferiore ai ricavi. E chi ne sa di aziende ci dirà che la decozione è vicina.

Cosa farà dunque il nuovo sovrintendente per recuperare margini? Se va bene - e sarebbe moltissimo- migliorerà l'offerta con nuove opere, migliore qualità , marketing più efficace.

E così sicuramente recupererà margini e diminuirà di un po' il debito, che intanto sarà aumentato per effetto degli interessi negativi.

La soluzione quindi non sta nel risolvere il dilemma Polo si, Polo no! Serve un rovesciamento di prospettiva: non basta l'apporto pubblico per sanare il debito. Occorre ristrutturare quel debito con un progetto artistico e finanziario che consenta l'apporto di nuove risorse e imponga di gestire la Fondazione Arena con criteri economici ferrei. Molte esperienze straniere dimostrano che si può fare e si fa , coniugando qualità alta ad autosufficienza economica. Il prof Polo ha spesso trattato con sufficienza una proposta che apriva un dibattito su questi temi e realizzava adesioni importanti. Poco male: era doveroso per lui assolvere i compiti imposti dall'emergenza . Ma l'emergenza non è finita e il garbuglio commissario/sovrintendente dimostra che non sarà da fuori che verrà la soluzione. Verona ha la forza per richiamare intorno alla Fondazione Arena un progetto innovativo, che anche il Ministero vorrebbe per riformare un mondo che rischia di scomparire .

*Avvocato, tra i promotori di Lirica Spa

© RIPRODUZIONE RISERVATA

L'intervento

La Rivista di Giurisprudenza, i suoi primi 40 anni e l'addio al fallimento

di **Lamberto Lambertini**

C'è una rivista professionale, nata e cresciuta a Verona, che compie in questa settimana i 40 anni. Parliamo della Rivista di Giurisprudenza ed Economia d'Azienda, che raccoglie le decisioni giudiziali ed arbitrali più importanti del Veneto e le riflessioni di avvocati, magistrati e dottori commercialisti di questa importante area economica, sui temi giuridici maggiormente rilevanti.
Per festeggiare la ricorrenza e l'uscita dell'ultimo numero, la Rivista, unitamente al Dipartimento di Scienze Giuridiche, ha organizzato un convegno (nell'aula magna di Via Montanari, per il prossimo 16 febbraio alle ore 15.30) sulla imminente riforma della legge fallimentare, introdotta nel 1942 e in vigore con tanti rattoppi che la rendono simile alla casacca di Arlecchino.
I 250 posti a disposizione sono già esauriti, testimoniando così il grande interesse dei professionisti veronesi per una normativa che avrà un'importante incidenza sulle imprese italiane, quando si trovano ad affrontare un periodo di crisi.
L'elemento di maggiore spicco della riforma oggetto del convegno (e più diffuso anche a livello di non addetti ai lavori) è costituito dall'abbandono del termine «fallimento» ritenuto infamante, in tutti i casi in cui la crisi dell'impresa non sia dovuta ad una gestione scorretta ma, come spesso è avvenuto negli ultimi anni, al contesto economico e finanziario.
Il legislatore ha incentrato la propria attenzione su quella delicata fase nella conduzione dell'azienda che prelude alla crisi, imponendo all'imprenditore e al collegio sindacale una particolare cura, uno stato di allerta (così definito dalla Legge), che richiama espressamente i doveri di vigilanza, per evitare le conseguenze peggiori della crisi, per la salvaguardia dell'occupazione e per la tutela della massa dei creditori.
Le procedure di soluzione concordata della crisi (piano attestato e ristrutturazione dei debiti), che hanno cercato di salvare il salvabile nei momenti peggiori degli ultimi anni, sembrano confermate, magari con qualche correttivo per evitare il ricorso abusivo a strumenti giuridici pensati per consentire la continuità aziendale e non per il perseguimento di scopi dannosi per dipendenti, fornitori, creditori in genere.
Le uniche due procedure concorsuali previste saranno dunque il concordato preventivo e la liquidazione, a cui continueranno ad affiancarsi le amministrazioni straordinarie per le grandi imprese, i costi delle procedure, la rivalutazione del ruolo del magistrato.
Diverse novità previste dal legislatore devono trovare attuazione nella formulazione della legge delegata e tra queste la previsione di una gestione unitaria della crisi dei gruppi di imprese.
Questo ed altro di cui i professionisti veronesi sono chiamati dalla Rivista di Giurisprudenza ed Economia d'Azienda a discutere, nell'occasione ricordata, per dare inizio ad una serie di seminari e convegni che aiutino a declinare nel concreto una normativa così rilevante.
Lunga vita alla Rivista dunque e buon lavoro agli avvocati, ai magistrati e ai dottori commercialisti della nostra città.

© RIPRODUZIONE RISERVATA

Il cambio epocale
Eliminato un termine infamante, se la crisi d'azienda non si deve a una gestione scorretta

La novità
La novità è la fase d'allerta introdotta per difendere occupazione e creditori

CULTURA LEGALE

Destinazione Veneto

Il territorio guarda allo sviluppo dello studio associato.
I professionisti locali spingono su qualità e comunicazione.
A Verona prove da "trainee" per gli studenti

di **Elena Bonanni**

GLI STUDI STRANIERI HANNO PROVATO a sbarcare non senza qualche difficoltà. Una manciata di studi nazionali associati è riuscita a instaurare una presenza efficace. La gran parte dei grandi studi fa invece ancora il pendolare sulla tratta Milano-Verona. Una cosa è infatti aprire una sede. Un'altra integrarsi veramente nel tessuto imprenditoriale. Che si rivela territorio complesso e con una cultura dello studio associato ancora da sviluppare.

Se l'area è stata interessata dall'esplosione di alcune grandi imprese, un esempio su tutte è **Luxottica**, e di numerose aziende radicate sul territorio con fatturati tra i 10 e i 100 milioni di euro, non si sono però in parallelo sviluppate grandi realtà di consulenza legale. Alcuni avvocati hanno saputo certamente stringere legami consolidati con le grandi realtà del territorio: Sergio Erede con Luxottica, Carlo Pedersoli con **Cariverona** e **Banca Cattolica del Veneto**. Figure che nel modello di sviluppo locale "fabbrica- chiesa-campanile" sono diventate, con i loro uomini in Cda, una sorta di referenti-confessori, di realtà imprenditoriali molto accentrate nella figura del presidente. Tuttavia, anche la recente specializzazione degli studi, legata spesso al fenomeno della delocalizzazione, ha riguardato soprattutto la responsabilità civile. In pochi si sono focalizzati sul societario. Così ancora oggi gli studi sono in linea generale di dimensioni contenute, senza una vera e propria specializzazione interna, in particolare nel corporate. E si continua a registrare l'abitudine da parte del mercato più qualificato ed esigente a uscire dai confini locali per andare a cercare consulenti a Milano o Roma.

C'è però un gruppo di studi associati che sta provando a colmare il divario tra piazza provinciale e piazza milanese: un tentativo di offrire lo stesso servizio delle grandi firm, seppur con numeri più limitati, con l'obiettivo di offrire qualità paragonabile con costi inferiori, come racconta a TopLegal Lamberto Lambertini, fondatore dello studio associato veronese **Lambertini** (*vedi l'intervista nella pagina a lato*) e in passato anche presidente del Consiglio dell'ordine degli avvocati di Verona e segretario di Federavvocati.

«Gli studi locali soffrono la carenza di rapporti politici di alto livello»

INTERVISTA A LAMBERTO LAMBERTINI

«In Veneto qualità elevata ma poca politica»

Lamberto Lambertini

Presente in alcuni Cda che contano, come quelli della famiglia Rotelli (attiva nelle case di cura), lo studio **Lambertini** nasce circa 30 anni fa in risposta alla domanda di compliance alle regole del diritto societario, da parte delle aziende di famiglia che stavano trasformando il Veneto in un'area economicamente competitiva a livello mondiale. Conta 20 professionisti di cui quattro soci e una focalizzazione sul corporate, conflitto societario, contrattualistica e mercato immobiliare.

Come si sta sviluppando la cultura dello studio legale in Veneto?
Le realtà associate sono poche e si mantengono su numeri contenuti. Nessuna insegna nata localmente è andata oltre i 15-20 soggetti, tranne quelle legate a uno specifico mondo bancario, come è successo a Treviso. La cultura dell'associazione è quindi ancora un po' arretrata ma la classe professionale veneta è in media ben preparata. Sono due le principali tendenze in atto nel territorio che influiscono sulle strategie degli studi: da un lato si sta soffrendo una grave crisi finanziaria, con la scomparsa di diverse attività, tra cui anche il conflitto societario che è ripreso solo recentemente. Oltre a questo impoverimento generale, sta emergendo la consapevolezza dell'importanza della comunicazione: non serve essere solo capaci, bisogna che il mercato lo sappia.

Quali le specializzazioni del panorama locale?
Noi siamo focalizzati sull'attività corporate e sul mondo delle aziende di famiglia. Ma in materia di corporate ci sono solo una manciata di realtà associate, siamo in pochi a giocarci la partita. Questo anche perché molti commercialisti sono diventati i primi referenti delle società dopo la riforma fiscale, un cambiamento di normativa che la categoria degli avvocati nel nostro territorio non ha saputo cavalcare. Come noi ci sono altre realtà sparse sul territorio: a Verona **Mercanti Dorio**, a Treviso lo studio **Laghi Tabacchi** con un forte legame con i Benetton; a Venezia **De Poli**; a Padova **Gianni Origoni Grippo Cappelli**, **Ceccon** e **Legalitax**. Su altre practice ci sono invece diversi studi associati, come gli amministrativisti e i familiaristi, ma sempre con meno di 20 professionisti. Ci sono poi state una serie di fusioni non riuscite. Un esempio è proprio il nostro tentativo con Matteo De Poli interrotto dal *default* delle banche venete: ci siamo trovati in potenziale conflitto di interessi e abbiamo ragionevolmente desistito. Più in generale questi cambiamenti hanno rotto lo storico sodalizio tra banca del territorio e aziende di famiglia. Un contraccolpo forte, che lascia un vuoto da colmare per chi avrà l'abilità di posizionarsi. In questo senso, un filone di sviluppo è quello delle quotazioni, in Veneto sono molte le realtà interessanti che potrebbero intraprendere questa strada.

Qual è il panorama competitivo del mercato legale?
Il tentativo di entrare nell'area del Triveneto degli studi stranieri risale ai primi anni del 2000 con palesi difficoltà. Si sono concentrati tutti a Padova, ma non sono riusciti a inserirsi completamente nel tessuto sociale e imprenditoriale. Gli studi nazionali che hanno una presenza vera ed efficace in Veneto sono pochi, cito per esempio

«Gli studi che si sono inseriti hanno individuato figure spendibili localmente»

Gianni Origoni e **Macchi di Cellere Gangemi**. Poi ci sono gli studi nazionali che non hanno sedi qui ma che vengono chiamati per tutte le operazioni di rilievo: da **BonelliErede** a **Chiomenti**, da **Gatti Pavesi Bianchi** a **Tombari D'Angelo**. Sicuramente è una tradizione del cliente più qualificato ed esigente uscire dai confini locali. In risposta, gli studi associati del territorio, come il mio, sono un tentativo di offrire lo stesso servizio delle grandi firm nazionali e non, con un numero più ristretto di professionisti. In altri termini, l'obiettivo è offrire qualità paragonabile con oneri inferiori, rivolgendosi allo studio della porta accanto.

Quali le difficoltà per gli studi che arrivano da fuori?
Non sempre quando si paracadutano nel territorio individuano con esattezza le persone in grado di gestire lo studio. Gli studi nazionali o internazionali che sono riusciti a inserirsi hanno fatto scelte accorte sulle figure a capo della sede locale. Se hanno sbagliato è perché non hanno individuato un soggetto spendibile localmente, e questo perché tendono ad applicare una logica unica standard, a prescindere dal territorio in cui si calano.

Quali le difficoltà per gli studi locali invece?
Questa tipologia di studi ha una sofferenza di base: la carenza di rapporti internazionali, politici e governativi di alto livello, che invece gli studi di maggiori dimensioni possono spendere. Con questi studi sulla qualità possiamo considerarci alla pari, finiamo però per soffrire di una mancanza di relazioni che sono invece un patrimonio importante. Il risultato è che su 30 operazioni di M&a internazionali nel territorio realizzate tra il 2016 e il 2017, il nostro studio ne ha intercettate solo due, di cinesi in un caso e di indonesiani nell'altro, grazie ai nostri rapporti locali. E per questi rapporti otteniamo il mandato.

Come si sta declinando sul territorio un modello di studio evoluto?
L'insegna è partita nella forma attuale nel 2001, come studio Lambertini e Associati. Si è sempre occupato prevalentemente di conflitto societario e concorsuale. La specializzazione è sempre stata coltivata. Oggi la professionalità di alcuni avvocati, guidati da Debora Cremasco, ha coltivato altre specializzazioni, in particolare sul fronte M&a. Nel complesso, noi presidiamo quattro temi: il corporate con specializzazione nel conflitto societario (sede di Verona), la crisi di impresa (Vicenza), l'assistenza ad alcune società che operano all'estero (a Roma), e un'attività nel finanziario, come le cartolarizzazioni (a Milano). Il civile e contrattuale è organizzato dal professor Stefano Troiano e il contenzioso da Giovanni Aquaro. Ci occupiamo quasi esclusivamente di operazioni non ordinarie. Puntiamo sul fatto che il cliente venga seguito nella sua pratica dal socio o dal senior, non si veda "abbandonato" a un giovane.

Come state sviluppando la cultura interna?
Lavoriamo come una squadra affiatata, il mercato tende a premiarti quando percepisce che c'è un team e non solo un leader. Per questo di solito preferiamo crescere i giovani in house, anche se è più faticoso: in media di 50 che passano ne rimane uno. Il metodo fa riferimento al criterio anglosassone, per cui all'incontro con i clienti il praticante non partecipa, ma cresce nelle ricerche per gli atti interni, nei seminari periodici e nel rapporto con i soci. Fino a quando non diventa avvocato, momento da cui parte il vero tirocinio, quattro-cinque anni, curiamo la sua crescita. Una volta giunto a questo punto, normalmente rimane da noi. Le nostre richieste sono semplici: buon carattere, eccellente padronanza della materia, eccellente conoscenza di almeno una lingua straniera, preferibilmente l'inglese. Il sistema di remunerazione è basato su garanzie mensili di reddito e su premi collettivi e individuali.

Come è strutturato il percorso verso la partnership?
Ricerchiamo uno stile comune, interno ed esterno all'associazione: determinati ma non aggressivi, autonomi rispetto a qualunque posizione esterna, preparati ed efficienti. Abbiamo da poco sciolto il rapporto con un giovane che avevamo associato tre anni fa: non c'era condivisione su di una visione comune sia dei rapporti tra professionisti sia con i collaboratori. Abbiamo sempre avuto un'associazione aperta ma dopo quest'ultima esperienza ho maturato dei dubbi. Il mio sogno resta però uno studio di soli soci. Pochi avvocati, ma tutti soci, tutti con pari impegno e pari dignità.

L|A
LAMBERTINI & ASSOCIATI

CIVILTÀ GIURIDICA DELLA COMUNICAZIONE

Giovedì, 1 febbraio 2018
Ore 16

PALAZZO CANOSSA, CORSO CAVOUR 44
VERONA

Presentazione del volume

FRANCESCA BENATTI
Università di Padova

GIOVANNI PAOLO ACCINNI
Università IULM di Milano

Coordina

MAURIZIO BATTISTA
Quotidiano L'Arena

Partecipano alla discussione

LOREDANA BALDO Liceo Scientifico Messedaglia, **MARIA FIORENZA COPPARI** Presidente del Consiglio di disciplina dell'Ordine dei giornalisti del Veneto, **MICHAEL DI PALMA** Direttore Top Legal, **FEDERICO LUGOBONI** Presidente Camera Penale Veronese, **FEDERICO LUPERI** Direttore Innovazione e News Media GMC–Gruppo Adnkronos, **PAOLO MIRANDOLA** già Presidente Nazionale ANF, **ANDREA PASQUALIN** Consigliere CNF, **ALESSANDRO RIGOLI** Presidente Ordine Avvocati di Verona, **CARMINE ROSSI** Consigliere Nazionale ANF, **FRANCESCO ROSSI** Presidente Ordine Avvocati Padova, **LUIGI SANCASSANI** Avvocato, **AMBROGIO VISCONTI** PBV & Partners Srl e molti altri

Finito di stampare nel Marzo 2018
da Cierre Grafica
via Ciro Ferrari 5, Caselle di Sommacampagna (Verona)
tel. 045 8580900 fax 045 8580907
www.cierrenet.it

Sono nato a Ferrara nel 1945, attualmente vivo e risiedo a Lazise. Sono diplomato perito chimico colorista. Nel 1977 ho conseguito a Nervi il brevetto di istruttore federale di primo grado e due anni dopo quello di secondo grado. Per molti tempo mi sono dedicato all'insegnamento. Ho smesso quando il lavoro non mi ha più consentito di seguire l'impegno in modo corretto.
L'hobby della fotografia mi ha accompagnato per anni, da quando, verso i 12 anni, mi regalarono una Lubitel 6x6. La passione per il mare si è unita a quella per la fotografia e dopo alcuni anni di errori e delusioni, finalmente la svolta con l'acquisto della Nikonos III corredata dal meraviglioso 15 mm. Col passare degli anni ho cambiato più volte l'attrezzatura e naturalmente ho migliorato l'esperienza. Questo abbinamento mi ha permesso di avere buone soddisfazioni nei concorsi a cui ho partecipato. Quelli a cui sono più legato col ricordo sono:

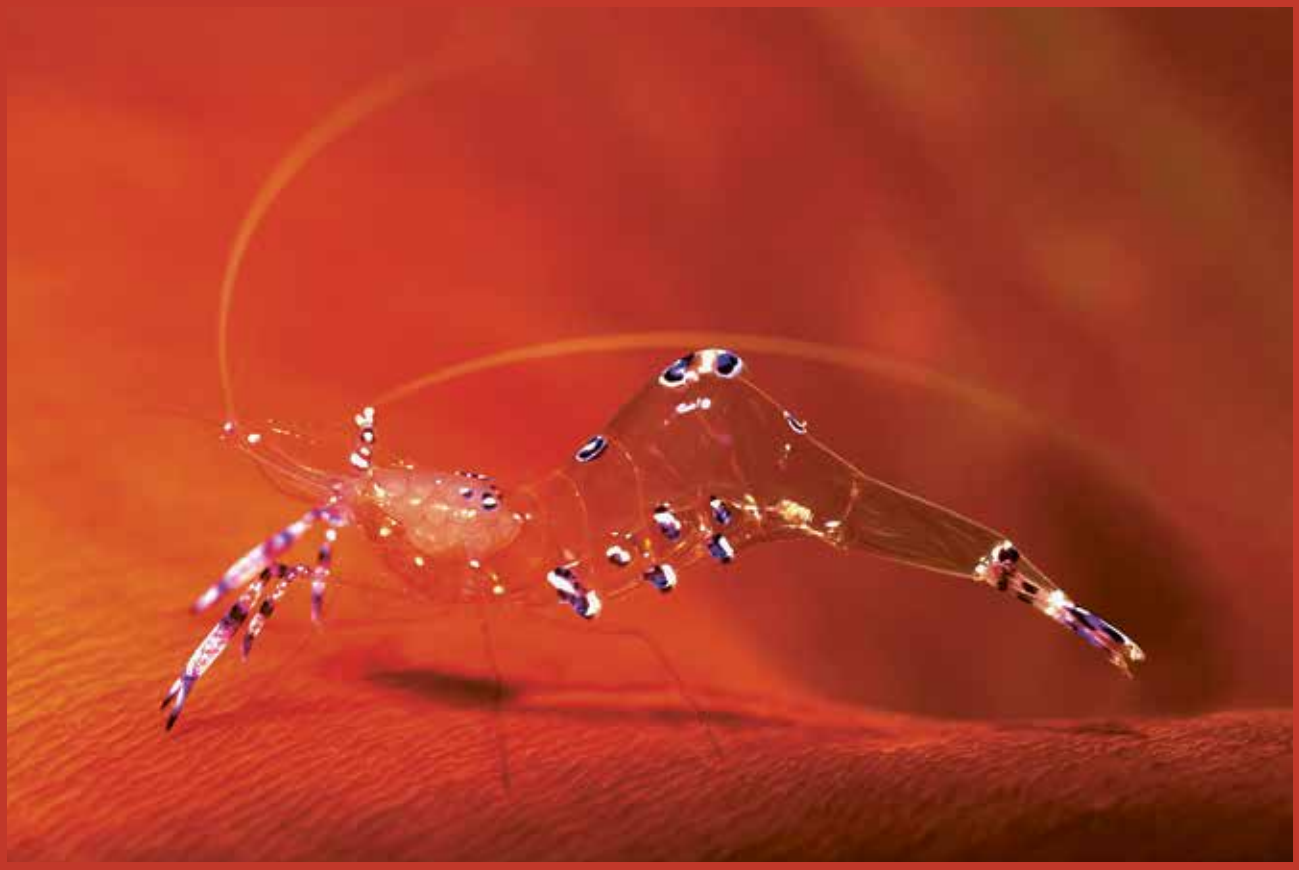
Novembre 2000 - 27° Festival mondiale dell'immagine subacquea di Antibes (Francia)
2° Premio categoria Portfolio 10 dia e Premio per il miglior adattamento musicale categoria serie sonorizzate realizzata assieme all'amico Andrea Giulianini.
Novembre 2001 - Concorso biennale dei 50 Giudici CMAS.
1° premio categoria macro e 2° premio categoria Foto digitale creativa.
Novembre 2001- 28° Festival mondiale dell'immagine subacquea di Antibes (Francia)
2° premio categoria stampe a colori.
Marzo 2003 - Concorso internazionale di Strasburgo (Francia)
3° premio categoria foto digitale creativa
Maggio 2003 - Concorso internazionale di Tachov (Rep. Cecha)
1° premio categoria Portfolio 10 dia. 1° premio categoria Foto digitale creativa. 3° premio categoria stampe a colori acque dolci.
Novembre 2003 - 30° Festival mondiale dell'immagine subacquea di Antibes (Francia)
1 ° premio categoria serie sonorizzata.
Giugno 2005 - Bari Trofeo del Ventennale
1 ° classificato categoria Ambiente, 2° classificato categoria Macro.
Febbraio 2007 - Biennale internazionale di Lugano
1° premio categoria diaporami
Novembre 2008 - 35°Festival mondiale dell'immagine subacquea di Antibes (Francia)
1° premio categoria serie sonorizzate.

Poi ho smesso di partecipare a concorsi per dedicarmi principalmente alla promozione dei montaggi audiovisivi presso club e scuole. Per 8 edizioni ho fatto parte della giuria ai campionati italiano di Fotografia subacquea e sono tuttora iscritto all'elenco dei giurati FIPSAS.

Nel 2014, per l'insistenza di un amico, ho partecipato al Festival di fotosub di Strasburgo, a quello di Marsiglia e a quello di Antibes nella sezione audiovisivi vincendo il primo premio in tutte e tre le manifestazioni con lavori diversi.
Nel 2015 ho ripetuto il medesimo risultato al festival di Strasburgo col lavoro che era stato premiato a Marsiglia. Ancora nel 2015 ho partecipato al concorso Oasis Photo Contest di fotografia naturalistica vincendo il "Best Italian photografer".

Come fotografo collaboro saltuariamente con le riviste del settore e come soddisfazione personale fotografo tutto ciò che vedo, ma soprattutto ciò che immagino di vedere.

Andrea Pivari



Le magnifiche fotografie di questo numero sono di Andrea Pivari, più volte premiato a livello internazionale per il suo importante contributo estetico e conoscitivo della fauna ittica.